

# **La responsabilidad por daños intrafamiliar frente a la vulneración del derecho a la preservación de las relaciones familiares**

María Victoria Schiro<sup>1</sup>

*“Fue el tiempo que pasaste con tu rosa lo que la hizo tan importante”*

*“El principito”*

*Antoine de Saint-Exupery*

## **I. Introito.**

La irrupción de la responsabilidad por daños en materia de relaciones paterno filiales, obedece a variadas razones, que no se ciñen únicamente a la insuficiencia de los remedios normativos, los cuales en la mayor parte de los casos resultan sancionatorios respecto del progenitor renuente, pero que no acuden a subsanar la esfera de derecho del hijo, sino también podemos afirmar que existen fundamentos sociológicos y axiológicos que completan el basamento de tales soluciones, todo bajo la perspectiva de una visión integrada de las ramas del mundo jurídico, como conformando un sistema.

La esfera de libertad necesaria para convertirse de individuo en persona, para personalizarse, significa la adjudicación de la pertinente temporalidad, y al Derecho Civil le incumbe la gran tarea para que cada individuo reciba la temporalidad que le corresponde<sup>2</sup>. La recomposición de la esfera de derechos del familiar, cuando no se ha resguardado adecuadamente el tiempo familiar del individuo, puede hallarse en las soluciones que brinda la responsabilidad por daños, que ante la privación del tiempo paterno filial acude a brindar una respuesta resarcitoria. Un régimen justo protege al individuo contra todas las amenazas, lo protege respecto del tiempo y a través del tiempo<sup>3</sup>, y también cuando ese tiempo le es arrebatado. Las reflexiones que siguen procurarán reflexionar sobre el remedio resarcitorio ante la privación del contacto en materia de responsabilidad parental, que si bien no acude a “devolver” el tiempo, propende a través de un medio no sancionatorio, a la “humanización” de la temporalidad familiar<sup>4</sup>.

## **II. La comunicación paterno filial frente a las situaciones de conflicto familiar.**

---

<sup>1</sup> Abogada Facultad de Derecho UNICEN. Profesora Adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones, Derecho Internacional Privado y Bioderecho, Facultad de Derecho UNICEN. Becaria Postdoctoral CONICET. Magíster en Derecho Privado, Doctora en Derecho, Facultad de Derecho, UNR. Vicedirectora del Centro de Estudios Jurídicos de la Persona y de la Familia, Facultad de Derecho, UNICEN.

<sup>2</sup> Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “La temporalidad y el Derecho Civil”, *Revista de Trabajos del Centro*, Nro. 4 (2000), p. 34.

<sup>3</sup> Op. cit., p. 35/36.

<sup>4</sup> Puede verse nuestro tratamiento *in extenso* del tema en: Schiro, María Victoria, *Responsabilidad por daños intrafamiliar. Hacia una armonización de los remedios propios del derecho de familia y la aplicación del sistema de responsabilidad a los daños causados entre familiares*, Tesis de Doctorado en Derecho (Facultad de Derecho, UNR) en proceso de revisión para su publicación, Editorial La Ley.

La situación de conflicto suscitada en el seno de la pareja parental, cuando trae aparejada la interrupción de la convivencia con el cónyuge o conviviente, pero también con los hijos, quiebra de algún modo el *continuum* en el desarrollo de las relaciones paterno filiales. Ello puesto que, en mayor o menor medida, se afecta el modo de desarrollar los deberes-derechos que hacen al contenido de la relación jurídica familiar. Por una parte, porque la convivencia familiar es en mucho facilitadora de la observancia espontánea de los mismos; y porque a su vez puede ocurrir que uno de los progenitores entorpezca o dificulte con su conducta su plena satisfacción. Este último supuesto acontece cuando el padre o madre no conviviente se sustrae voluntariamente al cumplimiento del deber de mantener contacto con su hijo; o bien, cuando quien detenta su cuidado impide el contacto del hijo con el otro progenitor. En suma, el conflicto gestado en la pareja atraviesa los muros de la relación entre adultos para repercutir en los hijos, con una posible y consecuente “instrumentalización” de los niños<sup>5</sup>.

Las meditaciones acerca de un adecuado ejercicio del derecho-deber de comunicación se centran entonces, precisa y particularmente, en las situaciones de crisis de la pareja parental. El progenitor no conviviente continúa detentando la titularidad de la responsabilidad parental, con todo lo que ello supone: la relación con el niño, participando en su educación y formación<sup>6</sup>. A la vez, la comunicación forma parte del elenco de derechos subjetivos familiares, caracterizados por ser correlativos y recíprocos; son correlativos, por cuanto existen entre dos sujetos unidos por vínculos de familia. Son recíprocos porque a cada derecho corresponde un deber, carácter que pese a presentar excepciones, hace que se los denomine derechos-deberes, o como prefiere Makianich de Basset, derechos funciones<sup>7</sup>. En el derecho español se lo ha considerado unánimemente, conforme cita la doctrina, como un derecho-deber, “...*marcado no sólo por el interés de los progenitores a relacionarse con sus hijos menores, interés que sin duda debe ser tutelado, sino también y sobre todo por la búsqueda del mayor beneficio para los hijos en virtud del principio favor filii, cuya influencia permanente en los procesos de ruptura matrimonial es obligada...*”<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Puede verse: Pinillos Dolader, C. – Fernández Vergara, S., “La instrumentalización del menor en los conflictos de pareja”, *Libro de Actas X Congreso Estatal de Infancia Maltratada*, Sevilla, 4, 5, y 5 de noviembre de 2010.

<sup>6</sup> Marín García de Leonardo, Teresa, “Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas”, en *Daños en el Derecho de Familia*, De Verda y Beamonte, José Ramón (Coordinador), Ed. Aranzadi, Navarra, 2006, p. 180.

<sup>7</sup> Makianich de Basset, Lidia N., “Marco normativo del derecho de visitas y derecho judicial. Incumplimiento y sanciones civiles y penales. El abuso del derecho”, *El Derecho* (t.143), p. 906/907. Repárese como ejemplo de las excepciones a la reciprocidad de los derechos subjetivos familiