

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Facultad de Derecho

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

“RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR DAÑO PROCREACIONAL”

Estudiante: Luis Alonso Badilla Marín

Carné: A50657

Director: Andrei Cambronero Torres

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

2015



15 de julio del 2015
FD-AI-487-2015

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del estudiante: Luis Alonso Badilla Marín, carne A50657 denominado: "Responsabilidad de los padres por daño procreacional" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABLES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	MSc. Andrei Cambronero Torres
Presidente	Lic. Hernán Esquivel Salas
Secretario	Lic. Gustavo González Solano
Miembro	Dr. Rolando Soto Castro
Miembro	Lic. Esp. Frank Álvarez Hernández

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el 28 de julio del 2015, a las 11:00 a.m en la Sede Rodrigo Facio.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



lev
Cc: arch. expediente

San José, 13 de julio de 2015

Doctor
Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

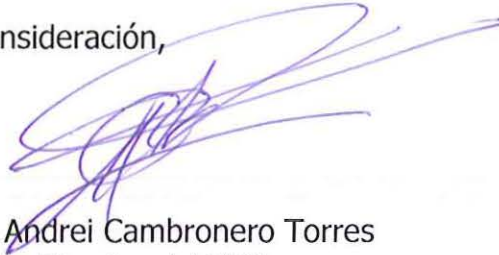
Estimado profesor Salas:

Después de un cordial saludo, me sirvo indicar lo siguiente: como es de su conocimiento formo parte del Comité Asesor del trabajo final de graduación (modalidad tesis) titulado "*Responsabilidad de los padres por daño procreacional*", que sustenta el estudiante Luis Badilla Marín –carné A50657–.

Por ello, en mi condición de Director de la investigación he revisado avances periódicos y dado una lectura integral final al documento aportado por el postulante Badilla Marín; de esa suerte, según mi criterio, la tesis cumple a cabalidad con los requisitos de forma y fondo exigidos por la normativa universitaria.

De acuerdo con lo anterior, otorgo mi aprobación al trabajo académico anejo y, respetuosamente, solicito su admisión para la defensa oral y pública.

Con mis muestras de consideración,



Prof. Andrei Cambronero Torres
Director del TFG
Facultad de Derecho

C/ Archivo



Ciudad Universitaria Rodrigo Facio
Lunes 13 de julio de 2015.

Prof. Dr. Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica
S. O.

Estimado Director:

Hago de su conocimiento que he examinado el trabajo final de graduación "Responsabilidad de los padres por daño procreacional" del postulante D. Luis Alonso Badilla Marín, carné A50657.

El estudiante expone, en la primera parte de su tesis, los elementos conceptuales e históricos sobre la responsabilidad civil extracontractual y los daños; en una segunda parte, la determinación de la responsabilidad y los daños en el marco del Derecho de Familia; en una tercera parte la tesis de la responsabilidad por el daño procreacional y, finalmente, su propuesta para Costa Rica. Con estos cuatro apartados y sus recomendaciones, realiza un aporte que debe calificarse de pertinente para el desarrollo del derecho indemnizatorio por daño procreacional que tendrá el hijo respecto de sus progenitores.

Merece reconocimiento el estudio de Derecho Comparado y de teoría del caso desarrollado por el postulante en la tercera parte de su trabajo final de graduación. La búsqueda de información actualizada en Italia, Estados Unidos de América, Canadá y Francia, resultan de gran importancia para darle fundamento a la tesis de marras.

Concluyo, de la lectura del trabajo indicado, que el postulante Badilla Marín han cumplido con los requisitos exigidos en la normativa institucional para proceder a su defensa en la sesión solemne, oral y pública correspondiente, lo que apruebo como Lector de tesis.

Prof. Frank Álvarez Hernández
Lector del Trabajo Final de Graduación
Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica

San José, 02 de Julio de 2015.

Facultad de Derecho.
Universidad de Costa Rica.
Ciudad Universitaria Rodrigo Facio.

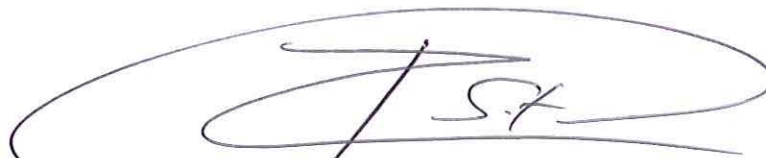
Atención;
Dr. Ricardo Salas Porras.
Director del Área de Investigación.

Estimado señor Director:

En mi condición de lector del trabajo final de graduación del egresado Luis Alonso Badilla Marín, titulado "*Responsabilidad de los padres por daño procreacional*", me complace informarle que he revisado dicha investigación, la cual cuenta con mi aprobación. Lo anterior, debido a que cumple con todos los requisitos de forma y contenido exigidos por la normativa universitaria.

De tal suerte considero que puede defenderse públicamente.

Sin otro particular, se suscribe cordialmente,



Dr. Rolando Soto Castro
Juez del Tribunal de Familia.
Lector.

11 de julio del 2015

Señores
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho

Estimados señores:

El estudiante Luis Alonso Badilla Marín, carné: A50657, me ha presentado, para revisión de estilo, el documento denominado **Responsabilidad de los padres por daño procreacional**.

He revisado y corregido los aspectos de estructura gramatical, acentuación, ortografía, puntuación, vicios de dicción que se trasladan al escrito y he comprobado que se han incorporado las correcciones al presente documento.

Por lo tanto, hago constar que se encuentra listo para ser presentado a la Universidad como trabajo final de graduación.

Atentamente,



Bach. Meylin Vargas Varela
Carné 66399
Colegio de Licenciados y Profesores

Dedicatoria.

Por creer en mí, con todo el cariño que se merece, esta tesis es para usted César Gómez Montoya.

Agradecimientos.

A mis abuelos, por la difícil tarea de criarme como a uno más de sus hijos.

A mi Tío Santiago, quien me tendió la mano cuando más lo necesitaba.

A Michi, por su paciencia y su amor incondicional.

A Oscar González Sepe, por su apoyo y amistad desinteresada, su colaboración fue fundamental para el desarrollo de este trabajo.

A mi director y amigo Andrei Cambronero y a mis lectores don Rolando Soto y don Frank Álvarez, por su atenta colaboración durante el desarrollo de este trabajo. Infinitas gracias.

A doña Alcira Cascante, don Hernán Esquivel y don Ricardo Salas por el apoyo brindado durante el cumplimiento de mis horas estudiante.

A doña Ana María Trejos, doña Shirley Víquez y don Mauricio Chacón, quienes me regalaron un ratito de su apretada agenda, para compartir su conocimiento y enriquecer con su aporte esta tesis.

Resumen.

En el presente trabajo de investigación se estudia la posibilidad de exigir a los progenitores el resarcimiento de daños ocasionados a la salud de sus hijos, específicamente en el marco de la concepción natural (daño procreacional), y su posible reclamación por la vía jurisdiccional de familia, quedando comprendidos no solo los daños derivados de la transmisión de enfermedades genéticas o de transmisión sexual, sino también los acaecidos por culpa o dolo de los progenitores durante el embarazo.

Abstract.

In this research the possibility of requiring parents compensation for damage to the health of their children, specifically in the context of natural conception (procreational damage) is studied, and possible claims by judicial family, being included not only damage resulting from the transmission of genetic diseases or STDs, but also by negligence or fraud occurred parent during pregnancy.

Ficha Bibliográfica.

Badilla Marín, Luis Alonso. *Responsabilidad de los padres por daño procreacional*. Tesis de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2015.

Director: Andrei Cambroner Torres.

Palabras Claves: Responsabilidad, daños, procreación, familia, persona menor de edad, padres.

Epígrafe.

*“Cuando el ser humano tiene un **para qué**,
puede atravesar cualquier **cómo**”.*

Víctor Frankl.

Índice de contenido.

Dedicatoria.....	ii
Agradecimientos.....	iii
Resumen.....	iv
Ficha Bibliográfica.....	v
Epígrafe.....	vi
Índice de contenido.....	vii
Introducción.....	1

TITULO I: Responsabilidad Civil y Daños:

CAPÍTULO 1: Responsabilidad civil extracontractual.....	15
Sección I: Concepto y enfoque de estudio.....	15
Sección II: Breve reseña histórica de la evolución del concepto de responsabilidad civil extracontractual.....	17
Sección III: Tipos de responsabilidad civil extracontractual.....	23
A) Responsabilidad civil subjetiva.....	23
1) La existencia de una conducta antijurídica o ilícita.....	26
2) Debe existir un daño o lesión a un bien jurídico.....	27
3) Es necesario que haya un nexo causal que vincule la conducta con el daño.....	30
4) Debe poder verificarse la culpabilidad.....	31
Imputabilidad.....	31

Culpabilidad en sentido estricto.....	32
B) Responsabilidad civil objetiva.....	33
Sección IV: Defensas contra el reclamo de responsabilidad civil.....	37
A) Eximentes de responsabilidad civil extracontractual.....	37
1) Fuerza mayor.....	38
2) Caso fortuito.....	39
3) Hecho de un tercero.....	41
4) Culpa de la víctima.....	42
B) Causas de justificación del daño en materia de responsabilidad civil extracontractual subjetiva.....	43
1) Legítima defensa.....	45
2) Estado de necesidad justificante.....	48
3) Ejercicio de un derecho.....	51
4) Cumplimiento de un deber.....	53
Sección IV: Conclusión.....	53
CAPÍTULO 2: Daños:	56
Sección I: Concepto de daño indemnizable	56
Sección II: Características del daño resarcible	59
1) Daño Injusto.....	59
2) Certeza.....	60
3) Interés Propio.....	61
4) Subsistencia.....	62

Sección III: Tipos de daños.....	62
A) Daño Material.....	62
Manifestaciones del Daño Material.....	64
1) Daño emergente.....	64
2) Lucro cesante.....	65
B) Daño a la persona y sus intereses morales.....	68
C) Perdida de oportunidad o chance.....	71
Sección IV: Conclusión.....	74

TITULO II: Responsabilidad y Daños en el Derecho de Familia:

CAPITULO 3: Evolución del Derecho de familia en relación a las acciones por daños.....77

Sección I: De la “Inmunidad” a la “Indemnizabilidad”.....	77
Sección II: Influencia de los modernos principios de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia.....	81
1) Se defiende el Derecho del damnificado a ser indemnizado.....	81
2) Se busca prescindir de la antijuridicidad.....	81
3) Se adopta el principio de reparación integral.....	82
4) Se amplía lista de legitimados para reclamar indemnización.....	83
5) Se tiene una nueva perspectiva del daño moral.....	85
6) Se busca una condena equitativa,	85
Sección III: Tesis negativas y positivas relacionadas con la reparación de daños entre miembros de un grupo familiar.....	86
A) Tesis en contra.....	87
B) Tesis a favor.....	88
Sección IV: Conclusión.....	90

CAPITULO 4: El Daño Procreacional	93
Sección I: Nociones de Daño Procreacional.....	93
Sección II: Presupuestos del Daño Procreacional.....	95
Sección III: Supuestos del Daño Procreacional.....	98
A) Factores Genéticos.....	98
a.1 La Mutación de un gen.....	99
a.2 Monosomía de cromosomas.....	99
a.3 Trisomía de cromosomas.....	99
a.4 Por uno o más genes heredados de los padres.....	99
B) Factores Ambientales.....	101
b.1 Factores ambientales que producen alteraciones a través de la madre.....	101
b.1.a Medicamentos.....	101
b.1.b Substancias químicas.....	102
b.1.c Agentes Físicos.....	102
b.1.d Enfermedades maternas.....	103
b.1.e Infecciones maternas.....	103
b.1.f Hábitos Tóxicos.....	103
b.2 Factores ambientales que producen alteraciones a través del padre.....	104
b.2.a Productos químicos.....	104
b.2.b Agentes físicos.....	104
b.2.c Agentes biológicos (contacto indirecto).....	105
Sección IV: Definición de Daño Procreacional.....	105

TITULO III: Responsabilidad de los Padres por Daño Procreacional:

CAPITULO 5: Responsabilidad por Daño Procreacional.....	107
Introducción.....	108
Sección I: Es exigible a los padres la responsabilidad por Daño Procreacional?.....	109
A. Sobre la antijuridicidad o ilicitud de la conducta.....	110
A.1 Abordaje desde la Posición Civilista (pura).....	110
A.2 Abordaje desde la Posición del Derecho de Familia.....	114
B. Dilema en relación al reconocimiento del daño.....	115
C. Relación de causalidad entre conducta y perjuicio causado....	118
D. Existencia de un factor de atribución.....	119
Sección II: Tratamiento del tema en la jurisprudencia internacional.....	120
Italia.	
A. Fallo del Tribunal de Piacenza, Italia (1950).....	120
B. Fallo del Tribunal de Verona, Italia (1990).....	122
Estados Unidos de América.	
A. Corte Suprema de Illinois, Estados Unidos, caso de “Stalman vs. Youngquist” (1988).....	123
B. Corte Suprema de New Hampshire, Estados Unidos, caso de “Bonte vs. Bonte” (1992).....	124
C. Corte Suprema de Illinois, caso “Cates vs.Cates”(1993)...	125
Canadá.	
A. Corte Suprema de Canadá, caso de “Dobson (Litigation Guardian of) vs. Dobson” (1999).....	126

Francia.	
A. Corte de Casación Francesa, caso “Arret Perrouche” (2000).....	127
Sección III: Tesis Negativa vs. Tesis Positiva.....	129
A. Tesis que no admite la responsabilidad por daño procreacional.....	129
Tesis que admite la responsabilidad por daño procreacional.....	131
Sección IV: Conclusión.....	133
CAPITULO 6: Reclamo del Daño Procreacional en Costa Rica.....	137
Introducción.....	137
Sección I: Marco jurídico para el reclamo de responsabilidad por daño procreacional por la vía jurisdiccional de familia.....	138
Sección II: Marco jurídico para el reclamo de responsabilidad por daño procreacional ante el Juzgado de Familia, de Niñez y Adolescencia.....	147
Sección III: Sujetos Legitimados para establecer el reclamo.....	151
A) Titular directo del reclamo y su representación.....	151
B) Titulares indirectos del reclamo.....	161
Sección IV. Conclusión.....	163
Excursus.....	166
Conclusiones generales.....	167
Referencias bibliográficas.....	177

INTRODUCCIÓN.

El trabajo de investigación que pretendo desarrollar estudiará la posibilidad de exigir a los progenitores el resarcimiento de daños ocasionados a la salud de sus hijos, específicamente en el marco de la concepción natural (daño procreacional), y su posible reclamación por la vía jurisdiccional de familia, quedando comprendidos no solo los daños derivados de la transmisión de enfermedades genéticas o de transmisión sexual, sino también los acaecidos por culpa o dolo de los progenitores durante el embarazo.

El tema se desarrolla a partir de tres preguntas que no han sido contestadas por la doctrina de nuestro país:

- 1) ¿Es posible reclamar a los padres la indemnización de los daños inferidos a la salud de sus hijos específicamente en el marco de la concepción natural?
- 2) ¿Si es así, es materia que debe puede ser conocida por los jurisdicción de familia o únicamente puede ser reclamada por la vía ordinaria civil?
- 3) ¿El estudio y conocimiento de la responsabilidad de los padres frente a los hijos por daños inferidos a la salud en el marco de la concepción natural es un tema que solo les compete a los civilistas o encaja en la materia que deba ser abordada por el derecho de familia?

MARCO TEÓRICO.

El tema no ha sido tratado por la doctrina ni por la jurisprudencia nacional. Actualmente la doctrina y jurisprudencia de familia, únicamente se ha centrado en el tema de daños derivados del divorcio, pues estos son los únicos regulados expresamente por ley (artículo 48 bis del Código de Familia) y muy recientemente (2009-2010) la jurisprudencia del Tribunal de Familia se ha aventurado a tratar el tema de los daños derivados de la violencia doméstica.

Más allá de ello, el **Dr. Rolando Soto Castro** ha escrito sobre los ***“Daños y perjuicios derivados de la ruptura de los esponsales”*** (Revista de la Sala Segunda No. 9- Enero 2012) y el **Lic. Oscar González Sepe** estudio en su tesis de grado el tema de la responsabilidad de los padres por falta de reconocimiento de uno de sus hijos ***“Responsabilidad y daños por falta de reconocimiento de hijo extramatrimonial”*** (González, 2013) y si bien este último sienta bases para el estudio de la responsabilidad de los padres por daños ocasionados a los hijos desde la perspectiva del derecho de familia, resulta muy específico en cuanto al abordaje que hace, dejando de lado el estudio de la responsabilidad parental ante daños a la salud de sus hijos.

A nivel internacional el tema ha sido tratado por la autora Argentina **Graciela Medina** en coautoría con la autora **Irene Hoofft**, en **Medina, Graciela. (2008).**

Daños en el Derecho de Familia. 2 da ed. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores. En el capítulo VIII de esta obra plantean el tema de la responsabilidad de los padres por los daños a la salud de los hijos en la procreación natural a la luz de la jurisprudencia italiana, francesa, estadounidense y canadiense. De esta obra se rescata la explicación que se hace de las diferentes tesis doctrinales y jurisprudenciales que a nivel mundial han admitido y rechazado la responsabilidad por el acto procreacional. También porque recoge opiniones rendidas en jornadas de Derecho Civil y de Familia llevadas a cabo en Argentina durante la década de los años noventa, en relación al tema, con lo que se rescata el pensamiento de juristas de esta nación, el cual se inclina por la tesis positiva, aceptando que los padres son responsables frente a sus hijos por las taras hereditarias.

Existe también un trabajo del autor argentino **Martín Castro Gabaldo**, en **Castro Gabaldo, Martín. *La Responsabilidad de los padres por los daños producidos a sus hijos.* [citado 09/03/2014] Revista Electrónica “Derecho y Cambio Social”, número 25. Formato pdf.** Disponible en: [http://www.derechoycambiosocial.com/revista025/responsabilidaddelospadrespor danos.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista025/responsabilidaddelospadrespor%20danos.pdf). Tesis del autor sin publicar. ISSN 2224-4131. El estudio de este autor también está basado en una exposición de fallos internacionales históricos, en relación a la responsabilidad de los padres frente a los hijos por daño procreacional, también analiza los tipos de enfermedades genéticas y de

transmisión sexual que pueden ser transmitidas de padres a hijos y por último estudia la responsabilidad de los progenitores por daño procreacional, haciendo un especial aporte en el estudio de la acción conocida en el *common law* como “*wrongful life*”, traducida como “vida injusta” mediante la cual un hijo puede demandar a sus progenitores, tutores, médico tratante o incluso al Estado por un daño procreacional.

APORTE ACADÉMICO Y SOCIAL DEL TRABAJO.

El tema resulta importante por lo siguiente:

Aporte académico.

1) La investigación pretende ampliar y actualizar el conocimiento que hasta el momento se tiene en la Facultad de Derecho en materia de responsabilidad y daños, recogiendo la visión de la doctrina y jurisprudencia extranjera en relación a la llamada concepción dañosa y la confrontará con la opinión de académicos, litigantes y jueces de nuestro país, para conocer la posición que impera en Costa Rica sobre la posibilidad de exigir el resarcimiento de un daño ocasionado a un no-nato.

2) Se abordará el tema desde una perspectiva del Derecho de Familia, algo novedoso, pues la materia de responsabilidad de padres frente a hijos por daños a la salud, solo ha sido abordada o estudiada desde un enfoque civilista, aislado de la sensibilidad y principios que imperan en el Derecho de Familia.

3) Si bien la transmisión y/o causación de enfermedades constituye un tema tan antiguo como el hombre, se observará con este trabajo su novedosa y renovada consideración ante la eventual atribución de responsabilidad a los progenitores. Se demostrará que continúan surgiendo planteamientos e inquietudes respecto al tema y permitirá que continúe con su discusión, siendo un ámbito harto conflictivo y discutido por especialistas de otros países.

Aporte social.

1) En este trabajo se plantearán nuevos escenarios en lo concerniente a la reproducción humana en Costa Rica, exponiendo las posibles consecuencias que de la concepción pueden suscitarse y el impacto que esto puede tener, en un afán de concientizar sobre la necesidad de:

- a) Implementar políticas públicas en torno a prevención de la transmisión de enfermedades hereditarias, educando a la población, facilitando tratamientos médicos que permitan diagnosticar posibles

- incompatibilidades genéticas, en resguardo de la salud de la persona menor de edad.
- b) Intervención del Estado en la protección de la persona menor de edad- como curador procesal – ante una eventual reclamación de responsabilidad en favor del menor.
 - c) Aprobar en nuestro país la ley que regula la investigación científica en seres humanos, en procura de un mayor avance científico en el diagnóstico y prevención de transmisión enfermedades durante la gestación.
- 2) Se busca además eliminar la incertidumbre que existe en el país en cuanto a la procedencia o no del reclamo por daño procreacional (como pretension) más que todo por la vía jurisdiccional de Familia. Máxime que no existen si quiera antecedentes jurisprudenciales.

HIPÓTESIS:

Es posible en Costa Rica reclamar por la vía jurisdiccional de Familia el daño procreacional.

OBJETIVO

Objetivo general:

El objetivo principal del presente estudio es demostrar que existe responsabilidad de los padres frente a los hijos por los daños a la salud que estos les generen en el marco de la concepción natural (daño procreacional) y que estos daños puede ser reclamados por la vía jurisdiccional de Familia, ya que la materia de responsabilidad y daños entre padres e hijos es un tema propio del Derecho de Familia.

Objetivos específicos:

- 1) Establecer los conceptos y presupuestos modernos de la responsabilidad civil.
- 2) Establecer el concepto general de daño y los tipos de daños que existen.
- 3) Explicar la evolución que ha tenido el Derecho de Familia y su influencia sobre el Derecho de Daños. Recopilando las tesis negativas y positivas relacionadas con la reparación de daños entre miembros de un grupo familiar.

4) Analizar si la existencia de un vínculo familiar entre el sujeto que causa el daño (padre, madre o ambos) y la víctima (hijo) influye sobre las reglas de la responsabilidad civil.

5) Establecer un concepto de daño procreacional y establecer bajo que supuestos se configura.

6) Establecer si efectivamente existe responsabilidad de los padres ante el llamado “daño procreacional”, repasando las tesis que admiten y las que niegan este tipo de daño.

7) Estudiar si el daño sufrido por un hijo, producto de un acto ilícito de sus padres -daño a la salud- tiene relevancia jurídica para el grupo familiar, resolviendo si podría existir una víctima indirecta del daño que ostente legitimación para reclamar el perjuicio.

8) Confrontar la posición que domina en la doctrina extranjera con la posición de académicos, litigantes y jueces de nuestro país, para conocer su posición sobre la posibilidad de exigir el resarcimiento por daño procreacional y si este daño es indemnizable por la vía jurisdiccional de Familia.

MARCO METODOLOGÍCO

A) Tipo de Investigación:

Para realizar la investigación en cuestión se utilizará el método de investigación e interpretación **descriptivo**, bajo un enfoque es de carácter **cualitativo**, con el fin de realizar una descripción de conceptos básicos del Derecho de Familia, del Derecho Civil, en temas de responsabilidad civil y Derecho de Daños, con énfasis en llamado “daño procreacional”.

La investigación que planteo es de tipo **doctrinaria y de derecho comparado**, enfocada en doctrina y normativa argentina y estadounidense, esto con el fin de establecer el tratamiento que en esos países se le ha dado a la cuestión, ya que en nuestro país el tema no ha sido tratado, no se ha normalizado, ni tampoco existe jurisprudencia que se refiera de manera expresa a la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios como consecuencia del daño procreacional.

Se estudiará la legislación, jurisprudencia y doctrina nacional existente únicamente en relación al reclamo de daños por la vía jurisdiccional de Familia.

B) Desarrollo del Trabajo:

Durante el desarrollo del trabajo se abordará inicialmente el tema de la relación existente entre responsabilidad por daño y el Derecho de Familia, estudiando lo siguiente:

- Se estudiarán los presupuestos modernos de la responsabilidad civil y se repasará la evolución que ha tenido el Derecho de Familia y su influencia sobre el Derecho de Daños. Recopilando las tesis negativas y positivas relacionadas con la reparación de daños entre miembros de un grupo familiar.
- Se analizará si la existencia de un vínculo familiar entre el sujeto que causa el daño (padre, madre o ambos) y la víctima (hijo) influye sobre las reglas de la responsabilidad civil.

Una vez establecidos los conceptos generales aplicables a la responsabilidad por daños en el Derecho de Familia, pretendo abordar el tema específico de la responsabilidad de los padres ante un daño procreacional, tocando los siguientes temas:

- Se definirá que se entiende por daño procreacional, y sus distintos supuestos.

- Se estudiará si efectivamente existe responsabilidad ante el llamado “daño procreacional”, repasando las tesis que admiten y las que niegan la responsabilidad por acto procreacional:
 - Abordando las distintas posiciones al respecto, tanto las que niegan la ilicitud de un daño ocasionado a un “no nacido”, si este daño se produjo antes de ser considerado persona (situación de salud previa que haya sido empeorado o alterado), como las que defienden la exigencia de dicha responsabilidad.
 - Recopilando las posiciones que confrontan el llamado “derecho a procrear” contra un deber u obligación de evitar concebir hijos que sufrirán un daño procreacional. Estudiando si un llamado “derecho a procrear” o “derecho a la reproducción” resultaría un eximente de responsabilidad frente al daño procreacional.
- Se estudiará si el daño sufrido por un hijo, producto de un acto ilícito de sus padres –daño a la salud- tiene relevancia jurídica para el grupo familiar, resolviendo si podría existir una víctima indirecta del daño que ostente legitimación para reclamar el perjuicio.

Por último, se confrontará la posición que domina en la doctrina extranjera con la opinión de académicos, litigantes y jueces de nuestro país, para conocer la línea de pensamiento que impera en Costa Rica sobre la posibilidad de exigir el resarcimiento por daño procreacional.

- Se estudiarán los presupuestos para que proceda en nuestro país, el reclamo de daño procreacional por la vía jurisdiccional de Familia.
- Se estudiará la normativa que apartaría este reclamo por esta vía.
- Se establecerá quienes serían los sujetos legitimados para reclamar este daño.

C) Posibles variables:

Tomando en cuenta los objetivos específicos, pueden establecerse determinadas variables, tales como:

- Alcances y límites de la responsabilidad civil extracontractual.
- Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la responsabilidad civil y daños en el Derecho de Familia.
- Cumplimiento de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual en supuestos de daño procreacional.

- Existencia de causas eximentes de responsabilidad de los padres por daño procreacional.
- Ausencia de regulación expresa en cuanto a la indemnización por daño procreacional.
- Limitaciones del conocimiento de reclamos por daño procreacional por la vía jurisdiccional de Familia.

D) Fuentes de Información:

Las fuentes de información utilizadas para el presente trabajo serán:

- La Entrevista.
- La Doctrina internacional, con énfasis en la argentina y estadounidense, por ser las que más han desarrollado el tema en análisis, y la doctrina nacional específicamente en materia de responsabilidad civil.
- Convenios Internacionales: Convención Americana de Derechos Humanos, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, Convención Internacional de los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Normativa nacional: Constitución Política, Código de Familia, Código de la Niñez y Adolescencia, Código Civil.
- Jurisprudencia nacional e internacional, en lo aplicable.

E) Instrumentos de Investigación.

En cuanto a los instrumentos de investigación, se utilizaran los siguientes:

- Revisión y recolección bibliográfica de distintos materiales doctrinarios, específicamente libros relacionados con el tema en concreto de la responsabilidad de los padres por daño procreacional, libros relacionados con Derecho de Familia específicamente en relación al tema de daños en el Derecho de Familia y libros relacionados con temas de responsabilidad civil y Derecho de Daños.

- Entrevistas realizadas a jueces y litigantes con gran trayectoria y experiencia en Derecho de Familia, con el fin de explorar un tema poco abordado como lo es el tema cuestión y obtener una variedad de criterios relevantes frente a la problemática.

- Revisión y recolección de doctrina y jurisprudencia tanto internacional como nacional, relacionada con el tema de estudio, en la medida de lo posible.

TITULO I:

Responsabilidad Civil y Daños

CAPITULO 1:

Responsabilidad civil extracontractual

Resumen: En este capítulo se abordará el concepto y las generalidades de la responsabilidad civil extracontractual, también se analizarán los elementos que la configuran, los tipos de responsabilidad civil extracontractual que existe y las eximentes de responsabilidad que reconocen tanto la doctrina como la jurisprudencia.

Sección I: Concepto y enfoque de estudio.

Podemos entender por responsabilidad civil aquella condición jurídica que da pie a una obligación indemnizatoria o reparadora, la cual genera un vínculo jurídico entre una persona que ha sufrido un daño y la persona que se lo provocó, este vínculo constriñe al último a indemnizar o reparar el daño ocasionado (Martínez, 2008, pp.1-3).

Ahora bien, esta responsabilidad civil puede derivarse de una relación jurídica contractual cuando media un acuerdo previo entre ambas partes y producto del incumplimiento de este acuerdo o contrato se genera un daño, o bien derivarse

de una relación jurídica extracontractual, la cual en palabras del autor Pérez (1994), se define de la siguiente manera:

“(...) es extracontractual la relación jurídica que se constituye cuando una persona viola la esfera jurídica de otra, sin que exista entre estos dos sujetos una relación jurídica anterior, o si, existiendo ésta nada tiene que ver con el comportamiento ilícito o la actividad productora del daño. Entra entre esta categoría, siempre que causen un daño, todas las violaciones al deber genérico de la diligencia en la vida social, la impericia, la negligencia y la falta, lo mismo que las conductas dolosas”. (p.388).

Por su parte la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución N° 846 de las 11:22 horas 20 minutos del 18 de diciembre de 2008, al respecto señaló:

"V. (...) la responsabilidad extracontractual recae sobre quien, fuera de toda relación contractual previa, ha causado un daño en la esfera jurídica de otro sujeto, por culpa, o a través de la puesta en marcha de una actividad riesgosa o creación de un riesgo social. Esta responsabilidad no nace del incumplimiento de un vínculo determinado, sino de la violación del deber general de no dañar a los otros”.

Bajo este concepto, resulta fácil discernir que el tipo de responsabilidad civil imputable a los padres y madres de familia por los daños ocasionados por sus hijos en el marco de la concepción natural, por ejemplo al heredarles una enfermedad genética o causarles una malformación por mala nutrición o consumo de drogas, sería extracontractual, ya que en este cuadro fáctico (la concepción natural) no existe un acto jurídico o contrato previo entre padre o madre e hijo.

Desde este panorama, debemos centrarnos en adelante, en el estudio de los conceptos que explican la responsabilidad civil extracontractual, pues sería el tipo de responsabilidad, que en el caso de proceder, le sería imputable a un padre por el daño procreacional causado a su progenie.

Sección II: Breve reseña histórica de la evolución del concepto de responsabilidad civil extracontractual.

Lo que hoy día conocemos como responsabilidad civil extracontractual, tiene su origen en la antigua Roma. Los romanos resumían los principios jurídicos en tres grandes aforismos: *honeste vivere* (vivir honestamente), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) y *alterum non laedere* (no dañar a los demás) y creían que cualquier norma jurídica que se promulgara debía dirigirse a proteger estos principios, ya que para ellos eran la base de la convivencia social (López, 2014, p.1).

A partir del tercer principio *alterum non laedere* es que se empieza a conceptualizar lo que conocemos como responsabilidad civil extracontractual. En un sentido práctico, los romanos no pretendían, a través del Derecho, proteger a quien se le causa un daño (en el sentido de evitarle el perjuicio), sino hacer nacer una obligación -en el sentido jurídico- de dejar a esa persona en una situación lo más parecida posible a como se encontraba antes de haber sufrido el mal. A partir de entonces se conceptualiza el término responsabilidad como una sanción resarcitoria que consiste en la obligación de reparar y satisfacer a la persona a quien se le causa un daño (López, 2014, p.1).

Sin embargo, en un principio el resarcimiento de los daños en el Derecho Romano dependía de la existencia de disposiciones específicas en la ley, los supuestos de resarcimiento eran taxativos. No se tenía un principio general de responsabilidad civil extracontractual. (Diéz, 1999, pp.66-67).

Posteriormente en la Edad Media, racionalistas modernos como Domat y Pothier (citados por Pérez, 1994), evolucionan a la idea de que en forma general cualquier daño ocasionado debe ser reparado por la persona que lo causó, sea por medio de un delito (acción dolosa) o causidelito (culpa o imprudencia no excusable).

No es sino hasta el siglo XIX que en Francia se adoptan estas ideas y se promulga el Código Civil (1804), también llamado *Código de Napoleón* donde por primera vez se establece en una norma jurídica el principio general de responsabilidad civil extracontractual, en su artículo 1382 en el cual se indica:

“Cualquier hecho del hombre que causa a otro un perjuicio, obliga a aquel por cuya culpa sucedió a repararlo”.

Estableciéndose por primera vez la obligatoriedad genérica de resarcir los daños ocasionados por un comportamiento -conducta activa u omisiva-, entendido este como una iniciativa humana externa que incide sobre intereses ajenos jurídicamente relevantes, cuando media un nexo de causalidad entre el comportamiento y el resultado (Pérez, 1994, p.386).

Este supuesto general y abstracto de responsabilidad civil extracontractual se extendió rápidamente entre las principales codificaciones europeas como la italiana, suiza y alemana, siendo posteriormente recibida en América. Evolucionando de la tipicidad de figuras de responsabilidad particulares, a la atipicidad de la responsabilidad civil extracontractual, una alternativa indemnizadora genérica ante cualquier acto ilícito dañoso.

En nuestro ordenamiento jurídico el principio general de la responsabilidad civil extracontractual se encuentra formalizado en el artículo 41 de la Constitución Política, en el cual se señala:

“Artículo 41.- Ocurriendo a las leyes todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales”.

Nuestro legislador también clasificó el instituto de la responsabilidad civil extracontractual de acuerdo con el origen del daño. En ese sentido, en los artículos 1045 y 1046 de nuestro Código Civil se estableció lo que se conoce como responsabilidad civil extracontractual subjetiva directa o por el hecho propio, que es aquella responsabilidad que se genera por los daños que una persona en forma personal e inmediata le causa a otra:

“Artículo 1045.- Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.”

“Artículo 1046.- La obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados con un delito o cuasidelito, pesa solidariamente sobre todos los que han participado en el delito o cuasidelito, sea como autores o cómplices y sobre sus herederos.”

Por su parte, los artículos 1047 y 1048 del Código Civil establecieron las normas que regulan lo que se conoce como responsabilidad civil extracontractual subjetiva indirecta que es aquella que se genera por los daños causados por las personas que tenemos bajo nuestro cuidado.

“Artículo 1047.- Los padres son responsables del daño causado por sus hijos menores de quince años que habiten en su misma casa. En defecto de los padres, son responsables los tutores o encargados del menor”.

“Artículo 1048.- Los Jefes de Colegios o escuelas son responsables de los daños causados por sus discípulos menores de quince años, mientras estén bajo su cuidado. También son responsables los amos por los daños que causen sus criados menores de quince años. (...).

El que encarga a una persona del cumplimiento de uno o muchos actos, está obligado a escoger una persona apta para ejecutarlos y a vigilar la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia, y si descuidare esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios que su encargado causare a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones (...).

Sin embargo, no podrá excusar con esas excepciones su responsabilidad el que explota una mina, fábrica, establecimiento de electricidad u otro cualquiera industrial, o el empresario de una construcción; y si no le hubiere, el dueño de ella, cuando su mandatario, o representante o persona encargada de dirigir o vigilar la explotación o construcción, o cuando uno de sus obreros causa por su culpa en las funciones en las cuales esta empleado, la muerte o lesión de un individuo, pues será entonces obligación suya pagar la reparación del perjuicio. (...)"

Y finalmente, en las normas de los artículos 1048 del Código Civil; 35 de la Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor (No. 7472); 70, 197 y 198 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial (No. 9078); 4 de la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras (No. 6209); 17, 18 y 19 del Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional (Convenio de Montreal de 1999); y 255, 261, 267, 270 y 273 de la Ley General de Aviación Civil (No. 5150), se han establecido las reglas de lo que conocemos como responsabilidad civil extracontractual objetiva que es aquella que se surge por los daños causados por el hecho de las cosas o por las actividades peligrosas.

Estos tipos de responsabilidad según el criterio de imputación que se utilice serán desarrollados en las próximas secciones, con la finalidad de identificar qué tipo de

responsabilidad es la aplicable a los padres de familia que causen un daño de tipo procreacional a sus hijos.

Sección III: Tipos de responsabilidad civil extracontractual.

Como vimos en la sección anterior, la responsabilidad civil extracontractual es de dos tipos: subjetiva (directa e indirecta) y objetiva, según el criterio de imputación que se utilice:

A) Responsabilidad civil subjetiva (o responsabilidad por culpa):

La responsabilidad civil extracontractual subjetiva es aquella que puede atribuírsele directamente a una persona, por la ocasión de un daño, sea de forma personal e inmediata (directa) o bien de forma mediata, cuando los daños son causados por las personas o los animales que tenemos bajo nuestro cuidado (indirecta) y tiene como referente una conducta culposa de quien causa la lesión.

A criterio de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante el voto N° 873 de las 11:05 horas del 04 de diciembre de 2007:

“III.- El criterio de imputación (juicio de reproche jurídico) que aplica para este tipo de responsabilidad es la culpa, o cualquiera de sus derivados (falta, dolo, negligencia, imprudencia). Estos elementos están contenidos,

de manera sintética, en el ordinal 1045 del Código Civil, según el cual; “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”.

El autor nacional Torrealba (2011), sobre el tema ha expresado que:

“Califica como culpa, en sentido civil, tanto la conducta más grave y maliciosa, como la simple falta de diligencia. Una y otra dan pie, en principio, a la misma responsabilidad civil presuponiendo que el daño sea idéntico. En otras palabras independientemente de la gravedad de la culpa, basta cualquier falta para el nacimiento de la obligación de responsabilidad civil, siempre que el comportamiento culpable esté en vinculación causal con el daño cuya indemnización se pretende” (p.203).

Autores extranjeros, como el colombiano Tamayo (2007), también son del mismo criterio:

“(…) cuando decimos que la responsabilidad se fundamenta en la culpa, estamos hablando propiamente de toda falta dolosa o culposa y no únicamente de culpa cuasidelictual o a título de culpa. En consecuencia, la responsabilidad civil fundamentada en la culpa es aquella que requiere una falta dolosa o culposa en el agente causante del daño.” (p.14).

La misma posición es sostenida por el autor italiano Alpa (2008, pp. 314-319).

De este modo entendemos que tanto en nuestro país, como en el Derecho Comparado, en materia de responsabilidad civil, la culpa es entendida en un sentido amplio, abarcando tanto la conducta dolosa, como el comportamiento imprudente o negligente. Esto se conoce en doctrina como “*principio de no graduación*” de la culpa civil o principio de irrelevancia de la gravedad de la culpa. (Torrealba, 2011, pp. 203-204).

Este principio tiene sus excepciones en materia de responsabilidad civil, donde la ley exige cierto tipo de culpa calificada o grave para atribuirle responsabilidad civil a un sujeto¹. Una de estas excepciones la encontramos cuando se imputa un daño moral o psicológico, donde el dolo va a incrementar el daño moral sufrido. El autor Torrealba (2011) sobre el tema, pone como ejemplo, la pérdida de un ser querido, esta es más dolorosa si su familiar conoce que murió asesinado con ensañamiento que si su muerte fue producto de un accidente de tránsito común donde medió la imprudencia. (p. 205).

¹ v.gr. Art. 108 inciso 2, 118, 199 y 122 inciso 3, de la Ley General de la Administración Pública, en relación a la responsabilidad del funcionario público frente a terceros.

Ahora bien, para que se configure la responsabilidad civil extracontractual subjetiva y surja una obligación resarcitoria, es necesaria la conjunción de cuatro elementos básicos:

1) La existencia de una conducta antijurídica o ilícita:

En este caso hablamos de una acción o una omisión que resulta ilícita o contraria al ordenamiento jurídico, en el entendido que lesiona un bien jurídico sin justificación.

Nos explica el autor Pérez (1994), que en materia de responsabilidad civil subjetiva es sumamente relevante que se configure ese elemento, ya que es posible pensar en lo que él llama “daños legítimos”, que son todos aquellos casos en los que a pesar de resultar afectado un interés jurídicamente relevante, prevalece sobre el otro interés que el ordenamiento jurídico considere prioritario. (p. 396).

En palabras del autor:

“Existen así muchas conductas, que aunque generen una situación desventajosa para otro sujeto (un daño o un perjuicio) no se encuentran valoradas por el Ordenamiento como un “deber no hacer”, sino que se trata

de actos lícitos”(...) “En síntesis, en la responsabilidad civil subjetiva, si falta la antijuridicidad no surge el deber de indemnizar”. (Pérez, 1994, p.396).

Más adelante será importante analizar con detalle el papel del ejercicio legítimo de un derecho, como posible eximente de responsabilidad de los padres respecto a los daños ocasionados a sus hijos en el marco de la concepción natural, pues será interesante debatir si el llamado derecho a la reproducción humana tiene, por así decirlo, un rango superior al derecho a la salud e integridad física del menor de edad, o sea, el daño procreacional se justificaría con tal de no lesionar el derecho de los padres a reproducirse.

2) Debe existir un daño o lesión a un bien jurídico:

Por daño debemos entender aquella lesión a un interés protegido por el ordenamiento jurídico; y para que este se considere resarcible, en términos generales, debe ser cierto y no eventual o hipotético, lo que quiere decir que sea real y efectivo. (Alpa, 2008, p. 773).

En palabras de los co-autores Ghersi, Rossello y Hise (1999):

“Debe haber certidumbre en cuanto a su existencia, en el caso del daño actual, o suficiente probabilidad, de acuerdo al curso natural y ordinario de

los acontecimientos, de que el mismo llegue a producirse como previsible prolongación o agravación de un perjuicio en alguna medida ya existente, en el supuesto de daño futuro”. (p.28)

Pero existen excepciones; por ejemplo, se debe considerar que puede causarse daño moral, por la puesta en peligro concreto del bien jurídico, como nos señala la autora Poma (2012):

“(…) para la viabilidad de una reparación civil por daño moral en los delitos de peligro concreto se requiere la existencia de un daño ocasionado por la presencia de un peligro, siendo que este daño ataca a la esfera interna del agraviado y del perjudicado.” (pp.111-112).

También el daño o lesión al bien jurídico puede presumirse, hablamos específicamente del daño moral subjetivo, su prueba es “*in re ipsa*”, quiere decir que se extrae de “presunciones de hombre” que son deducidas de indicios. (Preinfalk, s.f, p.10).

Al respecto la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante el voto número 725 de las 12 horas 15 minutos del 25 de agosto de 2004, manifestó:

“XIII.- En lo referente a la prueba del daño moral el principio es el siguiente: debe acreditarse su existencia y gravedad, carga que le corresponde a la víctima, sin embargo se ha admitido que tal prueba se puede lograr a través de presunciones de hombre inferidas de los indicios, ya que, el hecho generador antijurídico pone de manifiesto el daño moral, pues cuando se daña la psiquis, la salud, la integridad física, el honor, la intimidad, etc. es fácil inferir el daño, por ello se dice que la prueba del daño moral existe "in re ipsa". Sobre el particular, esta Sala ha manifestado que en materia de daño moral "... basta, en algunas ocasiones, con la realización del hecho culposo para que del mismo surja el daño, conforme a la prudente apreciación de los Jueces de mérito, cuando les es dable inferir el daño con fundamento en la prueba de indicios" (sentencia N° 114 de las 16 horas del 2 de noviembre de 1979)." ²

El tema de daños será abordado más a fondo en el siguiente capítulo.

² También ver sentencias número 564 de las 11 horas del 10 de setiembre de 2003, número 311 de las 16 horas 10 minutos del 25 de abril de 2001 y número 725 de las 12 horas 15 minutos del 25 de agosto de 2004.

3) Es necesario que haya un nexo causal que vincule la conducta con el daño:

Es necesario que exista un nexo causal entre la conducta o situación que motiva la lesión y el daño que sufre la víctima. En palabras de Pérez (1994):

“(...) el daño debe ser consecuencia directa e inmediata de la conducta.”(p.401)

Para los co-autores Gherzi, et al (1999):

“En el campo de la responsabilidad civil, la relación de causalidad cumple una doble función: por un lado permite determinar con rigor científico a quién debe atribuirse un resultado dañoso; por el otro, brinda los parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento, mediante un régimen predeterminado de imputación de consecuencias” (p.36).

La relación de causalidad, al igual que el daño, siempre necesita ser probada por quién reclama el daño, sin perjuicio de que en determinados supuestos surja como una situación notoria.

4) Debe poder verificarse la culpabilidad:

La culpabilidad es la última valoración que se hace de la causa del daño. Se trata de determinar si al sujeto que con su conducta antijurídica causó un daño, se le puede atribuir culpa, entendida en un sentido amplio, es decir, se establece si el sujeto actuó con dolo, o con culpa en sentido estricto, sea por negligencia, imprudencia o impericia.

El autor Pérez (1994) descompone la culpabilidad en dos condiciones: imputabilidad y culpabilidad en sentido estricto. (pp.404-405).

Imputabilidad:

Cuando hablamos de imputabilidad, nos referimos a la condición que tiene el sujeto, cuya conducta causó un daño, que hace posible atribuirle responsabilidad. En este caso se analiza la capacidad que tiene el sujeto de obligarse extracontractualmente.

Nos refiere el autor Pérez (1994) que la capacidad extracontractual se adquiere a los quince años de edad, interpretando *a contrario sensu* las normas de los artículos 1047 y 1048 del Código Civil, ya que estas normas solo establecen que los padres y o jefes de colegios son responsables por los daños causados por

menores de quince años que estén bajo su cuidado. Así, a criterio de este autor, si el demandado civil es mayor de quince años responde por sus propios actos, estando obligado a indemnizar de forma satisfactoria al ofendido. (p.405).

Pero al analizar el elemento de la capacidad de obligarse extracontractual, no solo se debe valorar el tema de la edad, sino la capacidad cognitiva y volitiva del autor del daño. Es decir que no debe haber duda de que el causante del daño comprendía lo que hacía y que tenía la capacidad de controlar sus actos de acuerdo a esa comprensión³.

Culpabilidad en sentido estricto (Culpa y dolo):

En cuanto a la culpabilidad en sentido estricto, esta comprende el dolo y la culpa, por lo que resulta importante diferenciar ambos términos. Cuando decimos que la conducta antijurídica fue dolosa quiere decir que se realizó a conciencia y con voluntad de causar la lesión. Mientras que la conducta antijurídica culposa es aquella en la que se comete por negligencia, por imprudencia o por impericia.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española (2014), negligencia es entendida como un descuido o una falta al deber de cuidado. Este llamado

³ En nuestro país quedarían excluidas entonces las personas declaradas insanas y en estado de interdicción, conforme los establece los artículos 867 al 868 del Código Procesal Civil.

deber de cuidado no es más que la diligencia debida que se debe tener según las circunstancias (diligencia media). (Consultado en línea el 10 de agosto de 2014, desde <http://lema.rae.es/drae/?val=negligencia>).

La imprudencia por su parte es una especie de negligencia, pero entendida no como una omisión, sino como un exceso de actividad, cuando se debe abstener de realizar una conducta pues se conoce que podría causar daño y aun así se realiza. (Pérez, 1994, p.406).

La impericia se da cuando el sujeto realiza una actividad que requiere conocimientos técnicos, profesionales o fuerza física, que no tiene. El sujeto a sabiendas de su falta de conocimiento decide asumir el riesgo y realiza la conducta provocando el daño.

B) Responsabilidad civil objetiva (por riesgo creado):

Para que surja la responsabilidad extracontractual objetiva no se exige la concurrencia de culpa como factor de atribución, en su lugar solo es necesario la creación de un riesgo, sea por la explotación de una actividad económica peligrosa o por la tenencia de objetos peligrosos. Se parte del supuesto de que el origen de las obligaciones es el uso lícito de cosas peligrosas, y que al provocar daño, exigen al que se sirve de ellas, a resarcirlo.

Nos explica el autor Torrealba (2011) que:

“El riesgo creado por la realización de una actividad económica es el principal factor de atribución de responsabilidad objetiva. Se estima que quien se beneficia económicamente de una actividad lícita, pero riesgosa, debe internalizar los costos de la reparación de los daños irrogados a otras personas.

La idea de justicia distributiva que inspira la responsabilidad por riesgo creado aparece cristalizada en las antiguas máximas romanas “Commoda ferens incommoda et onera, sustinere debet” (el que recibe las ventajas debe también soportar las desventajas y las cargas); y “Ubi emolumentus, ibi onus debet” (donde está el emolumento, allí debe haber la carga”. (p.256).

De este modo, para que surja la responsabilidad extracontractual objetiva, solo es necesaria la existencia de un comportamiento, en este caso la actividad peligrosa, que sirva de criterio de imputación y de un resultado lesivo de intereses jurídicamente relevantes. De este modo el criterio de imputación en la responsabilidad civil extracontractual viene a ser una conducta creadora del riesgo.

A criterio del autor Tamayo (2007):

“(...) quien se aprovecha de un riesgo, o quien lo crea, debe indemnizar los daños que de él se deriven, independientemente de la culpa adicional en que pueda incurrir quien generó la causa del daño.” (p.866).

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante el voto N° 00036 de las 09:15 horas del 16 de enero de 2014, ha definido este tipo de responsabilidad civil extracontractual de la siguiente forma:

“En lo tocante al régimen objetivo de responsabilidad, esta Sala en el fallo no. 376-f-99 de las 14 horas 40 minutos del 9 de julio de 1999, indicó que “preceptúa lo que la doctrina ha denominado responsabilidad objetiva o por riesgo creado. En ella, se prescinde del elemento culpa como criterio de imputación, enfocándose en una conducta o actividad de un sujeto físico o jurídico, caracterizada por la puesta en marcha de una actividad peligrosa, o la mera tenencia de un objeto de peligro. El elemento de imputación de esta responsabilidad es el riesgo creado, o la conducta creadora del riesgo. Por ello, se afirma, la noción de riesgo sustituye los conceptos de culpa y antijuridicidad. (...) La responsabilidad objetiva reside en el hecho de que, aquél que, para su propio provecho, crea una fuente

de probables daños y expone a las personas y bienes ajenos a peligro, queda obligado si el daño se verifica. Para determinar esta responsabilidad, debe existir un nexo de causalidad entre la actividad riesgosa puesta en marcha y el daño ocasionado” .

Ahora bien, para que se configure la responsabilidad civil extracontractual objetiva y surja una obligación resarcitoria, es necesaria la conjunción de tres elementos básicos:

- 1) La utilización de cosas que cree un peligro o riesgo;
- 2) La existencia de un daño;
- 3) Un nexo causal entre la creación del riesgo y el daño.

Por último, es importante mencionar que en la práctica, cuando se valora este tipo de responsabilidad, opera una inversión de la carga de la prueba, donde el ofendido se ve exonerado de probar la culpa o dolo de quien le provocó el daño. Al contrario, le corresponde a la persona física o jurídica a quien se le atribuye la responsabilidad, demostrar una eximente de responsabilidad como sería la fuerza mayor o la culpa de la víctima, como veremos a continuación. (Pérez, 1994, p.417).

Sección IV: Defensas contra el reclamo de responsabilidad civil.

A) Eximentes de responsabilidad civil extracontractual:

Dependiendo del régimen de responsabilidad civil extracontractual aplicable, la persona física o jurídica que ha sido demandada en un juicio de responsabilidad civil, tiene varias posibilidades de defenderse, sea demostrando la ausencia de alguno de los elementos configurativos de responsabilidad (daño, nexo causal, culpabilidad, riesgo creado), o bien amparándose en una causal eximente de responsabilidad, conocida en doctrina como “causa extraña”.

El autor Patiño (2008) define la causal eximente de responsabilidad como:

“(...) aquella causa que impide imputar determinado daño a una persona, haciendo improcedente, en consecuencia, la declaratoria de responsabilidad (...) en este sentido, las causales de exoneración impiden la imputación, en ocasiones porque es inexistente el nexo de causalidad, o en ocasiones demostrando que si bien el demandado por acción u omisión causó el daño, lo hizo llevado o coaccionado por un hecho externo, imprevisible e irresistible”. (p.198).

Entre estas causas extrañas eximentes de responsabilidad civil extracontractual encontramos las siguientes:

1) Fuerza mayor:

El autor Enneccerus (citado por Rodríguez, 2004, p.109), define la fuerza mayor como:

“(...) el acontecimiento cognoscible, imprevisible que no deriva de la actividad en cuestión, sino que en este sentido viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar”. (p.447).

Podemos afirmar entonces que la fuerza mayor es toda aquella causa extraña que deriva de un evento de la naturaleza que resulta imprevisible e inevitable. Estamos hablando de catástrofes tales como terremotos, tornados, inundaciones, sequías, entre otros, que puedan influir en la producción del daño.

En el caso de la responsabilidad civil subjetiva, cuando nos referimos a una fuerza mayor, entendemos aquella imposibilidad absoluta de cumplir con el deber de cuidado o con la diligencia debida por la aparición de un obstáculo externo insuperable, es un acontecimiento arrollador de la voluntad humana.

Para que un hecho pueda entenderse como fuerza mayor, debe cumplir con los siguientes elementos:

1) Debe ser un hecho externo, un evento natural, desligado de la actividad humana, en otras palabras, la fuerza mayor no dependerá del actuar de ninguna de las personas involucradas al evento donde se produjo el daño.

2) Debe ser hecho imprevisible, o sea, que el acontecimiento no sea humanamente anticipable, que no se puede anunciar por revelación, ciencia o conjetura.

3) Debe ser un hecho irresistible, esto quiere decir que no se pueda evitar su advenimiento ni tampoco sus consecuencias, lo cual coloca al agente en una absoluta imposibilidad de actuar del modo debido, liberándolo así de responsabilidad.

2) Caso fortuito:

El caso fortuito es definido por Rodríguez (2004) como:

“(...) aquel suceso no imputable al sujeto, imprevisible o previsto pero inevitable, que determina la causación de un daño.” (p.107).

Entendemos entonces que es toda aquella causa extraña, que si bien puede ser previsible en general, no lo es para el agente en el caso concreto, pues permanece oculto o es desconocido, pese a haber actuado con diligencia, lo que convertirá al hecho en irresistible, eximiendo así al agente de culpa.

El caso fortuito tiene el potencial de exonerar la responsabilidad subjetiva, mas no así la responsabilidad objetiva del agente, esta situación ha sido tema de debate doctrinal y jurisprudencial, ya que en el Derecho costarricense comúnmente se tiende a confundir la fuerza mayor con el caso fortuito en materia de responsabilidad civil objetiva, por lo que en jurisprudencia se ha tratado reiteradamente el tema y se ha hecho la diferenciación entre ambos casos, por ejemplo la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el voto N° 0418 de las 11:56 horas del 15 de mayo de 2003, ha manifestado:

“(...) la jurisprudencia civil ha hecho la distinción entre ambos supuestos, indicando que se exime de responsabilidad solamente en la fuerza mayor, pero no en el caso fortuito (...) debe indicarse que se admite que el caso fortuito, a diferencia de la fuerza mayor, que se caracteriza generalmente por su evitabilidad, tiene más bien como eje definitorio la imprevisibilidad. Así la diferencia entre la responsabilidad objetiva basada en el caso fortuito y la responsabilidad subjetiva fundada en la culpa, es precisamente la previsibilidad, puesto que en el primero de ellos se afirma que el hecho

dañoso era imprevisible, lo que no ocurre cuando se afirma la existencia de culpa”.

3) Hecho de un tercero:

Esta causal de exoneración parte de que un tercero, es el causante directo del daño, exonerando de esta forma de toda responsabilidad al demandado civil, ya que se probaría que no existe un nexo causal entre su actuar y el daño producido. Por “tercero” se debe entender a toda persona ajena a las partes intervinientes en un juicio de responsabilidad civil. En este sentido se debe tener claro que no se considera como terceros a quienes, además del demandado, la Ley considera como responsable solidario del daño o corresponsable del mismo.

Al respecto el autor Patiño (2008) considera que:

“Jurídicamente solo es tercero alguien extraño, por quien no se debe responder, es decir, no vinculado con el sujeto contra quien se dirige la acción civil resarcitoria.” (p.206).

Es importante recalcar que la configuración de esta causal eximente de responsabilidad, requiere el hecho de este tercero como causa exclusiva, única y determinante del daño, ya que si se comprueba que el hecho del tercero solo

influyó o es co-causa del daño junto al actuar del demandado, esto solo generará una solidaridad entre ambos, pudiendo el ofendido exigir la indemnización a ambos o a solo uno de ellos.

Por último, como en toda causa extraña, el hecho de un tercero, debe ser imprevisible e irresistible. En el caso que se compruebe que el agente pudo prever la participación de este tercero o evitarla y no lo hizo, le será imputable el hecho dañoso, pues en esta materia no evitar un daño que se tiene la obligación de impedir es como si se hubiese producido directamente.

4) Culpa de la víctima:

Esta causal de exoneración se basa en la lógica que si el comportamiento de la víctima, su por acción u omisión, con culpa o sin ella, concurrió o fue la causa directa del daño o la agravación del mismo, pues este daño o su agravación es imputable al ofendido y este debe asumir las consecuencias.

En doctrina se dice que el comportamiento de la víctima no es necesario que sea culposo, o sea, no es necesario que la víctima haya faltado al deber de cuidado haya actuado con imprudencia o impericia, tan solo es necesario que su actuar haya desencadenado las circunstancias que produjeron el daño. (Patiño, 2008, p.210).

Lo anterior por cuanto existen supuestos en los que las personas que se exponen al daño no tienen autodeterminación, como lo son los niños, los incapaces o personas con alguna perturbación mental transitoria, cuya conducta sería involuntaria. En estos casos supera el elemento de imputación y se excluye la responsabilidad del demandado. Lo anterior ha sido justificado partiendo de que esos incapaces tiene personas a su cargo, quienes debían velar por ellos y la negligencia de estos tutores, padres o responsables en general considerados como víctimas indirectas es lo que causó el daño. (Patiño, 2008, p.210).

El hecho de la víctima es una causal que imposibilita imputar responsabilidad al agente, en el sentido de que si bien el agente fue quien materialmente produjo el daño, el mismo no podría imputársele, en la medida que el actuar de la víctima le fue extraño, imprevisible e inevitable.

B) Causas de justificación del daño en materia de responsabilidad civil extracontractual subjetiva:

En materia de responsabilidad civil extracontractual subjetiva, se presentan supuestos en los que si bien no concurre ninguna de las causales eximentes de responsabilidad, estaríamos ante circunstancias que justifican la conducta que generó el daño, ya que estaría ajustada a Derecho.

Estas causas de justificación normalmente están relacionadas con la materia penal, por cuanto son útiles para descartar la responsabilidad civil que es accesoria a la penal. Sin embargo las mismas pueden ser aplicables también en un juicio de responsabilidad civil extracontractual por la vía civil, administrativa o de familia, pues eliminan el elemento de la antijuridicidad.

Para efectos de la presente investigación es importante estudiarlas, en especial la que se refiere al ejercicio legítimo de un derecho, pues como veremos más adelante esta causal será la que propicie mayor debate en relación con el llamado daño procreacional, ya que entra en juego el derecho que tienen los padres a la reproducción, justificándose así el daño ocasionado a su progenie.

Bien lo explica la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en el voto N° 0672 de las 11:59 horas del 01 de junio de 2011, al señalar:

“(…) Sobre el tema, es necesario indicar que el ordenamiento jurídico, no sólo consagra prohibiciones o mandatos, sino también autorizaciones para actuar, ante un ataque inminente e ilegítimo que es lo que fundamenta a la legítima defensa, a manera de autorizaciones para realizar un hecho en principio prohibido atendiendo razones de peligro concretas. Es claro que la tipicidad es un indicio de antijuridicidad, que se desvirtúa con la presencia de una causa de justificación lo que impide la imposición de una pena al

autor y convierte el hecho en lícito **lo que genera una especie de deber de tolerancia**. Las causas de justificación son numerus apertus en principio y se entienden como preceptos permisivos capaces de neutralizar el juicio de antijuricidad que pueden provenir de cualquier parte del ordenamiento jurídico pues la antijuricidad está dada por el choque de la conducta con el orden jurídico. Las causas de justificación, **NO CREAN DERECHOS**, sino que reconocen el ámbito de lo permitido o lícito, pues no debe de olvidarse que el concepto de licitud o ilicitud, jurídico o antijurídico es un concepto general válido para todo el ordenamiento (...)” (La negrita y las mayúsculas son del original).

De seguido estudiaremos entonces en qué consisten estas causas de justificación:

1) Legítima defensa:

Bajo el supuesto de la legítima defensa, cualquier persona que vea amenazada de manera directa su integridad física o psíquica, la de un familiar o vea en peligro su propiedad, puede ejercer la fuerza para repeler la amenaza y cualquier daño que se produzca bajo esta circunstancia se vería justificado y no se exigirá su resarcimiento.

Así lo dispone el artículo 28 de nuestro Código Penal, que establece:

“Artículo 28.- Legítima defensa.

No comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima; y

b) Necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión.

Se entenderá que concurre esta causal de justificación para aquel que ejecutare actos violentos contra el individuo extraño que, sin derecho alguno y con peligro para los habitantes u ocupantes de la edificación o sus dependencias, se hallare dentro de ellas, cualquiera que sea el daño causado al intruso.”

Respecto de la legítima defensa como causa excluyente de antijuridicidad y por lo tanto de responsabilidad civil extracontractual subjetiva, nuestra Sala Tercera, en el voto N° 0672 de las 11:59 horas del 01 de junio de 2011, ha dicho:

“(…) Tradicionalmente se dice que las causas de justificación tienen elementos objetivos y subjetivos (tipo permisivo congruente), por ejemplo

en el estado de necesidad, debe verificarse la situación real de necesidad (objetivo) y que el sujeto sabía que existía una situación de peligro o lesión al bien, es la única forma de defender ese bien dado las circunstancias (subjetivo). Un sector de la doctrina señala que nadie tiene por qué conocer en cuales circunstancias actúa, cuando está ejerciendo un derecho y su ejercicio no depende si el titular sabe, conoce o reconoce lo que está haciendo. Este sector doctrinario, dice que la legítima defensa o estado de necesidad justifican la acción, con independencia de motivos, intenciones o creencias. Al plantearse la legítima defensa debe esta representar una respuesta adecuada a la agresión injusta, tiene un aspecto objetivo (requiere de un rechazo del ataque, la necesidad de defensa y la necesidad y razonabilidad del medio empleado) y otro subjetivo (la acción defensiva requiere de voluntad de defensa), debe tratarse de una agresión ilegítima o antijurídica en sentido material, para que exista una puesta en peligro de bienes jurídicos (sic) defendibles además de ser INMINENTE, ACTUAL, REAL Y EXISTENTE, además, debe haber unidad de acto como consecuencia (sic) de una agresión (deben ser coetáneas). Por otro lado, no puede obviarse que se trata de una respuesta racional en cuanto al medio empleado, necesaria, sin que exista correspondencia exacta entre la violencia con que se ataca y la fuerza con la que se repele la agresión. Así como verificarse la falta de provocación de quien se defiende (...). (Las mayúsculas son del original).

De este modo para que se configure la legítima defensa, deben cumplirse varios requisitos⁴:

- a) La amenaza o peligro debe ser actual.
- b) La amenaza o peligro debe poner en riesgo un interés directo jurídicamente tutelado.
- c) La amenaza o peligro debe ser injusto.
- d) El recurso utilizado para la defensa debe ser necesario e inevitable, y además debe ser racional a la agresión recibida.

2) Estado de necesidad justificante:

Esta causa de justificación se configura cuando el daño a un bien jurídico se produce al sacrificar un bien jurídicamente inferior por salvaguardar otro jurídicamente superior que se encuentra en una situación de peligro inminente.

⁴ Art. 28 del Código Penal.

El Código Penal, en su artículo 27 establece:

“Artículo 27.- Estado de necesidad.

No comete delito el que, ante una situación de peligro para bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el peligro sea actual o inminente;
- b) Que no lo haya provocado voluntariamente; y
- c) Que no sea evitable de otra manera.

Si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo.”

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en su voto N° 562 de las 03:55 horas del 28 de mayo de 2009, ha explicado cuales son los presupuestos para que se configure el estado de necesidad:

“III. [...] El artículo 27 del Código Penal contempla la causa de justificación del estado de necesidad. Dice dicho artículo en lo que interesa: “No comete delito el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o

ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Que el peligro sea actual e inminente; b) Que no lo haya provocado voluntariamente; y c) Que no sea evitable de otra manera. El elemento justificante del estado de necesidad es la necesidad de la lesión del bien sacrificado, de menor valor con respecto al bien salvado. Debe haber por tanto, una colisión de bienes o intereses jurídicos, producto del peligro inminente (como se dice en doctrina seguro o muy probable) de la pérdida de un bien jurídico y la posibilidad de su salvación, lesionando otro de menor valor relativo. Igualmente, la situación de necesidad no debe haber sido creada por el titular del bien jurídico amenazado y se requiere que la acción sea necesaria, pues no lo es, si el peligro podía evitarse sin lesionar el bien jurídico.”

De este modo queda claro que para que estemos ante una causa de justificación, deben cumplirse los siguientes presupuestos:

- a) El peligro sea actual e inminente;
- b) El agente que causa el daño no puede haberse colocado en esa situación de peligro voluntariamente, y;
- c) El peligro no debe ser evitable de otra manera.

3) Ejercicio de un derecho:

Esta causa de justificación tiene sus raíces en el principio romano *qui suo iure utitur neminem laedit*, que significa que quién hace uso de su derecho no lesiona a nadie.

Se entiende entonces que la violación de un derecho ajeno en el ejercicio de un derecho propio estaría permitida por el Ordenamiento Jurídico, por lo que el agente que causa un daño no estaría actuando antijurídicamente y, por lo tanto, no podría atribuírsele ninguna responsabilidad derivadas de este daño.

Para que se configure esta causa de justificación es necesario en principio que el derecho que se ejercite esté reconocido por el Ordenamiento Jurídico, en cualquiera de sus fuentes (Ley, Constitución Política, Tratados Internacionales ratificados por nuestro país), no puede presumirse o invocarse un derecho reconocido en otros Ordenamientos Jurídicos, pero no reconocido a los ciudadanos de nuestro país.

Sin embargo se debe señalar que existe un contrapeso de esta causa de justificación y es el llamado abuso del derecho.

Nos explica el autor Torrealba (2011) que el artículo 22 del Código Civil regula el ejercicio abusivo y antisocial de un derecho. (p.214).

El artículo en sí señala:

“Artículo 22.- La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

Para Torrealba (2011), el abuso de un derecho es un tipo especial de culpa y por lo tanto se convierte en un factor de atribución de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Este autor considera el abuso del derecho como un límite general del ejercicio de cualquier derecho. (pp. 215-216).

4) Cumplimiento de un deber⁵:

Esta causa de justificación consiste en que cualquier daño causado por una persona que actúa en cumplimiento de un deber impuesto por el Ordenamiento Jurídico, estaría justificado y por lo tanto no genera responsabilidad.

Este “deber” generalmente está impuesto por del Derecho Público y tiene relación con facultades de las autoridades públicas, por ejemplo el uso de la fuerza para detener a un presunto delincuente o la posibilidad de dañar la propiedad ajena durante un allanamiento registro y secuestro por parte de oficiales del Organismo de Investigación Judicial.

Debe recalcar que este “deber” tiene que ser jurídico, en el sentido que debe estar previsto en el Ordenamiento Jurídico, no puede conceptualizarse como “deber” aquel de carácter religioso, ético o moral.

Sección V: Conclusión.

Podemos concluir entonces que el tipo de responsabilidad aplicable a los padres, por los daños que hipotéticamente pudieren causar a sus hijos durante el periodo que va desde su concepción hasta su nacimiento, sería extracontractual subjetiva

⁵ Art. 25 del Código Penal.

que tiene como criterio de imputación la culpa, que en sentido civil, se conceptúa como toda aquella conducta dolosa, negligente, imprudente o falta de pericia.

Los presupuestos generales para que se constituya este tipo de responsabilidad son:

- ✓ La existencia de una conducta antijurídica o ilícita.
- ✓ El daño, lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.
- ✓ Un nexo causal que vincule la conducta con el daño.
- ✓ La comprobación del factor de atribución, en este caso la culpa (dolo, negligencia, imprudencia o impericia).

Además podemos concluir que los padres, a quienes se les atribuya este tipo de responsabilidad, pueden ampararse en las siguientes defensas, las cuales los liberaría del deber de indemnizar:

- 1) Demostrando que se tuvo el cuidado y la diligencia debida,
- 2) Demostrando que nunca existió un nexo de causalidad entre su conducta y el daño sufrido por su hijo,

3) Probando la existencia de alguna causal de exoneración de responsabilidad civil antes vistas, conocidas en doctrina como “causas extrañas”:

- ✓ Fuerza mayor.
- ✓ Caso fortuito.
- ✓ Hecho de un tercero.
- ✓ Culpa de la víctima.

4) Probando la existencia de alguna causa de justificación del daño:

- ✓ Legítima defensa.
- ✓ Estado de necesidad.
- ✓ Ejercicio de un derecho.
- ✓ Cumplimiento de un deber.

Pasaremos ahora a estudiar la teoría general de los daños, para entender cuál es el concepto de daño indemnizable y cuáles son sus presupuestos, previo a abordar el tema específico que nos interesa, que es el del daño procreacional.

CAPITULO 2:

Daños

Resumen: En este capítulo se abordará de forma general el concepto, las características y los tipos de daños que reconocen la doctrina y la jurisprudencia, previo a abordar en específico el tema del daño procreacional.

Sección I: Concepto de daño indemnizable:

El daño ha sido definido básicamente como “el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio” (Larenz, 1958, citado por Zannoni, 2005, p.1).

Sin embargo autores como Calvo (2004) han criticado esta noción de daño, por su amplitud e imprecisión, pues considera que no todos los daños se pueden considerar como resarcibles, ya que la vida cotidiana es una fuente continua de daños y no todos son relevantes para el Derecho. Por ejemplo, ocasiona daño el atleta que le gana a sus competidores en una carrera, quien consigue un puesto de trabajo dejando sin empleo a los otros candidatos o quien compra las últimas

entradas a la final del campeonato mundial de futbol y deja a otros fanáticos sin la posibilidad de ver el encuentro en vivo. (p.61).

Para este autor, el daño indemnizable no debe entenderse en sentido “naturalístico”, es decir el simple menoscabo de un bien, sino que debe entenderse como aquel perjuicio con trascendencia en el campo del Derecho (Calvo, 2004, p.62).

El daño indemnizable entonces es conceptualizado por Calvo (2004) como aquella lesión a intereses patrimoniales o extrapatrimoniales jurídicamente relevantes a consecuencia de la perturbación provocada al equilibrio social y alteración perjudicial de un interés jurídicamente tutelado. (p.70).

Por “interés jurídico” debe entenderse la posibilidad de que una o varias personas puedan ver satisfechas sus necesidades mediante determinados bienes jurídicos. (Calvo, 2004, p.72).

El “bien jurídico” debe entenderse, en sentido amplio, cualquier objeto de satisfacción, puede tratarse de cosas, derechos, bienes inmateriales con valor económico, así como también, puede tratarse del cuerpo humano, la salud, la integridad física, el proyecto de vida, la intimidad, el honor, entre otros. (Zannoni, 2005, p.51).

La jurisprudencia nacional también ha definido lo que entendemos por daño en sentido jurídico, así por ejemplo la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su voto N° 859 de las 11:30 horas del 01 de noviembre de 2002, ha manifestado:

“Para mayor claridad del tema de los daños, conviene citar la sentencia de esta Sala N°112 de las 14 horas 15 minutos del 15 de julio de 1992 donde, entre otras cosas, se indicó: “IV. (...) El daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. Bajo esta tesitura, no hay responsabilidad civil si no media daño, así como no existe daño si no hay damnificado. Por otra parte, sólo es daño indemnizable el que se llega a probar (realidad o existencia), siendo ello una cuestión de hecho reservada al prudente arbitrio del juzgador. En suma, el daño constituye la brecha perjudicial para la víctima, resultante de confrontar la situación anterior al hecho ilícito con la posterior al mismo.”⁶

⁶ Véanse al respecto también los votos No. 714 de las 04:20 horas del 18 de setiembre de 2002 y No. 112 de las 14:15 horas del 15 de julio de 1992, los cuales reiteran esta posición.

Sección II. Características del daño resarcible:

Una vez definido el concepto de daño indemnizable conviene conocer cuáles son los requisitos que establece la doctrina para que el mismo se configure.

1) Daño Injusto:

En Derecho de Daños por mucho tiempo se estableció como requisito del daño indemnizable el elemento de la “antijuridicidad”, quiere decir que el daño para ser indemnizable debía ser ilícito o contrario al Ordenamiento Jurídico. En otras palabras, para que el daño fuera resarcible debía existir una norma que expresamente prohibiera la conducta que generó el daño y que obligara a repararlo. (Medina y Hooft, 2002, p.25).

Hoy día se reconoce que el Derecho de Daños ha evolucionado y concebido nuevas soluciones que prescinden del elemento de la antijuridicidad y lo reconstruyen a partir de la noción de “daño injusto”. De modo que se reconoce la reparación de un daño injustamente sufrido, independientemente de la ilicitud de la conducta que lo generó e independientemente de que el Ordenamiento Jurídico expresamente reconozca su reparación. Lo único que importa es que se haya causado un menoscabo o pérdida en la esfera jurídica patrimonial o

extrapatrimonial del ofendido, sin que exista un deber jurídico de soportarlo. (Medina *et al*, 2002, p.26).

Como vimos en el capítulo anterior existen en el Ordenamiento Jurídico causas de justificación como la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber que justifican el daño causado, volviéndolo legítimo o jurídicamente no tutelado.

2) Certeza:

Debe poder probarse sin duda que el daño existe o existió, debe ser real, efectivo, no presunto o hipotético.

Nos explica Calvo (2004) que la exigencia no tiene nada que ver con la actualidad del daño, el daño puede ser futuro sin que por ello deje de ser cierto, ya que muchos perjuicios puede ser razonablemente previsibles que ocurrirán o también pueden ser obvios, por la prolongación en el tiempo del daño actual, entran en estas hipótesis el lucro cesante y la pérdida del chance. (p.233).

3) Interés propio:

Este exige que la lesión recaiga sobre un interés propio, para poder ser resarcido. Lo anterior podría interpretarse como que solamente podrá reclamar la reparación la persona que sufrió el daño o en su defecto su representante legal (padres, tutor, curador) pero siempre en nombre del perjudicado directo.

Sin embargo debe entenderse que el daño pese a ser personal o tener como requisito la afectación de un interés propio puede ser a su vez directo e indirecto. Es directo cuando el titular del interés afectado es la víctima del ilícito, por ejemplo la persona que resulta lesionada en un accidente de tránsito y reclama la reparación del daño a su integridad física.

Y es indirecto cuando el perjuicio reclamado deriva de una lesión a bienes patrimoniales o extramatrimoniales de un tercero, aquí el daño se produce de forma refleja o “de rebote”. Bajo este supuesto entran los llamados intereses difusos de un colectivo pero debidamente delimitado y justificado, como ejemplo el caso de la viuda que exige el resarcimiento del daño material y moral por la muerte de su marido que ha sido asesinado. (Calvo, 2004, p.237).

4) Subsistencia:

Esta característica se refiere a que el daño debe seguir existiendo al momento en que la autoridad judicial ordene su resarcimiento, si el daño fue reparado con anterioridad por el responsable, el daño no subsiste y por lo tanto ya no deberá ser reparado, al contrario si fue ya reparado por la propia víctima, el mismo subsistirá pero solo el *quantum* o valor de la reparación el cual deberá reponerse a la víctima. (Zannoni, 2005, p.86).

Sección III: Tipos de daños:

A) Daño Material:

El daño material, ha sido definido en forma general por Zannoni (2005) como:

“la lesión o menoscabo que afecta un interés relativo a los bienes del damnificado, es decir, sobre los bienes que integran su esfera jurídica que, por ende, le pertenecen.” (p.88).

En nuestro país ha sido concebido en dos sentidos, a) como una afectación económica o patrimonial al damnificado; y también, b) como afectación corporal entendida esta como una afectación a salud e integridad física del damnificado.

Al respecto la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución N° 859 de las 11:30 horas del 01 de noviembre de 2002, ha explicado esta doble concepción de la siguiente forma:

“VI. Dentro de las clases de daños, se encuentra en primer término el daño material y el corporal, siendo el primero el que incide sobre las cosas o bienes materiales que conforman el patrimonio de la persona, en tanto el segundo repercute sobre la integridad corporal y física. En doctrina, bajo la denominación genérica de daño material o patrimonial, suelen comprenderse las específicas de daño corporal y de daño material, en sentido estricto. La segunda parece ser la expresión más feliz, pues el daño corporal suele afectar intereses patrimoniales del damnificado (pago de tratamiento médico, gastos de hospitalización, medicamentos, etc.), ganancias frustradas si el daño lo ha incapacitado para realizar sus ocupaciones habituales (perjuicios), etc. Esta distinción nació en el Derecho Romano, pues se distinguía entre el daño inferido a las cosas directamente (damnum) y el que lesionaba la personalidad física del individuo (injuria). En el daño patrimonial el menoscabo generado resulta ser valorable económicamente.”

Ahora bien, el daño material puede configurarse de tres formas, como daño emergente, como lucro cesante o como pérdida de chance, a continuación se explicaran estas manifestaciones:

Manifestaciones del Daño Material:

1) Daño emergente:

El daño emergente es concebido por Calvo (2004) como:

“(...) la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, es decir, un empobrecimiento del patrimonio.” (p.250).

De igual forma el autor nacional Torrealba (2011) lo define como:

“(...) una disminución patrimonial atribuible al civilmente responsable.”
(p.597)⁷.

Nos explica este último que en buena parte de los casos existe una coincidencia cronológica entre el evento dañoso y el daño emergente, conocido como “daño

⁷ Torrealba Navas, Federico, op.cit., pág. 597.

actual”, por ejemplo en el caso de un accidente de tránsito, donde el daño que sufre el vehículo es inmediato, pero que esta no es la regla, pues se pueden presentar casos en los que el evento ocurre, pero el daño emerge tiempo después. Son daños que aún no se han consumado pero que necesariamente deben consumarse en un momento posterior a la fecha en que ocurrió el evento dañoso, se les conoce como “daños futuros”. (Torrealba, 2011, p.598).

Torrealba (2011) pone como ejemplo, los gastos en dispositivos y tratamientos médicos, las sillas de ruedas, las prótesis y terapia física que resultan necesarios meses después de un accidente. (p.598).

También hay hipótesis en las que los daños surgen antes del evento dañoso, en un fenómeno cronológicamente inverso, donde el damnificado incurre en un gasto económico y el evento dañoso evita la obtención de una contrapartida útil, Torrealba (2011) lo define como “daños pasados” o “costos hundidos” (p.250).

2) Lucro cesante:

Calvo (2004) entiende el lucro cesante como:

“(…) la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto.” (p.250).

Coincide la doctrina nacional con este concepto, por ejemplo Torrealba (2011) define el lucro cesante como:

“(...) las ganancias netas frustradas a raíz del evento atribuible al civilmente responsable”. (p.622).

Se trata en si de un beneficio económico que el damnificado esperaba obtener y que es posible anticipar con un alto grado de probabilidad, el cual se ve constreñido por el evento dañoso. En nuestro país el lucro cesante es sinónimo de perjuicio.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el voto N° 606 de las 04:10 horas del 07 de agosto de 2002, ha explicado qué se entiende por lucro cesante:

“(...) Hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar, bajo circunstancias normales, al patrimonio de una persona no ingresó ni ingresará. Desde la perspectiva del daño, cuando la víctima ha sufrido lesiones personales, el lucro cesante estará constituido por la incapacidad laboral producida no solo desde el día del accidente hasta el día del fallo (lucro cesante pasado), sino también, por la que se produce con posterioridad a este (lucro cesante futuro), pues sus ingresos se ven

disminuidos en razón de la pérdida de su capacidad laboral. Se trata, entonces, de un perjuicio de carácter patrimonial.”

Nos ilustra Torrealba (2011) al explicar que en nuestro país para conceder el lucro cesante, se exige la demostración de lo que él llama un “título”, es decir la existencia de una relación o situación jurídica que se baste en sí misma para generar una ganancia, por ejemplo si a una persona le dañan su inmueble volviendo inhabitable y pretende exigir el resarcimiento de las rentas dejadas de percibir, no basta con acreditar su derecho de propiedad, debe además probar que estaba alquilando la vivienda, aportando el respectivo contrato. (p.623).

Esta misma opinión es aceptada por la doctrina internacional, al respecto Zannoni (2005) opina que:

“(…) el rubro lucro cesante no indemniza la pérdida de una expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros, sino el daño que supone privar al patrimonio damnificado de la obtención de lucros a los cuales su titular tenía derecho, es decir “título”, al tiempo en que acaece el *eventos damni*.” (p.103).

B) Daño a la persona y sus intereses morales:

Tanto la doctrina nacional, encabezada por Torrealba (2011) como la internacional, entre ella Calvo (2004) y Dutto (2006), han superado el concepto tradicional de daño moral entendido este como sinónimo de dolor y angustia física o espiritual, para reconocer otras categorías de daños que afectan el desarrollo humano, como lo es la sexualidad, la libertad, la dignidad, etcétera y se le prefiere denominar ahora “daño a la persona” y el daño moral propiamente, pasó de ser un tipo general de daño, a ser una categoría más dentro del tipo conocido ahora como “daño a la persona”.

Al respecto nos explica el autor nacional Torrealba (2011) que las categorías tradicionales de daño moral han sido las siguientes:

1. El dolor físico sufrido a raíz de un daño.
2. La afección o sufrimiento a raíz de la pérdida o lesión sufrida por una persona amada.
3. La vergüenza generada a raíz de una difamación.
4. El sufrimiento por una lesión estética.
5. La frustración por no alcanzar lo que se quiere en la vida. (pp.657-658).

Pero estas categorías clásicas no dimensionan otras facetas del desarrollo humano, como son las relaciones interpersonales, los proyectos profesionales y la realización personal, entre otras, por lo que se ha propuesto el concepto de “daño a la persona” y se han integrado al mismo otras categorías como serían:

1. Daño a la vida en relación, por ejemplo por la pérdida de la capacidad de copular o procrear.
2. Daño sexual, por ejemplo al perder la capacidad de sentir placer sexual.
3. Daño a la libertad, que sería el sufrimiento propio del encierro.
4. Daño a la libertad de expresión.
5. Daño a la dignidad.
6. Daño a la identidad.
7. Daño al proyecto de vida.

Entre otras categorías, ya que pueden seguir proliferando otras al ser *numerus apertus*.

Pese a esta evolución doctrinaria, en nuestro país el daño a la persona sigue concibiéndose como daño moral en general, en el voto N° 112 de las 14 horas 15 minutos del 15 de julio de 1992, la Sala Primera, lo define de la siguiente forma:

“(…) El daño moral (llamado en doctrina también incorporal, extrapatrimonial, de afección, etc) se verifica cuando se lesiona la esfera

de interés extrapatrimonial del individuo, empero como su vulneración puede generar consecuencias patrimoniales.”

La Sala Primera, en el voto N° 714 de las 04:20 horas del 18 de setiembre de 2002, distingue a su vez entre daño moral subjetivo y daño moral objetivo, según repercute este o no en el patrimonio del damnificado:

“(…) Cabe distinguir entre daño moral subjetivo "puro", o de afección, y daño moral objetivo u "objetivado". El daño moral subjetivo se produce cuando se ha lesionado un derecho extrapatrimonial, sin repercutir en el patrimonio, suponiendo normalmente una perturbación injusta de las condiciones anímicas del individuo (disgusto, desánimo, desesperación, pérdida de satisfacción de vivir, etc., vg. el agravio contra el honor, la dignidad, la intimidad, el llamado daño a la vida en relación, aflicción por la muerte de un familiar o ser querido, etc.). El daño moral objetivo lesiona un derecho extrapatrimonial con repercusión en el patrimonio; es decir, genera consecuencias económicamente valiables (vg. el caso del profesional que por el hecho atribuido pierde su clientela en todo o en parte). Esta distinción sirve para deslindar el daño sufrido por el individuo en su consideración social (buen nombre, honor, honestidad, etc.) del padecido en el campo individual (aflicción por la muerte de un pariente), así uno refiere a la parte social y el otro a la afectiva del patrimonio”.

Esta diferenciación conlleva a que sea necesario demostrar el daño moral objetivo, de la misma forma en que se demuestra el daño patrimonial, al ser este cuantificable; pero en el caso del daño moral subjetivo al no poderse demostrar su cuantía de manera precisa, debe ser fijado por el juez de manera prudencial, según la particularidad del caso, a la luz de los principios generales del Derecho y la equidad, sin que la falta de prueba en relación con la dimensión del daño sea un obstáculo para fijar o establecer del monto a resarcir, en este supuesto el juez se puede apoyar en los peritos actuarios matemáticos para la fijación de este importe. En esa misma línea se ha pronunciado la Sala Primera, mediante el voto N° 766 de las 14:10 horas del 11 de octubre de 2002.

Para concluir este punto cabe recalcar que a pesar de la diferenciación dogmática que existe entre daño material o patrimonial y el llamado daño a la persona y sus intereses morales, no quiere decir que en la práctica estos dos tipos de daños no concurren, ya que no son excluyentes. Pues como vimos tienen su autonomía y características particulares.

C) Pérdida de oportunidad o chance:

Puede ocurrir que un evento dañoso produzca que el damnificado pierda o vea frustrada una oportunidad de obtener ganancias futuras. Esto es lo que se conoce como pérdida de chance.

Este concepto tiene su origen en la doctrina y jurisprudencia francesa, llamado en ese país “*perte d’une chance*” y ha sido considerada una categoría autónoma de daño indemnizable, pues el daño que produce puede ser tanto material como moral. (Torrealba, 2011, p. 693).

Lo anterior es explicado por el autor Torrealba (2011) quien conceptúa la pérdida de chance como:

“(…) la desaparición de la posibilidad seria y real de un evento favorable” y explica que bajo esta categoría se indemnizan tanto daños patrimoniales como extramatrimoniales como es lo sería la expectativa de vida.” (p.695).

Nos explica este mismo autor que se requieren de cuatro elementos para que se configure el concepto de pérdida de chance (Torrealba, 2011, pp.698-703):

- La preexistencia de una oportunidad objetiva y seria: Para que la oportunidad sea jurídicamente relevante es necesario que sea lícita y se base en circunstancias concretas anteriores al evento dañoso, por ejemplo haber firmado una opción de compra-venta que no se va a poder concretar por la destrucción del inmueble, o haber sido aceptado previamente en una universidad en la cual no se podrá graduar por haber quedado paralítico. Esta oportunidad deberá ser

acreditada con base en elementos de prueba comunes (documental, testimonial, pericial).

- La preexistencia de un álea: Debe preexistir un componente aleatorio que viene a ser el riesgo de no poder aprovechar la oportunidad. Este requisito se exige con la finalidad de hacer un balance entre las circunstancias objetivas que favorecen la oportunidad y las que las circunstancias objetivas que tendrían un efecto negativo sobre el aprovechamiento de la oportunidad. De este modo se determina el álea, el cual no se indemniza.

- Un nexo causal: Que sirva como hecho interruptor del desenvolvimiento causal normal de los eventos, que pueda ser atribuible al responsable.

- Certeza en cuanto a la pérdida significativa de oportunidad: Esto significa que debe existir una afectación real, probada, de que el damnificado perdió la oportunidad a raíz del daño sufrido y que esto tuvo consecuencias negativas sobre su patrimonio o sobre su plan de vida. Torrealba (2011) nos pone como el ejemplo el caso del profesional con una carrera exitosa que luego de ser difamado pierde clientes y se le cierran las puertas en todos los puestos de trabajo en los que aplica, esto le genera una afectación significativa y constatable por medio de elementos comunes de prueba. (p.701).

Sección IV: Conclusión.

Podemos concluir de este capítulo, que el daño resarcible debe entenderse como toda lesión a intereses patrimoniales o extramatrimoniales jurídicamente relevantes (bienes jurídicos), que a su vez son tutelados por el Ordenamiento Jurídico.

A su vez que el “bien jurídico” lesionado debe entenderse, en sentido amplio, por lo que puede ser cualquier objeto de satisfacción o tratarse de cosas, derechos y bienes inmateriales con valor económico, así como también, tratarse del cuerpo humano, la salud, la integridad física, el proyecto de vida, la intimidad o el honor.

También, quedo claro que este daño resarcible debe cumplir con una serie de características generales:

1. El daño debe ser injusto, quiere decir que debe ser ilícito o contrario al Ordenamiento Jurídico.
2. Debe existir certeza de este daño, debe ser real, efectivo, no presunto ni hipotético (con la salvedad previamente analizada, en relación con el daño moral, cuya determinación surge del hecho mismo *-in re ipsa-*).

3. El daño debe recaer sobre un interés propio, con lo que se interpreta que solo la persona que sufrió el daño (personalmente, o a través de un representante -curador, tutor, apoderado-), podría reclamar su resarcimiento. Con la salvedad de todos aquellos daños reflejos.
4. Por último, el daño debe subsistir al momento en que la autoridad ordene su reparación, quiere decir que si el daño fue reparado con anterioridad, solo procederá su compensación dineraria.

En este capítulo también quedó comprendido que existen tres tipos de daños reconocidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que son:

- A. El daño material, que a su vez podemos dividir en:
 - Daño emergente: que es toda aquella pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, es decir, un empobrecimiento del patrimonio.
 - Lucro cesante: que son todas aquellas ganancias netas frustradas a raíz del evento atribuible al civilmente responsable.
- B. El daño a las personas y sus intereses morales, que puede expresarse como todo aquel dolor o toda aquella angustia física o espiritual que sufre una persona, por afectación físico motora, afectación en su desarrollo, en

aspectos de su sexualidad, en su vida familiar, en su libertad o en su dignidad.

- C. La pérdida de chance, que debe entenderse como pérdida de una posibilidad seria y real de un evento favorable y que requiere para su determinación que se cumplan cuatro requisitos: 1- La preexistencia de una oportunidad favorable objetiva y seria, 2- Debe preexistir un álea (riesgo de no poder aprovechar la oportunidad favorable), 3- Debe existir un nexo causal entre acción dañosa y el detrimento a este chance, y 4- Debe haber certeza de la afectación objetiva de esa oportunidad favorable.

A continuación estudiaremos la evolución que ha tenido el Derecho de Familia en materia de daños, y repasaremos las opiniones de autores que se han pronunciado respecto de la posibilidad o no de reconocer la indemnización de daños entre miembros de un mismo núcleo familiar. Para ir discerniendo si es posible sostener la presente tesis.

TITULO II:

Responsabilidad y Daños en el Derecho de Familia.

CAPITULO 3:

Evolución del Derecho de Familia en relación a las acciones por daños.

Resumen: En este capítulo se repasará la evolución que ha tenido el Derecho de Familia y su influencia sobre el Derecho de daños. Recopilando las tesis negativas y positivas relacionadas con la reparación de daños entre miembros de un grupo familiar. Se analizará además, si la existencia de un vínculo familiar entre el sujeto que causa el daño (padre, madre o ambos) y la víctima (hijo) influye sobre las reglas de la responsabilidad civil.

Sección I: De la “Inmunidad” a la “Indemnizabilidad”.

Históricamente el Derecho de Familia no admitió ningún tipo de reclamación entre familiares por los daños que se ocasionaran entre ellos. (Medina *et al*, 2002). Por eso se dice que existía una “inmunidad” entre los miembros de una familia respecto a la responsabilidad por los daños que se produjeran, especialmente de los padres a los hijos, esta posición se defendió con tres argumentos de peso:

- 1) Se consideraba que la reclamación de daños de un miembro de la familia a otro podría afectar la estructura familiar, debilitar la relación entre los miembros de la familia, y al final destruir a la institución familiar, la cual siempre se ha considerado la base de la sociedad y por tal motivo se le ha protegido en el plano jurídico.

- 2) Porque se le reconocía cierta libertad o autonomía a los padres respecto a la forma en que procreaban, castigaban, criaban y en general se relacionaban con sus hijos. Era impensable exigir a un padre la reparación de los daños que causaba a su conyuge o a sus hijos, pues a sus actos se les eximía de responsabilidad por culpa o dolo, al considerarse que eran en cumplimiento de su deber de corrección derivado del ejercicio de la autoridad marital y de la patria potestad.

- 3) A esto le sumamos que el Derecho de Familia era visto como una rama del Derecho autónoma y autosuficiente, donde no encajaban las reglas de responsabilidad civil y la teoría de daños que rigen en materia civil. (Medina, *et al*, 2002).

Para las autoras Medina *et al* (2002) esta situación se dio, porque el Derecho de Familia concebía una estructura de familia patriarcal, basada en el dominio y autoridad del *pater familias* y la familia era vista como una estructura unitaria,

donde poco importaba la autonomía individual de cada uno de los integrantes de la familia, si alguno de estos miembros en particular sufrían un daño en el seno familiar, poco importaba, cito:

“(…) El Derecho de Familia estaba basado en la autoridad del pater, el Estado tenía poca injerencia en el seno de la familia, los poderes patriarcales y maritales eran cuasi omnímodos, la mujer no tenía igual derecho que el hombre, los niños eran considerados personas sólo en la letra de la ley, la patria potestad era concebida como un conjunto derechos, no existía la posibilidad de contratación entre conyugues y la autonomía de la voluntad no tenía ninguna cabida en la organización familiar. Con esta concepción de familia era muy difícil admitir que se conminara a la reparación del daño producido por uno de sus miembros a otro de ellos, ya sea a consecuencia de un ilícito extracontractual o un daño surgido de la relación contractual.” (p.19).

Pero desde finales del siglo XX el Derecho de Familia ha venido evolucionado en materia de reconocimiento y reclamación de los daños surgidos en las relaciones paterno-filiales, reconociéndose la indemnización de daños ocasionados por los padres a sus hijos, ya sea por la falta reconocimiento de un hijo extramatrimonial, por supuestos relacionados como la procreación del menor (como la transmisión de enfermedades hereditarias), por supuestos relacionados con la ejercicio de la

patria potestad, como por ejemplo desatención de los hijos, carencias formativas o mala nutrición. (Medina *et al*, 2002, pp.19-22).

Para las autoras Medina et al (2002) este cambio de paradigma se debe en primer lugar a una evolución en el plano social, las sociedades de Occidente pasaron a ser menos moralistas, menos tradicionales y con diversificaciones de roles en el seno familiar. (p.20).

Esto conllevó a que el Derecho de Familia fuera evolucionando, poniendo menos énfasis en la idea de concebir a la familia como una estructura unitaria con dominio patriarcal y empezara a ver la familia como estructura igualitaria, donde el padre y la madre tuvieran una posición idéntica tanto en el rol de jefes o autoridad de la familia como en el rol de proveedores, contribuyendo por igual con la manutención de los hijos, y segundo, desechando la visión de familia unitaria para favorecer la autonomía individual de cada miembro de la familia, en especial de los hijos, reconociéndoles personalidad como individuos, de modo que no existe ninguna “inmunidad familiar” que impida a estos individuos exigir el resarcimiento por los daños sufridos en el ambiente familiar. (Medina *et al*, 2002, p.21).

Sección II. Influencia de los modernos principios de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia.

En el plano jurídico la evolución es fruto de la adopción de los principios modernos de la responsabilidad civil, estatutos que vinieron a informar al Derecho de Familia y son examinados en pos del reconocimiento e indemnización de los daños acaecidos en el núcleo familiar, entre ellos encontramos:

1) Se defiende el Derecho del damnificado a ser indemnizado.

Para el Derecho de Familia el sistema de responsabilidad ya no se enfoca en el reproche a la conducta que daño al miembro de la familia, sino en la reparación del daño que ha sufrido esa víctima, se defiende el derecho del damnificado a ser indemnizado. (Medina *et al*, 2002, p.23).

En este sentido, poco importa si el daño es provocado por un familiar, lo importante es que el ofendido se vea resarcido por ese daño.

2) Se busca prescindir de la antijuridicidad.

El Derecho de Familia, influenciado por las nuevas tendencias del Derecho de Daños, busca prescindir de la antijuridicidad como requisito para definir cuál es el

daño resarcible. La tendencia es reparar el daño injustamente sufrido por un miembro de la familia, independientemente de que este daño haya sido ocasionado mediante una conducta lícita o al menos no prohibida, siempre que no exista obligación del damnificado de soportarla.

Nos lo explica la autora Medina *et al* (2002), citando a De Lorenzo (1996), que la adopción de este moderno principio de la teoría de Daños por parte del Derecho de Familia, deviene de la necesidad de dar solución a innumerables conflictos de intereses que se producen por conductas no prohibidas por el Ordenamiento Jurídico o que están ajustadas al ejercicio de un derecho. Para poner un ejemplo, y como veremos más adelante, tenemos el problema del daño producido en el marco de la concepción natural, ya que el acto procreacional o la concepción, es considerado como el ejercicio de un derecho, por lo tanto, cualquier daño que se produzca al menor en esta esfera, puede e incluso es por muchas personas considerado lícito y no resarcible. (p.26).

3) Se adopta el principio de reparación integral.

El Derecho de Familia reconoce hoy día la reparación integral de los daños sufridos por los miembros de la familia, de modo que no solo se reconocen los daños materiales derivados de la conducta injusta sino también se reconoce el resarcimiento del daño extrapatrimonial o moral. (Medina *et al*, 2002, pp.28-30).

Además como se explicó anteriormente se ha extendido la noción de daño resarcible, ya no solo se reconoce el resarcimiento de la lesión a un interés legítimo, sino que en la actualidad se considera indemnizable también la lesión a un interés simple. Se supera la idea del daño ilegítimo por la idea del daño injusto.

4) Se amplía la lista de legitimados para reclamar indemnización.

Con motivo de la extensión del daño resarcible, el moderno Derecho de Familia ha extendido también la lista de legitimados para demandar resarcimiento.

Antes para que un daño se considerase resarcible debía recaer sobre un derecho subjetivo o un interés legítimo y necesariamente debía producirse una lesión a un bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico. (Medina *et al*, 2002, p.31).

Medina nos pone como ejemplo la muerte de un padre de familia, donde los únicos legitimados para reclamar eran su esposa e hijos legítimos, dejando excluidos a la concubina y los hijos no reconocidos, ya que no ostentaban derecho alguno otorgado por ley. También el caso de la muerte de una novia, donde se impedía al novio reclamar indemnización alguna, aunque la novia falleciese minutos antes de la boda, por carecer de legitimación. (Medina *et al*, 2002, pp. 31-32).

Hoy día se amplía la lista de legitimados para reclamar los daños producidos en el ámbito del Derecho de Familia, reconociendo a los familiares de hecho y a las nuevas formas de familia, se reconoce la legitimación indirecta, en este sentido lo único que se exige es que el interés del reclamante sea sustancial o trascendente, que no sea ilícito y que el daño sea probado. (Medina *et al*, 2002, p.32).

Se reconoce por lo tanto legitimación directa a:

- A la madre y al padre legítimos.
- A los hijos legítimos (incluidos los adoptados).
- Al esposo y a la esposa.
- A los hermanos legítimos.

Y se reconoce legitimación indirecta a:

- A la madre y padre de crianza o guardadores.
- A los hijos no reconocidos.
- A los hijos de crianza.
- A la concubina o concubino.
- A los hermanos de hecho y hermanastros.
- Al alimentador de hecho.
- A los novios.

5) Se tiene una nueva perspectiva del daño moral.

El Derecho de Familia ha adoptado también una visión diferente en cuanto al tratamiento del denominado daño moral o extrapatrimonial, ya no se considera solo el daño psicológico sino los nuevos daños a la persona, como los son: el daño al proyecto de vida, el daño a la vida en relación, el duelo patológico, el daño a los hijos por no tener una relación “normal” con sus padres, o al contrario el daño a los padres por no poder tener una relación normal con ellos, por padecer alguna enfermedad o discapacidad. (Medina *et al*, 2002, p.36).

Inclusive en la doctrina se habla de reconocer acciones indemnizatorias basadas en lesiones a nuevos bienes jurídicos, como lo serían “la serenidad doméstica” o “el descalabro familiar”, que se produce por ejemplo ante la incapacidad de un hijo. (Medina *et al*, 2002, p.36).

6) Se busca una condena equitativa, no se pierde de vista al dañador.

El moderno Derecho de Familia, trata de evitar que la condena civil que se establezca por daños acaecidos en el ámbito familiar no provoque más daño que el que pretenden resarcir.

En este sentido no pierde de vista al dañador, al momento de establecer una condena civil, pese a que, como vimos atrás, el Derecho de la responsabilidad civil tiene como centro a la víctima y por consiguiente persigue la reparación del daño, lo anterior en el sentido que tampoco se busca llevar a la indigencia al causante del daño o de quitarle todos sus bienes, con los cuales además satisface las necesidades de su familia o familias, en caso de tener más de una.

No puede el Derecho de Familia desconocer que existen cargas familiares, pues esto puede causar un daño social y familia muy grave, e incluso podría ser contraproducente y causar más daño a la víctima que supuestamente se intenta proteger. Se trata de buscar un equilibrio que logre reparar a la víctima, sin desestabilizar a la familia como núcleo. De allí que resulta un difícil labor para los jueces de Familia quienes deben tener la sensibilidad y objetividad para lograr esta equidad. (Medina *et al*, 2002, p.38-39).

Sección III. Tesis negativas y positivas relacionadas con la reparación de daños entre miembros de un grupo familiar.

La evolución que ha sufrido el Derecho de Familia en materia de indemnización de daños entre miembros de un grupo familiar, no está exenta de críticas y posiciones que niegan hoy día la posibilidad de este tipo de reclamos en los procesos de familia.

1) Tesis en contra:

Para oponerse a la aplicación de las normas de la responsabilidad civil a los daños derivados de las relaciones de familia se ha argumentado por parte de Tanzi y Papillú (2011) lo siguiente:

- a) Que se debe privilegiar la estructura familiar por encima de cualquier tipo de reparación de daños injustos, porque el Derecho de Familia esta para proteger a la familia y este tipo de acciones lo que favorecen es el rompimiento de las relaciones familiares, y si la familia es la base de la sociedad y la Constitución Política su especial protección no pueden los jueces admitir este tipo de acciones resarcitorias. (pp.135-142).

- b) Que existe un principio de especialidad que rige al Derecho de Familia y en este sentido, si no existen normas propias del Derecho de Familia que reconozcan esta clase de daños, no pueden otorgarse. (pp.142-161).

Dos acérrimos defensores de esta posición contraria son los autores Martín-Casals y Ribot (2011), quienes consideran que:

“(...) cuando el derecho de familia no proporciona una regulación específica no existe una laguna que deba integrarse indiscriminadamente mediante

las reglas de responsabilidad civil. la doctrina que aquí se critica, en cambio, lleva a compensar como daños morales (e incluso patrimoniales) las decepciones o el malestar sufrido por maridos, esposas o hijos a manos de esposas, maridos o padres, a quienes se imputaría un ilícito civil en casos en que, en realidad, aquéllos no habrían hecho otra cosa que ejercer el derecho a la autonomía que el derecho de familia vigente les reconoce y garantiza.

Por ello, creemos que es más razonable pensar que el silencio de la ley respecto a la responsabilidad civil en este tipo de conflictos obedece a una decisión de política jurídica coherente con los principios que informan el derecho de familia actual y que recurrir a las reglas generales de daños resulta contradictorio con esta decisión.” (p.527).

2. Tesis a favor.

Por su parte, quienes defienden la tesis que admite la reparación de los daños derivados de las relaciones de familia, han dado respuesta a las anteriores posiciones contrarias, fundamentándose en lo siguiente:

- a) Los autores Medina *et al* (2002) y De Lorenzo (1996) consideran que el Derecho de Familia ha evolucionado aceleradamente en las últimas

décadas y ya no concibe a la familia como una estructura jerarquizada, ahora se reconoce igualdad entre sus miembros, además a cada familiar se le reconoce su propia autonomía, todos son seres independientes e iguales entre sí, de allí que entre esposos se puedan reclamar daños derivados del divorcio, pues ya no se considera que entre ellos existe identidad. De este modo, se debe abandonar definitivamente la idea de que se debe privilegiar la estructura familiar por encima de la reparación de los daños injustos que individualmente se produzcan. Son dos valores que se pueden proteger de manera equilibrada y armónica.

- b) Por su parte los autores Rivera (1994) y Kemelmajer (1991), creen que el Derecho de Familia no se basta a sí mismo, al contrario se complementa en lo que es omiso en las normas civiles, ya que el Derecho de Daños es parte del Derecho Civil del cual forma parte el Derecho de Familia, en este sentido no resulta viable que las normas del Derecho de Familia se opongan de manera tácita, a la aplicación de las normas y principios del Derecho de Daños. Inclusive se considera que el principio general de “no dañar” que es de rango constitucional, estaría por encima de cualquier norma de rango legal. (Todos citados por Martín Casals *et al*, 2011, pp. 135-161).

Estas son las tesis básicas relacionadas con la posibilidad de reconocer la reparación de daños causados entre familiares.

Sección IV. Conclusión.

De lo estudiado en el presente capítulo podemos concluir que el Derecho de Familia ha tenido una evolución en relación con el abordaje de la responsabilidad entre miembros de un núcleo familiar, lo cual ha influenciado enormemente la teoría de daños y ha permitido el reconocimiento, por parte de la mayoría de la doctrina especializada en el tema, de la responsabilidad por los daños acaecidos en el núcleo familiar.

Esta llamada “evolución”, surge a partir de la desaplicación del concepto de “inmunidad familiar” y de la defensa del derecho del damnificado a ser indemnizado, independientemente de que el daño se lo haya causado un familiar y se manifiesta de la siguiente forma:

- ✓ Prescindiendo de la antijuridicidad, como presupuesto para el reconocimiento de responsabilidad, bastando solo con que el daño sea injusto.

- ✓ Adoptando el principio de reparación integral.

- ✓ Amplía la lista de legitimados para reclamar la indemnización.
- ✓ Amparándose en una nueva perspectiva del daño moral, entendido ahora como un “daño a la persona y a sus intereses morales, y
- ✓ Buscado siempre una condena equitativa al familiar que causó el daño, no perdiendo de vista al dañador.

Por eso en la presente tesis se defiende la posición en favor de la indemnización de padres a hijos, por los daños que les causen, porque reconoce la evolución que ha tenido el Derecho de Familia en los últimos años, que a su vez es reflejo de la evolución moral y humanista que ha tenido la sociedad occidental en las últimas décadas, además es la posición más progresista, y es que hay que entender que el Derecho de Familia debe avanzar y superar viejos paradigmas para dar paso al reconocimiento de nuevas realidades, nuevos tipos de familia, nuevos derechos en el ámbito familiar, nuevos bienes jurídicos que proteger, el Derecho de Familia está para solucionar conflictos, no para obviarlos.

Ahora bien, para terminar esta sección, se debe hacer la salvedad que en el supuesto particular del daño ocasionado por los padres a sus hijos en el marco de la concepción natural, que es el tema central de esta tesis, se han expuesto argumentos específicos a favor y en contra.

En el siguiente capítulo estudiaremos el concepto de “daño procreacional”, cual es la noción que tiene la doctrina del mismo, que caracteriza o diferencia este daño de otros y bajo que supuestos se manifiesta.

CAPITULO 4:

El Daño Procreacional:

Resumen: *En este capítulo se profundizará en el concepto de daño procreacional (definición, características, supuestos y presupuestos).*

Sección I: Nociones del Daño Procreacional.

No existe en doctrina una definición concreta de lo podríamos denominar como “daño procreacional”, por lo que en este capítulo se pretende formular una, con base en la concepción que tiene la doctrina en relación con esta clase de daño.

Empezamos por las autoras Medina *et al* (2002) quienes, al estudiar el tema, señalan que se trata de un daño provocado por un progenitor a su hijo, en el marco de la concepción natural y que quedan comprendidos en este cuadro fáctico los supuestos de transmisión de enfermedades hereditarias e infecciosas, así como aquellos casos en que la conducta culposa o dolosa de los progenitores durante la gestación propicia el desarrollo de cualquier enfermedad o malformación en su hijo o hija. (pp. 293-294).

Por su parte el autor Castro (2011) concibe el “daño procreacional” como el daño que se ocasiona a un hijo o hija:

“(...) en el mismo momento de su concepción o bien durante el período de gestación en el seno materno (...)”. (p.57).

Para este autor el daño se produce específicamente por la transmisión de “enfermedades hereditarias” o “anomalías congénitas” entre ellas las enfermedades de transmisión sexual contraídas durante la gestación o al nacer. (Castro, 2011, pp.14-17).

Para ello define las “**enfermedades hereditarias**” como:

“(...) un conjunto de enfermedades genéticas caracterizadas por transmitirse de generación en generación, es decir de padres a hijos, en la descendencia y que se puede o no manifestar en algún momento de sus vidas.” (Castro, 2011, p.14).

Por “**anomalías congénitas**”, el mismo autor entiende:

“(…) aquella enfermedad que se adquiere con el nacimiento y se manifiesta desde el mismo. Puede ser producida por un trastorno durante el desarrollo embrionario o durante el parto”. (Castro, 2011, p.14).

Hasta aquí la noción que en doctrina internacional se maneja en relación con “daño procreacional”, cabe recalcar que no existen autores nacionales que se hayan abocado al estudio de este tipo de daño.

Sección II. Presupuestos del Daño Procreacional:

Bajo este panorama nos acercarnos a una definición de “daño procreacional” y profundizaremos en las características que pueda tener este tipo de perjuicio, a quien o quienes se les podría atribuir y si existe la posibilidad de prevenir este menoscabo.

Para empezar debemos recapitular la definición de daño, esta palabra se define en el diccionario de La Real Academia Española como “*el efecto de dañar*”, y se indica que el término proviene del latín “damnum” traducido como perjuicio, dolor, malestar.

Desde el punto de vista jurídico habíamos recogido la definición de daño que hace Zanonni (2005), este autor lo define como:

“(...) el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio.” (p.1).

Partiendo de esta definición, ¿quién sería la persona que sufre el menoscabo o daño? y ¿cuál sería el bien jurídico que se vería perjudicado o lesionado?

Conforme al objeto de este estudio, ya lo hemos reiterado, la persona que sufriría el llamado “daño procreacional” es el hijo o hija por nacer⁸.

El bien jurídico tutelado por nuestro ordenamiento jurídico y que se vería menoscabado o lesionado sería su derecho a la salud, específicamente su derecho a nacer sano, sin anomalías congénitas ni mal alguno que afecte su salud o su desarrollo a futuro. Este derecho existe como tal, al ser reconocido por los artículos 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de

⁸ El artículo 31 del Código Civil señala que toda persona se reputa nacida para lo que le favorezca desde 300 días antes de su nacimiento, es decir antes de su concepción. Con lo cual se le está reconociendo al hijo desde ese momento (la concepción) su status de persona, niño en este supuesto, y como niño tiene derecho a nacer sano.

San José), 24 de la Convención de los Derecho del Niño y los artículos 13 y 14 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Por último, siguiendo esta línea ¿cuál sería el acaecimiento o evento determinado, que causa el menoscabo en relación al “daño procreacional”?

La respuesta simple sería “la procreación” o “el acto de procrear”, entendiendo procreación como la acción de engendrar y el efecto de dar a luz a una nueva criatura de nuestra especie humana. Es un evento que comprende la concepción, la gestación y el momento de su alumbramiento, siendo similar a la reproducción de los animales, pero con una diferencia: La posibilidad de planificación, por la connotación cultural que caracteriza a la especie humana, a efectos de que el nuevo ser humano se incorpore a una familia y pueda crecer y desarrollarse plenamente. (Martínez-Frías, 2003).

Sin embargo surge la pregunta ¿es el acto procreacional (concepción, gestación y parto) un evento que por sí mismo puede generar un daño o menoscabo a la persona por nacer? Pareciera que no, pareciera al revés, que el acto procreacional por sí mismo genera un beneficio un bien, pues a través de este acontecimiento que se desarrolla la vida (bien jurídico por excelencia), se concibe, desarrolla y se trae al mundo a un nuevo ser humano. Entonces ¿cómo afirmar que este acto procreacional, como evento pueda ser el generador del daño?

Bajo esta conjetura sería mejor afirmar que la procreación no es más que el periodo durante el cual se puede producir el daño, en el sentido que el llamado “daño procreacional” solo podría producirse durante ese lapso que comprende CONCEPCION- EMBARAZO- PARTO.

Sección III. Supuestos del Daño Procreacional:

Para el desarrollo de esta sección, y por tratar de manera especial temas relacionados con genética, de la que no somos expertos, se utilizará como única referencia, para todas las definiciones por exponer, la obra de Martínez- Frías (2003, páginas 91-115).

A) Factores Genéticos: Se trata de la alteración de la secuencia del ADN que comprende el genoma de la persona (totalidad de la información genética que posee un organismo) provocando un fenotipo patológico. Que puede ser congénita, es decir la persona nace con la enfermedad, o expresarse en el futuro. (Martínez- Frías, 2003).

Esta alteración que puede ser causada por:

a.1 La Mutación de un gen: Se da cuando la información genética de la persona en desarrollo, cambia al entrar en contacto con algún factor físico (como la radiación), químico (como la nicotina, monóxido de carbono y otras toxinas), o biológico (como las vacunas y algunos virus), o en algunas ocasiones ocurre de manera espontánea se desconoce la causa. (Martínez- Frías, 2003).

a.2 Monosomía de cromosomas o delección de una región del cromosoma: es cuando falta total o parcial de un cromosoma X, esto afecta solo a mujeres (se le conoce síndrome de Turner) que puede ser heredado por uno de los padres. (Martínez- Frías, 2003).

a.3 Trisomía de cromosomas: es la existencia de un cromosoma extra en un organismo diploide como el ser humano, por ejemplo el síndrome de down, que se relaciona estadísticamente con una edad materna superior a los 35 años. (Martínez- Frías, 2003).

a.4 Por uno o más genes heredados de los padres: cuando un gen del padre al combinarse con el gen de la madre, causan que se exprese fenotípicamente una característica, que bien puede ser una enfermedad, una característica física como el enanismo, es el mismo principio que sucede por ejemplo con el color de

los ojos, por ejemplo si el padre tiene un gen recesivo de color verde y la madre tiene un gen recesivo de color verde producen que se exprese fenotípicamente un niño con ojos de color verde. (Martínez- Frías, 2003).

También la característica fenotípica puede ser causada por un gen dominante como sucede por ejemplo con el tono de piel, en donde la piel de color negro es un gen dominante y por ende hay más posibilidades en que un hijo entre una persona blanca y negra nazca negra.

En cuanto a enfermedades o males en sí, podemos como ejemplo la fibrosis quística, la enfermedad hereditaria más frecuente, es una enfermedad genética que afecta los pulmones, páncreas, hígado e intestinos. Y característica fenotípica, que no necesariamente es considerada un mal, pero si podría verse como un tipo de discapacidad, encontramos la acondroplasia que es la causa común del enanismo. (Martínez- Frías, 2003).

B) Factores ambientales:

Los factores ambientales que causan daño congénito se denominan teratógenos, la autora Martínez-Frías (2003), nos señala que:

“(...) los teratógenos que producen alteraciones en el desarrollo del feto a través de la madre se dividen en:

- Medicamentos.
- Sustancias químicas.
- Agentes físicos.
- Infecciones maternas.
- Enfermedades maternas.
- Hábitos tóxicos.”

b.1 Factores ambientales que producen alteraciones a través de la madre:

b.1.a Medicamentos: Si una madre se auto medica sin consultar a su doctor podría estar ingiriendo sustancias tóxicas para el bebé, solamente un especialista es capaz de determinar si es preferible que la madre se medique o las consecuencias que podría tener dicha enfermedad de la madre en el bebé, así como el medicamento con menor grado de toxicidad, que representen el menor riesgo para el feto. (Martínez- Frías, 2003).

b.1.b Sustancias químicas: Por ejemplo el mercurio que puede ser ingerido por la madre a través del consumo de pescado contaminado, produciendo niños con microcefalia, parálisis cerebral. Se debe tener cuidado también con contaminación por riesgo laboral u ocupacional, como por ejemplo, pesticidas, como los utilizados en las bananeras de nuestro país que tanto daño han causado a los trabajadores, disolventes orgánicos, humos (monóxido de carbono), entre otros. (Martínez- Frías, 2003).

b.1.c Agentes Físicos: Los agentes físicos que más se han estudiado, son:

- Las radiaciones, que están relacionadas con riesgo de mutación o cáncer,
- La hipertermia materna o fiebre materna durante varios días, que está relacionada con defectos del sistema nervioso central, y
- Fuerzas mecánicas, como esfuerzo físico ocupacional que generen estrés en la madre o que pueda ejercer algún tipo de presión en su vientre que cause daños al feto. (Martínez- Frías, 2003).

b.1.d Enfermedades maternas: Algunas enfermedades como por ejemplo diabetes, hipotiroidismo e hipertensión pueden afectar el desarrollo del feto. (Martínez- Frías, 2003).

b.1.e Infecciones maternas: Virus como el herpes y la varicela y otros microorganismos pueden producir problemas en el embrión como hidrocefalia, ceguera, sordera y retraso mental. (Martínez- Frías, 2003).

b.1.f Hábitos Tóxicos:

- **Alcohol:** Consumir bebidas alcohólicas en grandes cantidades durante el embarazo puede tener consecuencias como retraso mental y malformaciones que pueden afectar el corazón, riñones y ojos del feto, también causa defectos físicos en el bebé. De hecho es la tercera causa conocida del retraso mental.
- **Otras drogas:** Como cocaína y heroína, pueden producir hidrocefalia y malformaciones del sistema génito-urinario entre otros.

- **Tabaco:** Fumar en el embarazo puede producir malformaciones en el feto como labio leporino y ausencia de dedos y/o partes de extremidades y se cree que puede producir mayor riesgo de padecer algunos tipos de cáncer a futuro. (Martínez- Frías, 2003).

b.2 Factores ambientales que producen alteraciones a través del padre:

Existen factores ambientales que pueden alterar los espermatozoides y el líquido seminal (Martínez- Frías, 2003), como los siguientes:

b.1.a Productos químicos⁹: Productos químicos como disolventes orgánicos, pesticidas y metales como plomo, zinc y mercurio, pueden producir mutaciones genéticas o anomalías cromosómicas (monosomías y trisomías), que tiene como consecuencia malformaciones en el recién nacido. (Martínez- Frías, 2003).

b.1.b Agentes físicos: En este supuesto tenemos, el calor excesivo y la exposición a vibración continua, que pueden afectar la forma de los espermatozoides, causando infertilidad y malformaciones en el feto. (Martínez- Frías, 2003).

⁹ Pese a que es un tema que revasa el límite de la presente investigación, cabe mencionar que el daño procreacional derivado de agentes químicos como los físicos podrían acarrear responsabilidad de terceros (sea personas físicas o jurídicas), a los que se les pueda atribuir culpa y ser civilmente demandados por la exposición de los padres a estos factores, con base en los artículos 1045 y 1048 del Código Civil.

b.1.c Agentes biológicos (contacto indirecto): Aunque no existen pruebas de que una infección en el padre afecte directamente al feto, se puede dar de manera indirecta si este contagia a la madre (sífilis, S.I.D.A, paperas, entre otros. (Martínez- Frías, 2003).

Más adelante estudiaremos, la antijuridicidad de estos eventos dañosos, para conocer si una procreación irresponsable o negligente genera responsabilidad o por el contrario se ampara en la eximente de ejercicio de un derecho. (Martínez-Frías, 2003).

Sección IV. Definición de Daño Procreacional:

De esta forma podemos concluir con una definición concreta y más completa de lo que sería el “daño procreacional”:

Daño Procreacional: Es todo aquel menoscabo a la salud¹⁰ que sufre una persona¹¹ durante el periodo que va desde su concepción hasta su nacimiento¹², a causa de factores genéticos como mutaciones, monosomías, trisomías o genes heredados por sus padres; o bien factores ambientales como medicamentos, sustancias químicas, agentes físicos o infecciones a los que se vieron expuestos

¹⁰ Bien jurídico tutelado.

¹¹ Entiéndase persona 300 días antes de su nacimiento (art. 31 del Código Civil).

¹² El daño debe producirse en el lapso de la procreación, como presupuesto *sine qua non*.

sus padres antes o durante la procreación; o bien enfermedades o hábitos tóxicos adquiridos o continuados por sus padres durante dicho periodo¹³.

Como podemos ver, esta definición resulta mucho más concreta y a la vez más completa que la simple noción que de este daño tiene los tres autores citados al inicio de este capítulo (Castro, 2011 y Medina *et al*, 2002), pues contempla no solo la idea de bien jurídico afectado y la persona sobre la que recae el daño, sino que contempla como presupuesto el lapso durante el cual se puede producir el daño, y de manera específica resume cuáles son los motivos o causas del daño procreacional y quiénes lo pueden causar, en este caso los padres.

A continuación estudiaremos si efectivamente existe responsabilidad ante el llamado “daño procreacional”, repasando las tesis que admiten y las que niegan la responsabilidad por acto procreacional y estudiaremos las posiciones que confrontan el llamado “derecho a procrear” contra un deber u obligación de evitar concebir hijos que sufrirán un daño procreacional. Estudiando si un llamado “derecho a procrear” o “derecho a la reproducción” resultaría un eximente de responsabilidad frente al daño procreacional.

¹³ Todos estos son supuestos o causas efectivas del daño procreacional.

TITULO III:

Responsabilidad de los Padres por Daño Procreacional:

CAPITULO 5:

Responsabilidad por el Daño Procreacional:

***Resumen:** En este capítulo se estudiará si, efectivamente, existe responsabilidad ante el llamado “daño procreacional”, repasando las tesis que admiten y las que niegan la responsabilidad por acto procreacional.*

Se abordaran las distintas posiciones al respecto, tanto las que niegan la ilicitud de un daño ocasionado a un “no nacido”, si se puede hablar de un daño en sí (ya que no existía una situación de salud previa que haya sido empeorada o alterada), como las que defienden la exigencia de dicha responsabilidad.

Además se recopilarán las posiciones que confrontan el llamado “derecho a procrear” contra un deber u obligación de evitar concebir hijos que sufrirán un daño procreacional. Estudiando si un llamado “derecho a procrear” o “derecho a la reproducción” resultaría un eximente de responsabilidad frente al daño procreacional.

Introducción.

El problema que abordaremos en el presente capítulo gira en torno a la viabilidad de afirmar que existe deber de los padres a resarcir el daño procreacional ocasionado a sus hijos. Como lo hemos recalcado, lo interesante del tema es que traemos de vuelta a discusión una temática tan antigua como lo es la transmisión de enfermedades y la responsabilidad que de este acto puedan surgir y le introducimos el factor familiar, específicamente nos planteamos ¿qué pasa si la enfermedad o malformación es heredada?, ¿qué pasa si es contraída durante el proceso de procreación? y ¿qué pasa si los causantes de ese mal son los mismos padres?

Aquí lo interesante es cuestionarse si el autor del daño está exento de responsabilidad, no por el hecho de ser padre, pues como vimos en el capítulo 3, es un tema ya superado por el Derecho de Familia, sino por estar ejerciendo un derecho humano, como lo es el derecho que tiene todo hombre y mujer en edad núbil de fundar una familia, sin restricciones por razones de raza, nacionalidad y religión (Art. 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

En este sentido nos planteamos, si está por encima el derecho de los padres a procrear sobre el derecho de su hijo a nacer sano, a tener una buena calidad de vida.

¿Qué pasa si ese hijo, hipotético, ni siquiera imaginado o deseado por sus padres, tiene un derecho a nacer sano?

¿Podemos realmente estar hablando de un daño, en los supuestos en que no hay menoscabo a un estado de salud previo? Piénsese, si la persona desde que es concebida ya está enferma o trae consigo un mal, dónde radica el daño o menoscabo? coloquialmente hablando “así venía de fábrica”.

Con estas y otras interrogantes se ha enfrentado la doctrina y los tribunales de justicia internacionales en las últimas décadas. El modo en que han resuelto el tema arroja posiciones contradictorias, que trataremos de recopilar y entender, para arribar a una conclusión plausible.

Sección I: ¿Es exigible a los padres la responsabilidad por Daño Procreacional?.

Como punto de partida para determinar si puede exigirse responsabilidad a los padres por el daño procreacional causado es necesario comprobar si concurren los presupuestos básicos de responsabilidad civil extracontractual subjetiva (ya que la responsabilidad objetiva no es propia del supuesto en estudio), como lo son: la antijuridicidad de la conducta (entendida esta como infracción a la ley o a un deber de conducta que el Ordenamiento Jurídico impone), la existencia de un

daño que merezca tutela jurídica, la relación de causalidad entre la conducta y el perjuicio causado y la existencia de un factor de atribución (culpa o dolo del agente).

Abordaremos a continuación cada uno los supuestos exponiendo las tesis positivas y negativas sobre su concurrencia en relación al tema de estudio:

A. Sobre la antijuridicidad o ilicitud de la conducta:

Al abordar la antijuridicidad o ilicitud de la conducta de los padres por daño procreacional, nos encontramos con dos posiciones:

A.1 Abordaje desde la Posición Civilista (pura): Esta posición exige, para que surja la obligación resarcitoria, la existencia de una acción u omisión que resulte ilícita o contraria al ordenamiento jurídico, en el entendido que lesione un bien jurídico sin justificación. Entre los autores que defienden esta posición se encuentran Pérez (1994), Alpa (2006) y Torrealba (2011). En síntesis, para estos autores si falta la antijuridicidad no surge el deber de indemnizar.

Si partimos de esta línea de pensamiento, nos encontramos con el dilema de los “daños legítimos”, que son todos aquellos casos en los que a pesar de resultar afectado un interés jurídicamente relevante, prevalece sobre él otro interés que el

ordenamiento jurídico considera relevante. Hablamos de actos lícitos, conductas que pueden generar una situación desventajosa o un perjuicio a un sujeto, pero no están prohibidas por el Ordenamiento Jurídico.

Concretamente nos enfrentamos a la disyuntiva entre daño procreacional y derecho a la procreación. Se pone en juego el derecho a la planificación de la propia reproducción y el derecho a la salud del hijo por nacer.

Este dilema ha hecho surgir una corriente en contra de la posibilidad de exigir a los padres responsabilidad por el daño procreacional, liderada por Zannoni (2005) y compartida por Tobías, Saux, Ferrer y Mosquera Vázquez (citados por Medina *et al*, 2002). Este sector sostiene que acoger la responsabilidad de los padres por la transmisión de enfermedades a sus hijos, vulnera su derecho a la intimidad y privacidad, esfera dentro de la cual se ubica el derecho a la procreación y defienden la inexistencia de accionar antijurídico.

Este problema ha sido superado de una forma muy interesante por las autoras Medina *et al* (2002) en el Capítulo VII de su obra, páginas 304-308, manifestando lo siguiente:

Primero destruyen el argumento de un posible “daño legítimo” a la luz de los modernos principios que rigen el Derecho de Daños, basados en el aforismo

alterum non laedere (Máxima de Ulpiano), como que “todo acto u omisión que cause daño a un tercero se presume que es antijurídico”, en razón de que se transgrede el deber de cuidado, de conducirse de una manera que no cause perjuicio a terceros, citando a algunos académicos que comparten esta misma posición como Kemelmajer y Belluscio (citados por Medina et al, 2002, p. 304).

Incluso las autoras citando a Banchio (1998), señalan que no hace falta recurrir a la ilicitud de la conducta dañosa, para exigir la responsabilidad de los padres, sino que el aspecto decisivo es la injusticia del resultado.

En segundo lugar, Medina *et al* (2002), de manera muy acertada, sobreponen sin tapujos el derecho del niño a nacer sano sobre el “derecho” o mejor dicho libertad que ostentan los padres de procrear. Posición que compartimos en este trabajo. Para estas escritoras, tanto en la reproducción natural como en la fecundación asistida, puede verse afectado el derecho a la salud y si se causa un daño al menor en el marco de la concepción natural por culpa de los padres, puede a estos perfectamente reclamarse su reparación o indemnización.

Se basan Medina *et al* (2002) en el rango fundamental que tiene el derecho a la salud, frente a una libertad reproductiva que no revierte la misma magnitud de relevancia (Sin salud no hay procreación).

Por último, refutan las autoras la tesis negativa, apoyándose en el concepto de paternidad responsable, propio del Derecho de Familia, negando la irresponsabilidad en el ámbito sexual de los padres, afirman así las autoras la obligación que tienen los padres de asumir las consecuencias que derivan de la relación sexual.

En este orden de ideas, Medina *et al* (2002) citando a Parellada (1990) concluyen que:

“(…) no se vulnera el derecho a la intimidad cuando se hace responsable a los padres que forma negligente han transmitido una enfermedad a los hijos, sino que se los obliga a tomar a su cargo las consecuencias de la íntima decisión dañosa. El respeto por la intimidad de los padres no puede significar el desprecio por el derecho a la vida normal del hijo. Razonamiento paralelo se efectúa cuando no se impide el ejercicio de la libertad de prensa, pero ello no implica un *bill* de indemnidad para injuriar o calumniar, sino que con independencia de la libertad - que se respeta -, se establece la responsabilidad por las decisiones gravosas de terceros”.

(p.308).

A.2 Abordaje desde la Posición del moderno Derecho de Familia: El moderno Derecho de Familia, influenciado por las nuevas tendencias del Derecho de Daños, busca prescindir de la antijuridicidad como requisito para definir cuál es el daño resarcible.

Como se explicó ya en el capítulo 3 de este trabajo, la tendencia es reparar el daño injustamente sufrido por un miembro de la familia, independientemente de que este daño haya sido ocasionado mediante una conducta lícita, siempre que no exista obligación del damnificado de soportarla.

Nos lo explica la autora Medina *et al* (2002) citando a De Lorenzo (1996), que la adopción de este moderno principio de la teoría de Daños por parte del Derecho de Familia, deviene de la necesidad de dar solución a innumerables conflictos de intereses que se producen por conductas no prohibidas por el Ordenamiento Jurídico o que están ajustadas al ejercicio de un derecho.

En este sentido, si el problema se abordase en la jurisdicción de familia, en aplicación de los principios modernos que rigen esta materia, se prescindiría sin problema del requisito de la antijuridicidad como presupuesto para reconocer la responsabilidad de los padres por daño procreacional causado.

B. Dilema en relación al reconocimiento del daño.

En relación con el daño procreacional, el bien jurídico afectado sería el derecho a la salud del hijo. Derecho que en nuestro país es tutelado por el artículo 21 de nuestra Constitución Política (Ver interpretación que, en este sentido, hizo la Sala Constitucional, mediante resolución No. 1915-92) y por el artículo 1 de la Ley General de Salud. Este criterio es sostenido por Medina *et al* (2002) y por Zannoni (1989, citado por Medina *et al*, 2002). Posición que en este trabajo también compartimos.

Sin embargo, algunos autores como Tobías, Saux, Aterini y López (citados por Medina *et al*, 2002, p. 309), han cuestionado la existencia del daño procreacional y por ende han negado el resarcimiento en favor de los hijos, argumentando que, si la enfermedad o el mal se producen al ser concebido, entonces no se podría hablar de un daño en sí, ya que no existía una situación de salud previa que haya sido empeorada o alterada. En este sentido, afirman, el reclamo indemnizatorio hacia los padres no podría ser acogido.

En palabras del autor Tobías (1991, citado por Medina *et al*, 2002, p. 309):

“(…) la alternativa al “ser enfermo” es, exclusivamente, la de “no haber sido”. El interés cuya tutela se reclama se identificaría así con el interés o derecho a no ser concebido, única forma de evitar la enfermedad.”

Esta posición negativa, ha sido debatida por las autoras Medina *et al* (2002), para quienes podría ser atendible, solo en supuestos de transmisión de enfermedades hereditarias, que son transmitidas al momento de la concepción, pero no en los casos de enfermedades o malformaciones que son causadas al feto ya concebido, durante el periodo de la gestación, en el entendido que el feto concebido sano sí ve alterada su situación de salud previa. (p.310).

Podemos citar como ejemplo, los casos de malformaciones o enfermedades causadas por consumo de drogas o alcohol, por culpa de una mala nutrición o por ejemplo la transmisión del SIDA a través de la placenta.

Las autoras Medina *et al* (2002) además consideran que el aspecto que debe ser relevante a fin de evaluar si procede o no responsabilidad de los padres, es:

“(...) la concurrencia de una adecuada relación causal entre la conducta desplegada y el daño causado, no siendo imprescindible la coexistencia temporal entre el acto dañoso y el sujeto lesionado”. (p.311).

En este sentido Medina *et al* (2002) sostienen como tesis la viabilidad de una “responsabilidad condicional futura” por un acto ilícito (o injusto) respecto de alguien que no ha ganado existencia todavía. No importa el tiempo transcurrido entre el acto ilegítimo y los daños objeto del reclamo, sino la relación de causalidad entre el acto procreacional y el perjuicio ocasionado.

Esta posición es compartida en este trabajo y, en este sentido, cabe recalcar que en Costa Rica esta tesis negativa podría ser fácilmente superada, por cuanto el artículo 31 del Código Civil señala que toda persona se reputa nacida para lo que le favorezca desde 300 días antes de su nacimiento, es decir antes de su concepción. Con lo cual se le está reconociendo al futuro hijo desde ese momento (la concepción) su status de persona, niño en este supuesto, y como niño tiene derecho a nacer sano.

Esta tesis positiva se vería también sustentada con base en los artículos 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño y los artículos 13 y 14 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N°7739 de 6 de enero de 1998, que reconocen el derecho a la salud del menor desde el momento de la concepción y reconocen el deber del Estado de garantizar la salud y adecuado desarrollo del hijo por nacer.

C. Relación de causalidad entre la conducta y el perjuicio causado.

Como estudiamos en el primer capítulo de esta tesis, es necesario que exista un nexo causal entre la conducta o situación que motiva la lesión y el daño que sufre la víctima, para poder atribuirle responsabilidad de los padres.

En el caso del daño procreacional, bastará que se logre demostrar que el menoscabo a la salud que sufre el hijo, fue provocado durante el periodo que va desde su concepción hasta su nacimiento, a causa de factores genéticos como mutaciones, monosomías, trisomías o genes heredados por sus padres; o bien factores ambientales como medicamentos, sustancias químicas, agentes físicos o infecciones a los que se vieron expuestos sus padres antes o durante la procreación; o bien enfermedades o hábitos tóxicos adquiridos o continuados por sus padres durante dicho periodo.

Es un asunto meramente probatorio, que no reviste especial discusión en doctrina, por lo que no ahondaremos más en este punto. Caso contrario sucede con el factor de atribución, que sí tiene sus aristas y ha generado discusiones en pro y contra de la atribución de responsabilidad a los padres, por el daño procreacional ocasionado, como veremos a continuación.

D. Existencia de un factor de atribución (culpa o dolo del agente).

La culpabilidad es la última valoración que se hace de la causa del daño. Se trata de determinar si al sujeto que con su conducta antijurídica causó un daño, se le puede atribuir culpa, entendida en un sentido amplio, es decir, se establece si el sujeto actuó con dolo, o con culpa en sentido estricto, sea por negligencia, imprudencia o impericia.

Ahora bien, nos explican Saux y Muller (2005) que la viabilidad del reclamo se fundamentaría en un factor de atribución subjetivo culposo, ya que difícilmente podría constituirse un dolo delictual, con una culpabilidad calificada por las circunstancias, aunque no se descarta del todo, hablamos de un efectivo y real conocimiento de la enfermedad por parte de los padres y el entendimiento por parte de estos del alto índice de transmitir la enfermedad o malformación genética. (p. 333).

La excepción como dicen estos autores sería la configuración del dolo como factor subjetivo calificado de atribución, como en el caso de una violación, donde en realidad la fecundación lesiva por la enfermedad transmisible genéricamente de la que es sabidamente portador aparece como una consecuencia mediata pero previsible derivada de un acto ilícito. (Saux *et al*, 2005, p.334).

También cabe mencionar el quizás poco frecuente supuesto en que el padre busque la fecundación dañosa para perjudicar a la madre (desconocedora de la afectación genéticamente transmisible del padre), por la vía de engendrarle un hijo enfermo. En ambos supuestos, estimamos que debería darse curso favorable al reclamo resarcitorio. (Saux *et al*, 2005, p.334).

Sección II: Tratamiento del tema en la jurisprudencia internacional:

Italia.

A. Fallo del Tribunal de Piacenza, Italia (1950).

El 31 de julio de 1950 el Tribunal de Piacenza, por primera vez en la historia, reconoció la responsabilidad solidaria de ambos padres por haberle transmitido a su hija una enfermedad infecto contagiosa, específicamente sífilis. (Citada por Saux y Muller 2015, p.333).

Su hija los demandó, para que le resarcieran por los daños ocasionados al haber sido contagiada de la enfermedad al momento de nacer, su padre a sabiendas de que tenía sífilis y de la alta probabilidad de contagiar la enfermedad a la madre, tuvo relaciones con ella, le contagió sífilis y la dejó embarazada, fruto de la unión nació la ofendida con la enfermedad. (Medina *et al*, 2002, p. 312).

Lo relevante de este fallo es que su análisis gira en torno a que el Derecho de Familia no es ajeno a la responsabilidad civil nacida a la luz del principio de *neminem laedere* y se fundamenta en que si la transmisión de una enfermedad venérea a una persona existente o nacida se considera un acto ilícito, no se ve porqué razón no deba ser igualmente considerado tratándose de una persona futura (el concebido). (Saux *et al*, 2005, p.333).

Este fallo, sirvió como punto de partida al debate sobre la admisibilidad de la acción resarcitoria del hijo nacido con enfermedades, malformaciones, deficiencias o taras genéticas atribuibles a sus padres, quienes al momento de concebirlo conocían o debían conocer el riesgo cierto de transmitir el mal. (Saux *et al*, 2005, p.332).

B. Fallo del Tribunal de Verona, Italia (1990).

El 15 de octubre de 1990, el Tribunal de Verona, Italia, resolvió un caso en el que se discutía el derecho de un menor de edad nacido en estado vegetativo, a verse resarcido por sus padres, en razón de las lesiones que estos le ocasionaron durante su vida fetal. (Medina *et al*, 2002, pp.313-314).

Lo relevante de esta sentencia es que 40 años después del fallo de Piacenza, se vuelve a admitir el resarcimiento del daño biológico causado por los padres, pero esta vez fundamentándose en lo siguiente:

1. Que el concebido es titular del derecho a ser resarcido por el daño que se le cause durante su gestación, pues se consideró que el daño sufrido ha de meritarse desde la óptica del “daño injusto”, concluyendo que, objetivamente, el daño del *ad litem*, era contrario a Derecho (Castro, 2011, p.4).
2. Que existió una violación al derecho a la salud, declarando que este derecho es tutelado desde la concepción. (Medina *et al*, 2002, p.314).

Estados Unidos de América.

A. Corte Suprema de Illinois, Estados Unidos de América, caso de “Stalman vs. Youngquist” (1988).

En 1988, se sometió a conocimiento de la Suprema Corte de Illinois, Estados Unidos de América, el caso de “Stallman vs Youngquist”, donde se discutía la procedencia o no de responsabilidad de una madre por daños prenatales (no intencionales, ni hereditarios), sufridos por su hijo durante su estadio fetal, a raíz de un accidente automovilístico protagonizado por su progenitora y un tercero. La acción la plantearon en conjunto el padre del menor y un representante legal (curador) que el niño tenía en ese momento. (Medina *et al*, 2002, p.321).

La Corte Suprema rechazó la demanda, fundamentándose en que el feto no puede ser dañado en forma independiente a la madre, cuando está en su seno, por lo cual el Derecho no puede considerarlo como una entidad completamente separada.

Además se concluyó que el reconocimiento legal del niño a nacer física y mentalmente sano implicaría el establecimiento de una correlativa obligación legal por parte de la madre a brindarle el mejor ambiente prenatal posible (impidiéndole asumir el mínimo riesgo, como conducir, trabajar, tomar medicamentos), lo cual significaría la intromisión del Estado y la Justicia en la vida privada de las personas

y convertiría a la madre y al hijo en adversarios legales desde el momento de la concepción. (Medina, *et al*, 2002, p.323).

Para la Corte Suprema, el reconocimiento de tal responsabilidad llenaría los tribunales de justicia de casos judiciales de padres contra hijos, destruiría la familia y colocaría a la sociedad al borde del abismo, aplicando la teoría de la inmunidad parental. (Medina *et al*, 2002, p.324).

B. Corte Suprema de New Hampshire, Estados Unidos de América, caso de “Bonte vs. Bonte” (1992).

En 1992, la Suprema Corte de New Hampshire, Estados Unidos, resolvió el caso “Bonte vs. Bonte”, se trató de una acción interpuesta por un menor contra su madre, que con siete meses de embarazo le ocasionó daños a consecuencia de su obrar negligente al cruzar la calle, al no hacerlo por la vía habilitada al efecto. El pronunciamiento final acogió la acción por 3 votos a favor y 2 en contra. (Castro, 2011, p.4).

Este fallo se fundamenta en el derecho del menor afectado, a demandar a sus padres el resarcimiento de los daños imputables a su actuar negligente mientras estaba en el útero materno.

Se sigue la línea de que un menor nacido con vida, se encuentra habilitado a accionar por los daños causados por sus progenitores, mientras resulten imputables a su conducta negligente, aun cuando el niño se encontraba en el vientre materno. (Medina *et al*, 2002, p.324-325).

C. Corte Suprema de Illinois, Estados Unidos de América, caso de “Cates vs. Cates” (1993).

En el caso “Cates vs. Cates” la Corte Suprema de Illinois tuvo que resolver una demanda iniciada por un menor, en contra de la sucesión de su padre fallecido, por los daños procreacionales que este le causó debido a la conducción negligente de su vehículo, estando el menor en estado fetal. (Medina *et al*, 2002, p. 325).

La importancia de este fallo es que supera el fallo del caso “Stalman vs. Youngquist” (1988), reconociendo el resarcimiento y levantando la inmunidad parental, dado que el padre demandado estaba fallecido y se consideró que declarar con lugar la demanda no pondría en riesgo la unión familiar.

En palabras del Tribunal “la inmunidad debe permitirse solamente en protección de las conductas inherentes a la relación padres-hijos”, siendo que “cuando dicha

relación se ve disuelta por la muerte, carece de sustento su aplicación”. (Medina *et al*, 2002, p.325).

Canadá.

A. Corte Suprema de Canadá, caso de “Dobson (Litigation Guardian of) vs. Dobson” (1999).

En este fallo dictado el 9 de julio de 1999, se resolvió una demanda de un hijo contra su madre por daños ocasionados de manera negligente, durante el embarazo.

Este fallo se apueta de igual forma a la teoría de la inmunidad parental, declarando sin lugar la demanda, sosteniendo que por motivos de política pública no se puede imponer ningún deber de cuidado a una mujer embarazada respecto al feto y futuro hijo nacido con vida, de modo que se descarta el reclamo impetrado bajo las reglas generales en materia de daños, pues la responsabilidad en análisis implicaba una severa intromisión en la vida de las mujeres embarazadas, con potenciales efectos dañosos para la unidad familiar. (Medina *et al*, 2002, p.332).

Consideró la Corte que cualquier conducta realizada por una embarazada, negligente o no, está intrínsecamente ligada a su rol familiar, su vida laboral, su

derecho a la privacidad e integridad física y la toma de decisiones autónomas. Para la Corte el deber de la madre frente a su hijo es una obligación moral, que debe ser libremente respetada, sin coacción. (Medina *et al*, 2002, p.332).

Francia.

A. Corte de Casación Francesa, caso de “Arret Perrouche” (2000).

En Francia, la Corte de Casación, en fecha 17 de noviembre del año 2000, resolvió, en pleno, el caso llamado “Arret Perrouche”.

El caso trataba de una ciudadana francesa, la Sra. Perrouche, quien ante la duda de estar contagiada de rubéola, se practicó varios exámenes médicos, los cuales descartaron por error la enfermedad, por lo que la mujer decidió quedar embarazada al considerar que no existía riesgo. (Castro, 2011, pp. 5-7).

La mujer continuó con el embarazo y tuvo a su hijo en 1983, pero el mismo presentó problemas de visión, de audición, cardíacos y neurológicos, debido a la rubéola, provocando, tal discapacidad, la necesidad del cuidado permanente por parte de un tercero y de por vida. Esta situación motivó al matrimonio Perrouche a demandar al médico y al laboratorio, por los daños sufridos por su hijo. (Castro, 2011, pp. 5-7).

La Corte declaró con lugar la demanda al considerar que las faltas cometidas por el médico y el laboratorio, negaron a la madre su derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo (lo cual es legal en Francia) y evitar el nacimiento de un niño con discapacidad. Y respecto al menor, resolvió que estaba legitimado para demandar (a través de sus padres) la reparación del daño resultante de dicha discapacidad. (Castro, 2011, pp. 5-7).

Es a partir del fallo Perrouche, que la jurisprudencia francesa reconoce la indemnización al niño por los daños sufridos durante su gestación (feto), cuando es provocado por terceros, ello con independencia de la reparación que pudiera corresponder a sus padres. (Castro, 2011, pp. 5-7).

La resolución se sustenta en las normas de la responsabilidad civil extracontractual, que exigen la necesaria existencia de los requisitos básicos que hemos venido recalando: a) el hecho antijurídico; b) el factor de atribución de la responsabilidad; c) el daño; y, d) la relación de causalidad adecuada entre el daño y el comportamiento antijurídico. (Castro, 2011, p.7).

Sección III: Tesis Negativa vs. Tesis Positiva.

A. Tesis que no admite la responsabilidad por daño procreacional.

La tesis negativa ha sido encabezada por el jurista Argentino Zannoni (1989, citado por Medina *et al*, 2002, p.315), quien se cuestiona sobre la antijuridicidad del acto procreador de los padres, ya que de encontrarse ilícita la relación sexual entre parejas que puedan transmitir o heredar una enfermedad a sus hijos, entonces el Estado debería impedirlo mediante el dictado de una ley, lo que significaría una transgresión a la privacidad del hombre y la mujer.

Para Zannoni, esto podría llegar a justificar la esterilización compulsiva de miles de personas con riesgo de transmitir un mal genético. De este modo, para el autor, es inviable que se considere el acto procreacional como un acto ilícito, y al no ser la conducta ilícita, faltaría uno de los supuestos para reconocer la responsabilidad de los padres.

Zannoni también desecha el argumento de que el daño causado no es necesario que sea ilícito, sino solamente “injusto”, y con el cual los defensores de la tesis positiva fundamentan la responsabilidad, argumentando que se trata de una distribución de la carga del daño causado e invocando que si lo padres saben que pueden transmitir una enfermedad asumen el riesgo de sus actos. El autor refuta

el argumento señalando que no se pueden tachar de “riesgosas” las relaciones sexuales, porque esto constituiría un avance hacia formas indirectas de eugenesia, lo cual podría desencadenar en abusos.

Para Zannoni (1989, citado por Medina *et al*, 2002) lo único que cabe es apostar por políticas sanitarias de prevención, para evitar contagios o transmisión hereditaria de enfermedades.

Este autor, como vemos, centra especialmente su argumento en el hecho de que no existe “antijuridicidad” en la conducta de los padres, y por ende no cabe atribuirles responsabilidad, ni exigirles resarcimiento de los daños ocasionados a sus hijos en el marco de la concepción natural.

Otros autores, entre ellos, Tobías y Guerín (Citados por Medina *et al*, 2002, p.316) y Saux *et al* (2005), también defienden la posición contraria pero bajo el argumento de que independientemente de la ausencia o no de antijuridicidad en el obrar fecundante; éticamente, el reconocimiento de tal responsabilidad de los padres implicaría una severa violación al principio de *pietas familiae* que debe regir la adaptabilidad de los principios de la responsabilidad civil al Derecho de Familia.

Para estos autores en la práctica, si se reconoce esta responsabilidad, implicaría poner a los hijos en contra de sus padres, y se privaría al hijo enfermo de su principal fuente de resguardos materiales y morales: el cuidado de sus padres.

Por su parte, autores como Mosquera (Citado por Medina *et al*, p.317), y Saux *et al* (2005), niegan la atribución de responsabilidad, en supuestos en los que medie culpa, considerándolo producto del azar (confundiendo la negligencia, imprudencia e impericia) con una causa de justificación como lo sería el caso fortuito, mas alientan el resarcimiento ante supuestos en los que medie dolo grave. Finalmente, autores como Makianich de Basset (Citado por Medina *et al*, 2002, p.318) sostienen que:

“(…) las taras hereditarias deben quedar al margen de la responsabilidad civil de los progenitores en tanto la ciencia no ponga a su disposición la posibilidad de evitarlas sin tener que abstenerse de procrear o abortar, en cuyo caso sólo procedería la obligación de reparar si se configura culpa o dolo”.

B. Tesis que admite la responsabilidad por daño procreacional.

Los autores Mosset Itarruspe, Banchio, Perellada (Citados por Medina *et al*, 2002, pp.319-320) y las mismas Medina *et al* (2002), se pronuncian en favor del reconocimiento de la responsabilidad de los padres, por el daño procreacional.

Todos concuerdan en que el respeto a la intimidad de los padres no puede significar el desprecio por el derecho a la salud del hijo.

Señalan Medina *et al* (2002), que la tesis positivista puede resumirse en los siguientes aspectos:

- Sobrepone el derecho del concebido a una vida sana sobre el derecho a la intimidad de los padres.
- Defiende la autonomía de la voluntad, abandonando definitivamente la idea de que se debe privilegiar la estructura familiar por encima de la reparación de los daños injustos que individualmente se produzcan. Considera que son dos valores que se pueden proteger de manera equilibrada y armónica.
- Reconoce la aplicación de las reglas del Derecho de Daños en el Derecho de Familia y desconoce la “inmunidad parental”.
- Defiende que existe una analogía entre el daño procreacional y el contagio de enfermedades entre vivos.
- Predica que no existe un ámbito (en este caso el sexual), en que se permita al ser humano ser irresponsable.

- Considera las circunstancias de cada caso en específico, en especial las relativas a la posibilidad de previsibilidad y evitación, a efectos de atribuir la responsabilidad.
- Reprocha a los padres por desentenderse de las consecuencias de la relación sexual.
- Defiende que por parte de los padres debe existir conciencia sobre el alto riesgo de transmisión de la enfermedad en la concepción de un nuevo ser.
- Considera el daño procreacional consecuencia de la negligencia o descuido grave de los padres.
- Considera gravísimas las consecuencias del mal transmitido, lo considera injusto y resarcible (Teoría de la reparación del daño injustamente sufrido).

Sección IV: Conclusión.

Una vez concluido el presente capítulo, podemos contestar afirmativamente una parte de la hipótesis de esta tesis, respondiendo que sí es posible reclamar a los padres la indemnización de los daños inferidos a la salud de sus hijos específicamente en el marco de la concepción natural, siempre y cuando se aborde el problema desde la perspectiva del moderno Derecho de Familia.

Bajo esta perspectiva, **se elimina el requisito de la antijuridicidad o ilicitud de la conducta**, como presupuesto básico para la existencia de responsabilidad civil objetiva, según la teoría clásica de daños. Obedeciendo a principios modernos del Derecho de Familia, como lo son:

1. Defensa del derecho que tiene el damnificado a ser indemnizado, en concordancia con el interés superior del menor, con lo que se sobrepone el derecho del menor a nacer sano, sobre el derecho de los padres a procrear.
2. Adopción del principio de reparación integral, a partir del cual el Derecho de Familia reconoce una extensa gama de daños a la persona y sus intereses morales, como por ejemplo el daño al proyecto de vida.
3. Abandono de la teoría de “inmunidad parental” que en concordancia con el concepto de “paternidad responsable”, niegan la irresponsabilidad de los padres en el ámbito privado, obligándolos asumir las consecuencias que derivan de la relación sexual. No podrían alegar estos el ejercicio de un derecho como causal de justificación.

De este modo se supera la disyuntiva entre daño procreacional y derecho a la procreación y se contesta la mayoría de interrogantes planteadas al inicio del

capítulo. El acto procreacional, pese a considerarse lícito, se considera injusto e incluso podría presumirse antijurídico, por el simple hecho de causar un perjuicio al menor.

En relación con el requisito del daño, como presupuesto para el surgimiento de responsabilidad civil extracontractual subjetiva, podemos concluir que este existe, en supuestos de daño procreacional, no importa si el menor sufre el daño antes de nacer (propiamente al ser concebido), porque existe amplia normativa supra constitucional y legal que reputa a la persona nacida para todo lo que le favorezca, 300 días antes de su alumbramiento, y que ampara el derecho del niño a nacer sano, hablamos de los artículos 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); 24 de la Convención de los Derecho del Niño; 13 y 14 del Código de la Niñez y la Adolescencia y 31 del Código Civil.

En cuanto a la relación de causalidad, bastará que se logre demostrar el menoscabo a la salud que sufre el hijo y que este fue provocado durante el periodo que va desde su concepción hasta su nacimiento, a causa de factores genéticos como mutaciones, monosomías, trisomías o genes heredados por sus padres; factores ambientales como medicamentos, sustancias químicas, agentes físicos o infecciones a los que se vieron expuestos sus padres antes o durante la procreación; o bien enfermedades o hábitos tóxicos adquiridos o continuados por

sus padres durante dicho periodo, para que la responsabilidad le sea atribuida a su progenitores.

Por último, en relación con el factor de atribución, este como se ha venido reiterando en capítulos anteriores está basado en la culpa (en sentido estricto), ya que difícilmente podría constituirse un dolo delictual, con una culpabilidad calificada por las circunstancias, aunque no se descarta del todo, hablamos de un efectivo y real conocimiento de la enfermedad por parte de los padres y el entendimiento por parte de estos del alto riesgo de transmitir la enfermedad o malformación genética.

De seguido, y para finalizar el presente trabajo de investigación, estudiaremos si en nuestro país es posible reclamar, por la vía jurisdiccional de familia, la responsabilidad de los padres por daño procreacional.

Se estudiará además la normativa que ampararía este reclamo por esta vía, y se establecerá quiénes serían los sujetos legitimados para reclamar este daño.

Para tal efecto, se confrontará la posición que domina en la doctrina extranjera con la posición de académicos, litigantes y jueces de nuestro país, para conocer la posición que impera en Costa Rica sobre este tema.

CAPITULO 6:

Reclamo del daño procreacional en Costa Rica:

Resumen: En este capítulo se analizará si en nuestro país es posible reclamar, por la vía jurisdiccional de familia, la responsabilidad de los padres por daño procreacional.

Se estudiará el marco jurídico que ampara el reclamo por esta vía, y se establecerá quiénes serían los sujetos legitimados para reclamar este daño. Al mismo tiempo, se confrontará la posición de académicos, litigantes y jueces de nuestro país, para conocer su posición sobre este tema.

Introducción.

Antes de iniciar este trabajo de investigación se planteó como hipótesis que sí es posible reclamar por la vía jurisdiccional de familia la responsabilidad de ambos progenitores o al menos uno de ellos, por el daño procreacional causado a sus hijos, mas fundamentar esta posición no es sencillo, aunque lo pareciera, ya que nos enfrentamos a 3 posibles escenarios en los que podría plantearse el reclamo, hablamos del Juzgado de Familia, el Juzgado Civil y el Juzgado de Niñez y Adolescencia.

Para probar la hipótesis planteada, estudiaremos el marco jurídico que ampararía este tipo de reclamo por la vía jurisdiccional de familia y repasaremos los argumentos de los opositores, confrontando la opinión de jueces y litigantes sobre el tema, para finalmente concluir si se comprueba nuestra hipótesis, o si por el contrario, el reclamo debería plantearse y conocerse en otra vía.

Sección I: Marco jurídico para el reclamo de responsabilidad por daño procreacional por la vía jurisdiccional de familia.

Una vez concluido que es exigible la responsabilidad de los padres por el daño procreacional inferido a sus hijos, estudiaremos el marco legal costarricense, para conocer si es posible materializar el reclamo indemnizatorio por la vía jurisdiccional de familia.

Para empezar, nos ilustra el autor nacional Soto (2012), que el fundamento del reclamo estaría en los artículos 41 de la Constitución Política y 1045 del Código Civil.

El artículo constitucional señala:

“Artículo 41.- Ocurriendo a las leyes, todas han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o

intereses morales. Deberá hacerseles justicia pronta y cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.”

Señala el mismo autor, citando a Rivero (1999), que a partir de este artículo debe entenderse que el acceso a la justicia es material, en el sentido que la reparación debe ser integral y sin excepción u obstáculo de carácter doctrinal, jurisprudencial o legal, porque de esta forma se reconoce mayor protección hacia las personas damnificadas. (Soto, 2012, p.60).

Por su parte, el artículo de Código Civil reza:

“Artículo 1045.- Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.”

Estos dos artículos se fundamentan en el principio romano *neminem laedere*, y sientan la base de la responsabilidad civil en general, incluso por daño procreacional, en nuestro caso, atribuible a los padres.

Podemos también concordar estos artículos con las normas de los artículos 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 24 de la Convención de los Derecho del Niño y los artículos 13 y 14 del Código de la

Niñez y la Adolescencia, en relación al derecho del niño a nacer sano, bien jurídico que se estaría afectando y sobre el cual se reclamaría indemnización.

Procesalmente, el reclamo se sustentaría en el artículo 8 del Código de Familia, así como en el artículo 287, en concordancia con los artículos 420 y 432, del Código Procesal Civil.

Los artículos del Código de Familia señalan:

“Artículo 8.- Corresponde a los tribunales con jurisdicción en los asuntos familiares, conocer de toda la materia regulada por este Código, de conformidad con los procedimientos señalados en la legislación procesal civil.”

Este artículo fundamenta el reclamo en la vía de familia, por principio de especialidad, descartando su procedencia en la vía ordinaria civil.

Por su parte el artículo 48 bis, también abre el portillo para el reclamo de daños y perjuicios en la Jurisdicción de Familia:

“Artículo 48 bis.- De disolverse el vínculo matrimonial, con base en alguna de las causales establecidas en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 48 de este

Código, el cónyuge inocente podrá pedir, conjuntamente con la acción de separación o de divorcio, daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil.”

Pese a que el artículo hace referencia específica a la reparación de daños y perjuicios por separación judicial o divorcio, se ha interpretado, vía jurisprudencial, que a luz de lo dispuesto en este artículo se debería interpretar que procede la indemnización de daños y perjuicios como pretensión accesoria en otros procesos de familia, recurriendo a una interpretación integral y expansiva de las normas del Código Civil relativas a la responsabilidad civil extracontractual.

“(…) debe recurrirse a una interpretación integral y expansiva de las normas del Código Civil relativas a la responsabilidad civil extracontractual. / En términos generales, la indemnización debe abarcar tanto daños morales como materiales (...) Más allá del eventual alcance restrictivo que puede atribuírsele (...) lo importante es destacar que gracias a ese precepto legal no podría cuestionarse la procedencia de la reparación cuando se está en presencia de situaciones de violencia intrafamiliar (...) Respecto de otros supuestos concretos de responsabilidad civil en materia de familia también es factible hacer una lectura idéntica —integral y expansiva— (...) para entender que en todos ellos es posible exigirla y declararla, pues solo de ese modo el Derecho de Daños podría cumplir sus

funciones, o sea, ser un instrumento de regulación social mediante la prevención de las conductas lesivas, lograr la indemnización a las víctimas a través del reconocimiento de los daños resarcibles y garantizar la prontitud y certeza en su cobro.” (Tribunal de Familia, voto 570- 2010, de las 8:30 horas del 29 de abril de 2010).

Mas, el reclamo estaría perfectamente fundamentado en las normas de los artículos 41 Constitucional y 1045 del Código Civil, así como en los principios generales del Derecho Civil sobre responsabilidad extracontractual, sin necesidad de aplicar interpretaciones integrales y extensivas.

Ahora bien, la pregunta que surge es ¿por qué debe plantearse el reclamo por la vía jurisdiccional de familia y no por la vía civil?

Uno de los detractores de establecer el reclamo por la vía jurisdiccional de familia es el jurista Mauricio Chacón Jiménez, Juez del Tribunal de Familia de San José, quien considera que en el supuesto en estudio, la pretensión es de carácter civil y no familiar:

“(…) es muy romántico afirmar que en la sede de familia vemos los asuntos de las familias, no es cierto, nosotros vemos los asuntos del derecho de familia. Si yo le alquilo una casa a mi tío y mi tío no me paga yo no vengo

a la sede de familia para ponerle el desahucio. Si yo tengo una sociedad con mi hermano y hay malos manejos y tenemos que ver si la podemos salvar entonces vamos a un convenio preventivo o una cuestión pero en la sede mercantil. No por ser hermanos venimos a la sede de familia. No es porque haya una relación de familia que nos toca a nosotros.” (M. Chacón, comunicación personal, 22 de mayo de 2015).

Opina Chacón que la pretensión debe necesariamente plantearse en un proceso ordinario civil de daños, porque nuestra Ley habla en asignación de competencia que los juzgados de familia van a conocer los asuntos del Derecho de Familia, que los juzgados civiles van a conocer los asuntos del Derecho Civil y Comercial e insiste que el supuesto en estudio deriva en una pretensión de carácter estrictamente civil:

“(…) Tengo una tesis disidente aquí dentro del tribunal (...) Yo creo que el derecho tiene respuestas, pero tiene respuestas también en escenarios (...) entonces volviendo al tema de las relaciones padres e hijos verdad yo creo que el Derecho de Familia todavía no alcanza como una pretensión única que digamos “sí mire esto es Derecho de Familia”, me parece que entra en el genérico de daños, de responsabilidad civil extra contractual, del 1045 del Código Civil y del artículo 41 de la Constitución Política, dentro del Derecho Civil (...) imagínese que aquí en Sede de Familia por ejemplo

se viniera a discutir la responsabilidad del padre por actos del hijo en la escuela, que causó daños en la escuela que rompió los pupitres y entonces viene la institución y le cobra esos daños al papá y que se diga “Ah es que era papá e hijo, es una relación familiar entonces la escuela le va a reclamar aquí en la sede de familia”, yo creo que no, eso es civil.”

En sentido contrario juristas como González (2012), opina que se debe descartar la vía ordinaria civil, ya que estamos frente a una problemática familiar:

“(…) puesto que el daño producido se da dentro de la relación paterno-filial, correspondiendo a los distintos juzgados de familia tramitar dicho proceso. Es así como el juez competente para tramitar estos casos es el de familia y no el civil, pues si bien se reclama un daño civil, por especialidad debe gestionarse ante la jurisdicción de familia. Lo anterior se encuentra establecido por el 8 del Código de Familia.”

Por su parte, la Dra. Shirley Víquez Vargas, Jueza de Familia, opina que la causa que origina la posibilidad de que una persona acuda a la jurisdicción de familia a pedir el resarcimiento, es lo que debería determinar cuál de las dos jurisdicciones (Civil o Familia) es la que es competente para conocer el asunto. (S. Víquez, comunicación personal, 08 de mayo de 2015).

Según su parecer es un tema netamente del interés superior de la persona menor de edad, que es la que eventualmente se está viendo perjudicada y cree que eso es lo que origina que el proceso se deba conocer en la vía familiar y la causa que origina la existencia del proceso per se es de índole familiar y por eso es que debe conocerse en la jurisdicción de familia, porque la persona perjudicada con la conducta dañosa es una persona menor de edad y el daño a nivel general y toda la circunstancia que el juez va a resolver es de familia, porque el menor va a reclamar la responsabilidad de sus padres, y ya eso tiene que ver con la familia propiamente. (S. Viquez, comunicación personal, 08 de mayo de 2015).

Por último considera la Jueza que se debe tomar en cuenta, además, que este tipo de reclamos deben plantearse en un proceso ordinario, como pretensión principal, porque este tipo de pretensiones requieren más contradictorio, ya que el proceso ordinario es un proceso estructurado para que las partes tengan mayor posibilidad de establecer una demanda, de poder controvertirla con plazos más largos (30 días para contestar la demanda) lo cual considera más racional y proporcional, señala:

“(..) una demanda de esas bien hecha, con una pretensión de tal envergadura se las trae, el abogado de la parte demandada va a requerir buen tiempo para contestar y me parece a mí que un mes es más atinado que en un proceso especial de filiación que son 10 días, por ejemplo para

contestar una demanda, además de que me parece a mí que la estructura procesal del proceso ordinario, que actualmente es escrita, permite un mayor contradictorio a las partes, mayor amplitud de plazos, y mayor amplitud de aportación de medios probatorios, eso no lo permiten los procesos abreviados. El proceso de filiación por ejemplo, tiene una estructura diferente, es oral, con plazos muy cortos, la ley incluso no permite una audiencia de contraprueba como si lo regula el proceso ordinario, o la posibilidad de una eventual reconvencción.” (S. Viquez, comunicación personal, 08 de mayo de 2015).

Concluye Viquez que la especial circunstancia de este tipo de pretensión en específico, amerita ser conocida en el proceso ordinario que es el que se adecua más al trámite procesal. (S. Viquez, comunicación personal, 08 de mayo de 2015).

La misma opinión la comparte la jurista MSc. Ana María Trejos Zamora, del Bufete Hidalgo Trejos & Chin Wo, quien con su amplia experiencia como litigante y Ex Jueza de los Juzgados de Familia de Cartago y San José, Ex Jueza del Tribunal de Familia y Ex Magistrada Suplente de la Sala Segunda, opina que la vía correcta para plantear el reclamo es la vía de familiar, pero no por la vía ordinaria, sino en una de las ramas integradas que componen la jurisdicción de familia, como lo es el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia. (A. Trejos, comunicación personal, 08 de mayo de 2015).

Planteamiento interesante que de seguido estudiaremos, para conocer a fondo cual sería el marco jurídico que permitiría el reclamo en este juzgado.

Sección II: Marco jurídico para el reclamo de responsabilidad por daño procreacional ante el Juzgado de Familia, de Niñez y Adolescencia.

Los asuntos que conoce el Juzgado de Niñez y Adolescencia son todos los asuntos en materia de niñez (0 meses a hasta los 18 años), que no impliquen disputas entre progenitores.

Entre las pretensiones que conoce esta jurisdicción están:

- Medidas de protección de los derechos de las personas menores de edad.
- Suspensión de la autoridad parental.
- Declaraciones de Abandono Judicial.
- Adopciones Nacionales.
- Adopciones Internacionales (Competencia a nivel nacional).
- Administración de bienes de personas menores de edad.
- Tutela.
- Diligencia de utilidad y necesidad.
- Depósito Judicial.
- Procesos de restitución internacional.

Todas estas pretensiones fueron determinadas por vía jurisprudencial, mediante el voto 1199-04 del Tribunal de Familia de las 11:50 horas del 15 julio de 2004, ante la ausencia de regulación sobre competencia y tomando en cuenta los principios que llevaron a la creación del juzgado especializado.

El Tribunal explica en el voto que:

“(...) debe entenderse por ejemplo que una suspensión de patria potestad incoada por un progenitor contra el otro, corresponde al Juzgado de Familia; pero si lo que ocurre es que los progenitores son demandados por el Patronato Nacional de la Infancia u otra persona o ente legitimados este asunto corresponde ser tramitado y resuelto por el Juzgado de Niñez y Adolescencia.”

De este modo, podríamos interpretar que cualquier demanda de responsabilidad por daño procreacional interpuesta por el menor contra sus padres, o por su patrocinio en contra de ambos progenitores, deberá necesariamente conocerse en el Juzgado de Niñez y Adolescencia.

En apoyo a esta posición encontramos que la Sala Constitucional, mediante el voto N° 2009-11098, de las 12:35 horas del 10 de julio de 2009, ha abierto la posibilidad de flexibilizar la competencia territorial de la jurisdicción de familia, en

los casos en los que se ventilen intereses de la persona menor de edad, en atención a los principios que protegen el interés superior de esta población, recogidos en los artículos 3 del Convención Sobre los Derechos del Niño y 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia:

“(…) no hay razón alguna que justifique que el tema de la fijación de la competencia, no pueda ser abordado de una manera más flexible con el fin de tutelar adecuadamente los derechos de los menores de edad involucrados en el proceso.”

Este voto, si bien se enfoca en la competencia territorial, de los juzgados de familia, deja abierta la posibilidad de que se flexibilice también la competencia por materia o específicamente por pretensiones, permitiendo al damnificado menor de edad o su representante que atendiendo al interés superior del menor, plantee el reclamo por el Juzgado de Niñez y Adolescencia, siendo esta la jurisdicción técnicamente especializada para garantizar que se respeten los derechos procesales de la persona menor de edad, pese a que, procesalmente, este Juzgado no pueda tramitar procesos ordinarios (Véase también los votos N° 156 de las 13:22 horas del 19 de febrero de 2015 y N° 236 de las 13:23 horas del 10 de marzo de 2015 del Tribunal de Familia, que también han resuelto en favor de la flexibilización de la competencia en materia de familia).

Este sustento normativo refuerza la tesis de la MSc. Ana María Trejos, quien considera que:

“(…) con sustento en los principios que informan el Código de Niñez y Adolescencia, que a su vez desarrolla la Convención, es factible plantear en la vía abreviada este tipo de pretensiones, la que en mi criterio debería ser en la Jurisdicción especializada de Niñez y Adolescencia. (A. Trejos, comunicación personal, 08 de mayo de 2015).

Resulta merecedora de apoyo esta posición y nos inclinamos a aceptar como válida la tesis en el presente trabajo, pero con una salvedad, se apoya la posición en los supuestos en los que sean ambos progenitores los demandados, y estemos hablando que el damnificado sea una persona menor de edad.

Si la persona afectada, interpone el reclamo después de cumplida la mayoría de edad, o en los supuestos en los que es uno de los padres el que representa los intereses del damnificado contra el otro padre y existe un conflicto de intereses, consideramos que debe plantearse el reclamo ante el Juzgado de Familia, a través de un proceso ordinario.

Para concluir la presente investigación pasaremos a analizar cuales serían los sujetos legitimados para plantear el reclamo.

Sección III: Sujetos Legitimados para establecer el reclamo.

A) Titular directo del reclamo y su representación:

Para iniciar con el estudio de los legitimados para interponer la acción en favor del damnificado, en supuestos de daño procreacional, debemos empezar por entender ¿qué es la legitimación procesal?

La legitimación procesal o legitimación *ad procesum* se define como:

“(...) la facultad de poder actuar en el proceso como actor, como demandado o como tercero, o representando a éstos.” (Campos, 2000, p.199).

Señala Campos (2000), que el concepto de legitimación procesal debe distinguirse de la capacidad jurídica, porque esta es una cualidad de la persona que presupone atributos determinados, y la legitimación es la situación de la persona respecto al acto o la relación jurídica.

“(...) La legitimación es la idoneidad de la persona para actuar en el juicio, inferida no de sus cualidades personales sino de su posición respecto del litigio”. (Campos, 2000, p.199).

Esta legitimación procesal puede ser activa o pasiva, según sea la parte de que se trate en el proceso, actor o demandado.

Sobre la legitimación *ad procesum* activa, que es la que nos interesa, se ha dicho que es:

“(...) la potestad legal para acudir al órgano jurisdiccional con la petición de que inicie la tramitación del juicio o de una instancia.” (Campos, 2000, p.199).

Y se produce cuando:

“(...) el derecho que se cuestionará en el juicio es ejercitado en el proceso por quien tiene aptitud para hacerlo valer, bien porque se ostente como titular de ese derecho o bien porque cuente con la representación legal de dicho titular.” (Campos, 2000, p.199).

Ahora bien, en el supuesto de estudio, podemos partir de que el legitimado directo para interponer la acción es el propio damnificado, que podría ser una persona menor de edad o no, pues podríamos pensar en la posibilidad de que la persona que sufre el daño lo reclame una vez cumplida la mayoría de edad.

Al respecto nos aclara el Juez Mauricio Chacón que:

“Aquí es un tema interesante porque el Código Civil fue reformado para establecer que el plazo de prescripción comienza a correr a partir de que adquiere la mayoría de edad. Aquí simplemente durante toda la minoría de edad no corre prescripción y ya siendo mayor la persona tendría al menos 10 años para intentarlo. Recordemos que la prescripción es un instituto jurídico que protege el valor de la seguridad, pero que solamente se decreta por invocación de parte. Entonces si la persona se le ocurre a los 40 años ir a presentar una demanda sobre los daños que se le provocaron cuando él estaba en período de concepción y hoy en día lo reclama. Habría que darle curso, no es un tema sujeto a caducidad, no es una pretensión, si no le alegan la prescripción procede la condena.”

También nos enfrentamos ante el supuesto en que la persona menor de edad tenga la aptitud o el raciocinio suficiente para incoar la acción por sí mismo, lo que nos hace pensar en si la persona menor de edad, necesita o no representación para plantear el reclamo, al respecto el Juez Mauricio Chacón opina que:

“Estamos invisibilizando la figura del niño. Desde la Convención sobre los Derechos del Niño, estamos claros de que el niño no es un objeto que el Derecho deba proteger sino que es un sujeto, y como sujeto es titular de

derechos (...) siguiendo la tesis procesal civilista una persona menor de 18 años requiere un representante, en cambio en una teoría procesal familiar una persona menor de 18 años cuya madurez le haga entender la trascendencia del proceso y las consecuencias del proceso no necesita representante, actúa por sí misma.” (M. Chacón, comunicación personal, 22 de mayo de 2015).

Lo que menciona Chacón, está regulado en el artículo 108 del Código de Niñez y Adolescencia:

“Artículo 108.- Legitimación para actuar como partes.

Cuando en los procesos judiciales esté involucrado el interés de una persona menor de edad, estarán legitimados para actuar como partes:

a) Los adolescentes mayores de quince años, personalmente, cuando así lo autorice este Código y en los demás casos, serán representados por quienes ejerzan la autoridad parental o por el Patronato Nacional de la Infancia cuando corresponda.

b) Las organizaciones sociales legalmente constituidas, que actúen en protección de las personas menores de edad, cuando participen en defensa

de sus representados y exista interés legítimo. Asimismo, estas organizaciones podrán actuar como coadyuvantes para proteger los derechos de sus beneficiarios en el cumplimiento de este Código.”

Entenderíamos entonces que, en principio, si el legitimado directo es una persona menor de edad, dependiendo de su edad, raciocinio y grado de madurez, podría incoar personalmente el reclamo en contra de sus progenitores.

En caso de que la persona menor de edad, requiera representación ¿quién ejercería la misma?

De conformidad con los artículos 36, 43, 102 y 103 del Código Civil; 443 del Código Procesal Civil y artículos 140, 175 y siguientes del Código de Familia, las personas menores de 12 años no tienen capacidad de ejercicio o capacidad procesal, por lo que deben ser representados por sus padres, por un tutor en caso de suspensión de la patria potestad o un curador especial, independientemente de su condición de ofendido.

Señala expresamente el artículo 140 del Código de Familia lo siguiente:

Artículo 140.- Compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente. En caso de que exista

entre ellos opuesto interés, los hijos serán representados por un curador especial.

Entendemos entonces que al menor lo representan en primer lugar sus padres, en caso de suspensión de la autoridad parental, la representación la puede ejercer su tutor, que en orden de prioridad y conforme al artículo 176 del Código de Familia, puede ser nombrado vía testamentaria, o designado legalmente (tutela legítima), que de conformidad con el artículo 177 del Código de Familia, será ejercida por:

- “1) Los abuelos;
- 2) Los hermanos consanguíneos; y
- 3) Los tíos.

Cuando hubiere varios parientes de igual grado debe el Tribunal nombrar tutor al pariente que reúna las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el menor, solvencia, idoneidad y preparación que constituya una garantía para el desempeño satisfactorio de su cargo.

En la tutela del hijo habido fuera del matrimonio serán llamados, en el orden expresado, los parientes de la línea materna.”

En el caso de la representación ejercida por curador especial, de personas mayores de edad declaradas en estado de interdicción, las normas de los artículos 867 al 870 del Código Procesal Civil, prevén la posibilidad de nombrarles un curador especial que los represente, siendo este un abogado nombrado de la lista del Poder Judicial.

Pero en el caso de menores de edad, en relación con el curador especial que deberá representarlo, en ausencia de tutor y ante el conflicto de intereses entre sus padres, surgen nuevas interrogantes:

- a) ¿Cómo se resuelve el tema de la representación, en los supuestos de filiación dentro del matrimonio? Ya que ambos padres ejercen la representación del menor, y ante una acción incoada por uno de ellos, en representación del menor, en contra de su conyuge, habría un conflicto de intereses; y
- b) ¿Quién ejercería la representación del menor, en caso de conflicto o intereses opuestos entre los padres o en los supuestos en que la acción se dirija en contra de ambos progenitores?.

Opina la MSc. Ana María Trejos, que en estos casos la representación la ejercería el Patronato Nacional de la Infancia (PANI), a través de sus abogados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Constitución Política, que indica:

"La protección especial de la madre y el menor estará a cargo de una Institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de otras instituciones del Estado".

Menciona Trejos que el Patronato Nacional de la Infancia realiza su labor amparado en normativa nacional e internacional que se deriva principalmente de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Costa Rica en 1990, el Código de la Niñez y la Adolescencia (No. 7739) y su Ley Orgánica (No. 7648) de 1996, que constituyen el marco legal mínimo para la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia en Costa Rica, de la cual se derivan los principios de la doctrina de protección integral, entre ellos su derecho al acceso a la Justicia. (A. Trejos, comunicación personal, 08 de mayo de 2015).

Esta posición se refuerza con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, el cual dispone que es atribución de la institución:

“l) Representar legalmente a los menores de edad que no se encuentren bajo autoridad parental ni tutela, así como a quienes estén bajo la patria potestad de una persona no apta para asegurarles la garantía de sus derechos.”

También lo dispone el artículo 111 del Código de Niñez y Adolescencia:

“Artículo 111.- Representación del Patronato Nacional de la Infancia.

En los procesos judiciales y procedimientos administrativos en que se involucre el interés de una persona menor de edad, el Patronato Nacional de la Infancia representará los intereses del menor cuando su interés se contraponga al de quienes ejercen la autoridad parental. En los demás casos, el Patronato participará como coadyuvante.”

Del mismo criterio es el Juez Mauricio Chacón, quien considera que es el Patronato Nacional de la Infancia, el ente encargado de representar a la persona menor de edad, y además ejercer medidas de protección a su favor. (M. Chacón, comunicación personal, 22 de mayo de 2015).

Por su parte, la Jueza Shirley Víquez, opina que:

“Obviamente el menor que es el damnificado directo, y como hay un interés contrapuesto entre el niño y sus padres pues hay que buscar una institución, que sería el Patronato Nacional de la Infancia, a través de uno de sus abogados, para que represente al niño y se elimine el conflicto de intereses que evidentemente va a existir en el proceso.”

De este modo, queda claro que en los supuestos en los que el Patronato Nacional de la Infancia intervendría como representante del menor, para ejercer el reclamo, serían los siguientes:

- A) Los supuestos en que los padres del menor tengan suspendida la autoridad parental y no exista tutor para la persona menor de edad.
- B) En los supuestos en que exista un conflicto de intereses entre los padres o entre el niño y ambos progenitores.

Ahora, para concluir, analizaremos si existen otros titulares del reclamos, que pudieran interponer la acción, ya no en representación del menor, sino como damnificados indirectos del daño procreacional.

B) Titulares indirectos del reclamo.

Como se definió en el punto a de esta sección, el titular directo del reclamo es el hijo damnificado, pero puede haber otros perjudicados, dependiendo de los escenarios, que pueden ser co-titulares de derecho.

Nos señala el Juez Mauricio Chacón algunos ejemplos:

“(…) Si los abuelos tuvieron que cubrir por los gastos adicionales que tuvo el niño a raíz del descuido en el cuidado del embarazo. Toda persona que haya sufrido un menoscabo, puede intentar una reparación del daño. Aunque el titular directo sea el menor, aquí se ve lo que se deriva por ejemplo, si yo atropello a un señor que tenía un hijo, a mí me pueden condenar a pagarle pensión a ese niño. Al niño yo no le hice nada, sin embargo al matar a su papá le produce un daño.”

Se refiere Chacón a un daño indirecto o consecuencial, que haya afectado a terceros. Podríamos estar hablando de daños patrimoniales o daños a la persona y sus intereses morales, lucro cesante y hasta pérdida de chance, sufridos por un familiar del menor, que no sean sus padres y que hayan ejercido la tutela del menor recién nacido, o durante su infancia e incurran en gastos de manutención, hayan invertido tiempo o incluso abandonado su trabajo para atender al menor.

Los supuestos pueden ser muchos, al igual que los legitimados, por lo que no ahondáremos en ejemplos, considerando que es suficiente hacer referencia a esta posibilidad.

Lo importante en estos supuestos sería determinar en cada caso concreto que el daño procreacional sufrido por la persona menor de edad, haya afectado de manera indirecta los bienes jurídicos de esas terceras personas, es tema en el que resulta probar el nexo causal entre la conducta o situación que motiva la lesión y el daño que sufre esta víctima indirecta.

Reiterando las palabras del autor Pérez (1994):

“(...) el daño debe ser consecuencia directa e inmediata de la conducta.”
(p.401).

Debe poderse atribuir el resultado dañoso a los padres y determinar la extensión del resarcimiento, labor que le correspondería al Juez de Familia.

Sección IV. Conclusión.

Una vez concluido el presente capítulo, podemos contestar afirmativamente la hipótesis de esta tesis, respondiendo que sí es posible en Costa Rica reclamar a los padres responsabilidad por daño procreacional, el reclamo estaría amparado en las normas de los artículos 41 Constitucional y 1045 del Código Civil, así como en los principios generales del Derecho Civil sobre responsabilidad extracontractual, sin necesidad de aplicar interpretaciones integrales y extensivas. Además este reclamo puede ejercerse a través de la de la vía jurisdiccional de familia, pero con las siguientes aclaraciones:

1. Si el damnificado es una persona menor de edad, y el reclamo contra los progenitores es incoado por el propio menor o su representación, sea el Patronato Nacional de la Infancia o un tutor, corresponde al Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia el conocimiento del asunto.
2. Si la persona afectada, interpone el reclamo contra sus padres, después de cumplida la mayoría de edad, o en los supuestos en los que exista un conflicto de intereses entre los padres (supuesto en el que uno de los padres plantea el reclamo contra el otro progenitor, teniendo ambos la autoridad parental), consideramos que debe plantearse el reclamo ante el Juzgado de Familia, a través de un proceso ordinario.

En cuanto a los sujetos legitimados para interponer la demanda, concluimos que el principal legitimado es la persona que sufrió el daño procreacional de manera directa, que puede ser menor de edad o inclusive haber cumplido la mayoría de edad, pues el plazo de prescripción para incoar la acción empieza a correr desde el momento en que cumple 18 años.

Esta persona damnificada, siendo menor de edad, puede ejercer la acción a través de un representante legal, que puede ser:

- A. Uno de sus progenitores, en ejercicio de su autoridad parental.

- B. Un tutor, en caso de que sus padres hayan fallecido o tengan suspendida la autoridad parental. Este tutor puede ser una persona designada mediante testamento o designado legalmente, dando prioridad a sus abuelos, hermanos consanguíneos y tíos.

- C. El Patronato Nacional de la Infancia, en los casos en que su interés se contraponga al de quienes ejercen la autoridad parental, en los demás casos podrá actuar solo como coadyuvante.

También podrían existir legitimados indirectos, que podría ser cualquier persona, que haya sufrido un daños como consecuencia indirecta del daño procreacional, pueden ser familiares del menor que hayan ejercido la tutela e incurran en gastos de manutención, hayan invertido tiempo o incluso abandonado su trabajo para atender al menor.

EXCURSUS

Con el presente trabajo de investigación no se pretende agotar el tema de la responsabilidad en el Derecho de Familia en general, ni tampoco el asunto de la responsabilidad de los padres por daño procreacional, al contrario, es apenas un acercamiento al tema, con la intención de iniciar su discusión en la Facultad de Derecho y se prevee que sirva de antesala para futuras investigaciones sobre el tema, ya que los supuestos en los que se puede ubicar la responsabilidad de los progenitores y de terceros civilmente responsables es basta.

Se exorta a los lectores, estudiantes e interesados en el tema a ahondar más en la materia, máxime que existe escasa doctrina en material de daños en el Derecho de Familia en Costa Rica.

CONCLUSIONES GENERALES

Finalizado el presente trabajo de investigación, procedemos a recapitular las conclusiones más importantes:

1. El tipo de responsabilidad aplicable a los padres, por los daños que hipotéticamente pudieren causar a sus hijos durante el periodo que va desde su concepción hasta su nacimiento, sería extracontractual subjetiva directa, que tiene como criterio de imputación la culpa, que en sentido civil, se conceptúa como toda aquella conducta dolosa, negligente, imprudente o falta de pericia.

2. Los presupuestos generales para que se constituya este tipo de responsabilidad son:
 - ✓ La existencia de una conducta antijurídica o ilícita.
 - ✓ El daño, lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.
 - ✓ Un nexo causal que vincule la conducta con el daño.
 - ✓ La comprobación del factor de atribución, en este caso la culpa (dolo, negligencia, imprudencia o impericia).

3. Los padres, a quienes se les atribuya este tipo de responsabilidad, pueden ampararse en las siguientes defensas, las cuales los liberaría del deber de indemnizar: a) demostrando que se tuvo el cuidado y la diligencia debida, b) demostrando que nunca existió un nexo de causalidad entre su conducta y el daño sufrido por su hijo, c) probando la existencia de alguna causal de exoneración de responsabilidad civil antes vistas, conocidas en doctrina como “causas extrañas”: fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima; d) probando la existencia de alguna causa de justificación del daño: legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber.

4. El daño resarcible debe entenderse como toda lesión a intereses patrimoniales o extramatrimoniales jurídicamente relevantes (bienes jurídicos), que a su vez son tutelados por el ordenamiento jurídico.

5. El “bien jurídico” lesionado debe entenderse, en sentido amplio, por lo que puede ser cualquier objeto de satisfacción, puede tratarse de cosas, derechos, bienes inmateriales con valor económico, así como también, puede tratarse del cuerpo humano, la salud, la integridad física, el proyecto de vida, la intimidad o el honor.

6. El daño resarcible debe cumplir con una serie de características generales:
 - a) debe ser injusto, quiere decir que debe ser ilícito o contrario al Ordenamiento Jurídico, b) debe existir certeza de este daño, debe ser real, efectivo, no presunto ni hipotético (con la salvedad previamente analizada, en relación con el daño moral, cuya determinación surge del hecho mismo (*in re ipsa*), c) daño debe recaer sobre un interés propio, con lo que se interpreta que solo la persona que sufrió el daño (personalmente o, a través de un representante (curador, tutor, apoderado), podría reclamar su resarcimiento. Con la salvedad de todos aquellos daños reflejos, e) debe subsistir al momento en que la autoridad ordene su reparación, quiere decir que si el daño fue reparado con anterioridad, solo procederá su compensación dineraria.

7. Existen tres tipos daños reconocidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que son: a) el daño material, que a su vez podemos dividir en: daño emergente: que es toda aquella pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, es decir, un empobrecimiento del patrimonio, lucro cesante: que son todas aquellas ganancias netas frustradas a raíz del evento atribuible al civilmente responsable, b) el daño a las personas y sus intereses morales, que puede expresarse como todo aquel dolor o toda aquella angustia física o espiritual que sufre una persona, por afectación físico motora, afectación en su desarrollo, en aspectos de su sexualidad,

en su vida familiar, en su libertad o en su dignidad, c) la pérdida de chance, que debe entenderse como pérdida de una posibilidad seria y real de un evento favorable y que requiere para su determinación que se cumplan cuatro requisitos: 1- La preexistencia de una oportunidad favorable objetiva y seria, 2- Debe preexistir un álea (riesgo de no poder aprovechar la oportunidad favorable), 3- Debe existir un nexo causal entre acción dañosa y la pérdida de este chance, y 4- Debe haber certeza de la pérdida objetiva de esa oportunidad favorable.

8. El Derecho de Familia ha tenido una evolución en relación con el abordaje de la responsabilidad entre miembros de un núcleo familiar, lo cual ha influenciado enormemente la teoría de daños y ha permitido el reconocimiento, por parte de la mayoría de la doctrina especializada en el tema, de la responsabilidad por los daños acaecidos en el núcleo familiar.
9. Esta llamada “evolución”, surge a partir de la desaplicación del concepto de “inmunidad familiar” y de la defensa del derecho del damnificado a ser indemnizado, independientemente de que el daño se lo haya causado un familiar y se manifiesta de la siguiente forma: a) Prescindiendo de la antijuridicidad, o como presupuesto para el reconocimiento de responsabilidad, bastando solo con que el daño sea injusto, b) Adoptando el principio de reparación integral, c) Amplía la lista de legitimados para

reclamar la indemnización, d) Amparándose en una nueva perspectiva del daño moral, entendido ahora como un “daño a la persona y a sus intereses morales”, y e) Buscado siempre una condena equitativa al familiar que causó el daño, no perdiendo de vista al dañador.

10. Se defiende la posición en favor de la indemnización de padres a hijos, por los daños que les causen. Se reconoce la evolución que ha tenido el Derecho de Familia en los últimos años, que a su vez es reflejo de la evolución moral y humanista que ha tenido la sociedad occidental en las últimas décadas. Además es la posición más progresista, y es que hay que entender que el Derecho de Familia debe avanzar y superar viejos paradigmas para dar paso al reconocimiento de nuevas realidades, nuevos tipos de familia, nuevos derechos en el ámbito familiar, nuevos bienes jurídicos que proteger. El Derecho de Familia está para solucionar conflictos, no para obviarlos.

11. Una definición concreta y más completa de lo que sería el daño procreacional es la siguiente: **Daño Procreacional:** Es todo aquel menoscabo a la salud que sufre una persona durante el periodo que va desde su concepción hasta su nacimiento, a causa de factores genéticos como mutaciones, monosomías, trisomías o genes heredados por sus padres; o bien factores ambientales como medicamentos, sustancias

químicas, agentes físicos o infecciones a los que se vieron expuestos sus padres antes o durante la procreación; o bien enfermedades o hábitos tóxicos adquiridos o continuados por sus padres durante dicho periodo.

- 12.** Sí es posible reclamar a los padres la indemnización de los daños inferidos a la salud de sus hijos específicamente en el marco de la concepción natural, siempre y cuando se aborde el problema desde la perspectiva del moderno Derecho de Familia.

- 13.** Se elimina el requisito de la antijuridicidad o ilicitud de la conducta, como presupuesto básico para la existencia de responsabilidad civil objetiva, según la teoría clásica de daños. Obedeciendo a principios modernos del Derecho de Familia, como lo son: a) Defensa del derecho que tiene el damnificado a ser indemnizado, en concordancia con el interés superior del menor, con lo que se sobrepone el derecho del menor a nacer sano, sobre el derecho de los padres a procrear, b) Adopción del principio de reparación integral, a partir del cual el Derecho de Familia reconoce una extensa gama de daños a la persona y sus intereses morales, como por ejemplo el daño al proyecto de vida, c) Abandono de la teoría de “inmunidad parental” que en concordancia con el concepto de “paternidad responsable”, niegan la irresponsabilidad de los padres en el ámbito privado, obligando a estos a asumir las consecuencias que derivan de la relación sexual. No podrían

alegar estos el ejercicio de un derecho como causal de justificación. De este modo se supera la disyuntiva entre daño procreacional y derecho a la procreación.

- 14.** El acto procreacional, pese a considerarse lícito, se considera injusto e incluso podría presumirse antijurídico, por el simple hecho de causar un daño al menor.

- 15.** En relación con el requisito del daño, como presupuesto para el surgimiento de responsabilidad civil extracontractual subjetiva, podemos concluir que este existe, en supuestos de daño procreacional, fundamentándonos no importa si el menor sufre el daño antes de nacer (propriadamente al ser concebido), porque existe amplia normativa supra constitucional y legal que reputa a la persona nacida para todo lo que le favorezca, 300 días antes de su alumbramiento, y que ampara el derecho del niño a nacer sano, hablamos de los artículos 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); 24 de la Convención de los Derecho del Niño; 13 y 14 del Código de la Niñez y la Adolescencia y 31 del Código Civil.

- 16.** En cuanto a la relación de causalidad, bastará que se logre demostrar el menoscabo a la salud que sufre el hijo y que este fue provocado durante el

periodo que va desde su concepción hasta su nacimiento, a causa de factores genéticos como mutaciones, monosomías, trisomías o genes heredados por sus padres; o bien factores ambientales como medicamentos, sustancias químicas, agentes físicos o infecciones a los que se vieron expuestos sus padres antes o durante la procreación; o bien enfermedades o hábitos tóxicos adquiridos o continuados por sus padres durante dicho periodo, para que la responsabilidad le sea atribuida a su progenitores.

17. En relación al factor de atribución, está basado en la culpa (en sentido estricto), ya que difícilmente podría constituirse un dolo delictual, con una culpabilidad calificada por las circunstancias, aunque no se descarta del todo, hablamos de un efectivo y real conocimiento de la enfermedad por parte de los padres y el entendimiento por parte de estos del alto índice de transmitir la enfermedad o malformación genética.

18. Podemos contestar afirmativamente la hipótesis de esta tesis, respondiendo que sí es posible en Costa Rica reclamar a los padres responsabilidad por daño procreacional, el reclamo estaría amparado en las normas de los artículos 41 Constitucional y 1045 del Código Civil, así como en los principios generales del Derecho Civil sobre responsabilidad

extracontractual, sin necesidad de aplicar interpretaciones integrales y extensivas.

19. Además este reclamo puede ejercerse a través de la vía jurisdiccional de Familia, pero con las siguientes aclaraciones:

- a. Si el damnificado es una persona menor de edad, y el reclamo contra los progenitores es incoado por el propio menor o su representación, sea el Patronato Nacional de la Infancia o un tutor, corresponde al Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia el conocimiento del asunto.
- b. Si la persona afectada, interpone el reclamo contra sus padres, después de cumplida la mayoría de edad, o en los supuestos en los que exista un conflicto de intereses entre los padres (supuesto en el que uno de los padres plantea el reclamo contra el otro progenitor, teniendo ambos la autoridad parental), consideramos que debe plantearse el reclamo ante el Juzgado de Familia, a través de un proceso ordinario.

20. En cuanto a los sujetos legitimados para interponer la demanda, concluimos que el principal legitimado es la persona que sufrió el daño procreacional de manera directa, que puede ser menor de edad o inclusive haber cumplido la mayoría de edad, pues el plazo de prescripción para

incoar la acción empieza a correr desde el momento en que cumple 18 años.

21. La persona damnificada, siendo menor de edad, puede ejercer la acción a través de un representante legal, que puede ser:

- a. Uno de sus progenitores, en ejercicio de su autoridad parental.
- b. Un Tutor, en caso de que sus padres hayan fallecido o tengan suspendida la autoridad parental. Este tutor puede ser una persona designada mediante testamento o designado legalmente, dando prioridad a sus abuelos, hermanos consanguíneos y tíos.
- c. El Patronato Nacional de la Infancia, en los casos en que su interés se contraponga al de quienes ejercen la autoridad parental, en los demás casos podrá actuar solo como coadyuvante.

22. También podrían existir legitimados indirectos, que podría ser cualquier persona, que haya sufrido un daño como consecuencia indirecta del daño procreacional, pueden ser familiares del menor que hayan ejercido la tutela e incurran en gastos de manutención, hayan invertido tiempo o incluso abandonado su trabajo para atender al menor.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

LIBROS

Alpa, Guido (2006) *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. Primera Edición en castellano. Editorial Jurista Editores. Lima, Perú.

Barrantes Echavarría, Rodrigo (2013) *Investigación: Un camino al conocimiento, un enfoque cualitativo, cuantitativo y mixto*. Segunda edición. San José, Costa Rica. Editorial: EUNED.

Calvo Costa, Carlos (2004) *Daño Resarcible*. Primera edición. Editorial Hammurabi, Buenos Aires Argentina.

Diéz Picazo, Luis (1999) *Derecho de daños*. Editorial Civitas, Madrid, España.

Dutto, Ricardo (2006) *Daños Ocasionados en las Relaciones de Familia*. Primera Edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina.

Gherzi, Carlos, Resselto, Gabriela y Hise, Mónica (1999) *Derecho y Reparación de Daños. Tendencia jurisprudencial anotada y sistematizada. 2. Daños a la persona humana. Valor vida: Económico y extraeconómico*. Primera Edición. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina.

Medina, Graciela/Hooft, Irene (2002) *Daños en el Derecho de Familia*. Primera Edición, Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina.

Pérez Vargas, Víctor (1994) *Derecho Privado*. Tercera Edición (Revisada). Litografía e Imprenta LIL S.A. San José, Costa Rica.

Rodríguez López, Pedro (2004) *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Primera Edición. Editorial Bosch S.A, Barcelona, España.

Saux Edgardo y Muller Enrique (2005) *Responsabilidad Civil Contractual y Aquiliana*. Primera Edición. Editorial Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe. Argentina.

Tamayo Jaramillo, Javier (2007) *Tratado de responsabilidad Civil*. Tomo I. Segunda Edición. Legis Editores S.A. Bogotá, Colombia.

Torrealba Navas, Federico (2011) *Responsabilidad Civil*. Primera Edición. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica.

Zannoni, Eduardo A (2005) *El daño en la responsabilidad civil*. Tercera edición. Editorial Astrea.

TRABAJOS FINALES DE GRADUACIÓN

González Sepe, Óscar. Responsabilidad y daños por no reconocimiento de hijo extramatrimonial. Tesis de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2012.

ARTICULOS DE REVISTAS

Soto Castro, Rolando (2012) *Daños y perjuicios derivados de la ruptura de sponsales*. Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 9, enero de 2012. San José, Costa Rica.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Campos Díaz Barriga, Mercedes (2000) *Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*. Primera Edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. Ciudad Universitaria, México D.F. Documento Electrónico en formato PDF. Consultado en línea el 12 de mayo de 2015, desde <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3496/18.pdf> , págs. 199 a 200.

Castro Gabaldo, Martín (2011) *La responsabilidad de los padres por los daños producidos a sus hijos*. Tesis inédita. Publicación electrónica en la revista electrónica “Derecho y Cambio Social” número 25, año VIII, La Molina, Lima-Perú. Formato pdf. Consultado en línea el 1 de febrero de 2015, http://www.derechoycambiosocial.com/revista025/responsabilidad_de_los_padres_por_danos.pdf.

Diccionario de la Real Academia Española. Consultado en línea el 10 de agosto de 2014, desde <http://lema.rae.es/drae/?val=negligencia>.

Martínez-Frías. María Luisa (2003) *Defectos Congénitos de Origen Ambiental. Medidas Preventivas*. Texto revisado y actualizado de la edición de 2003 del Curso de prevención de deficiencias. Instituto Carlos III, Madrid, España. Publicación electrónica en formato pdf. Consultado en línea el 08 de febrero de

2015 en [http://riberdis.cedd.net/bitstream/handle/11181/2963/Defectos congenitos de origen ambiental.pdf?sequence=1](http://riberdis.cedd.net/bitstream/handle/11181/2963/Defectos_congenitos_de_origen_ambiental.pdf?sequence=1) , págs. 91 a 115.

Martínez, Norma. (2008) *Lecciones de Responsabilidad Civil*. Documento Electrónico en formato PDF. Consultado en línea el 22 de junio de 2014, desde <http://usuaris.tinet.org/aduspyma/rincon%20del%20abogado/Responsabilidad%20Civil%20Obligacion%20Indemnizadora+.pdf>.

Martín-Casals, Miquel/ Ribot Jordi. *Daños en Derecho de Familia: un paso a delante, dos atrás*. Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado. Universidad de Girona. Revista Electrónica, ADC, tomo IXIV, 2011, fasc. II, pág. 527. Versión en línea, consultada el 12 de enero de 2015, a las 10:49 horas, desde [http://www.unav.edu/matrimonioyfamilia/b/uploads/30030_Martin Ribot_ADC2011_Danos.pdf](http://www.unav.edu/matrimonioyfamilia/b/uploads/30030_Martin_Ribot_ADC2011_Danos.pdf).

López Herrera, Edgardo (2004) *Introducción a la responsabilidad civil*. Publicación electrónica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán, Argentina. Octubre de 2004. Formato PDF. Consultado en línea el 22 de junio de 2014, desde www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf.

Patiño, Héctor (2008) *Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano*. Revista de Derecho Privado N° 14, de la Universidad Externado de Colombia. Editorial de la Universidad Externado de Colombia. Consultado en línea el 24 de agosto de 2014, desde: <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/revistaDerechoPrivado/rdp14/hectorEduardoPatino.pdf>.

Poma Valdivieso, Flor de María (2012) *La Reparación Civil por Daño Moral en los Delitos de Peligro Concreto*. Documento Electrónico, en formato PDF, consultado el 12 de abril de 2015, desde <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c467898047544a3cbe9dff6da8fa37d8/6.+Poma+Valdivieso.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c467898047544a3cbe9dff6da8fa37d8>.

Preinfalk Lavagni, Ivonne (Sin fecha) *El Daño Moral en la Jurisprudencia de la Sala Primera*. Documento Electronico, en formato PDF, consultado en línea el 12 de abril de 2015, desde <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaprimera/Temas%20jurisprudenciales/Trabajo%20sobre%20da%C3%B1o%20moral.pdf>.

Tanzi, Silvia Y/ Papillú, Juan M (2011) *Daños y Perjuicios Derivados del Divorcio*. Revista Chilena de Derecho Privado, No 16, julio de 2011. Versión electrónica, consultada el 18 de enero de 2015 a las 22:22 horas, desde http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071880722011000100004&script=sci_arte xt.

JURISPRUDENCIA

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 112 de las 14 horas 15 minutos del 15 de julio de 1992.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 606 de las 04:10 horas del 07 de agosto de 2002.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 714 de las 04:20 horas del 18 de setiembre de 2002.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 766 de las 14:10 horas del 11 de octubre de 2002.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 859 de las 11:30 horas del 01 de noviembre de 2002.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 873 de las 11:05 horas del 04 de diciembre de 2007.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 00036 de las 09:15 horas del 16 de enero de 2014.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 846 de las 11:22 horas del 18 de diciembre de 2008.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia N° 562 de las 03:55 horas del 28 de mayo de 2009.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 0672 de las 11:59 horas del 01 de junio de 2011.

Tribunal de Familia, resolución N° 1199-04, de las 11:50 horas del 15 julio de 2004.

Tribunal de Familia, resolución N° 570 de las 8:30 horas del 29 de abril de 2010.

Tribunal de Familia, resolución N° 156 de las 13:22 horas del 19 de febrero de 2015.

Tribunal de Familia, resolución N° 236 de las 13:23 horas del 10 de marzo de 2015.

Tribunal de Casación Penal de San José, resolución N° 0418 de las 11:56 horas del 15 de mayo de 2003.

Sala Constitucional, resolución N° 2009-11098 de las 12:35 horas del 10 de julio de 2009.

NORMAS

Código Civil Francés. Consultado en línea el 22 de agosto de 2014 desde <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

Constitución Política de la República de Costa Rica. Consultada en línea el 22 de junio de 2014 desde http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=95479&strTipM=TC.

Código Civil de Costa Rica. Consultado en línea el 22 de junio de 2014 desde http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=95479&strTipM=TC.

Convención sobre los Derechos del Niño. Consultado en línea el 19 de abril de 2015, desde http://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_resources_textocdn.pdf.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Consultada en línea desde http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N°7739 de 6 de enero de 1998. Consultada en línea el 19 de abril de 2015, desde http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=43077&nValor3=86843&strTipM=TC.

ENTREVISTAS

Lic. Mauricio Chacón Jiménez, Juez del Tribunal de Familia de San José, 22 de abril de 2015, 10:00 am, en su oficina ubicada en el quinto piso del I Circuito Judicial de San José.

Dra. Shirley Víquez Vargas, Jueza de Familia, viernes 08 de mayo de 2015, 10:00 am, en su oficina, ubicada en el Juzgado Primero de Familia de San José.

Msc. Ana María Trejos Zamora, Litigante, ex jueza de familia, ex magistrada suplente de la Sala Segunda, viernes 08 de mayo de 2015, 06:00 pm, en su oficina, ubicada en el Bufete Hidalgo, Trejos & Chin Wo, ubicado sobre la radial a Zapote, entrando por Autos Bohío, 100 sur y 175 este.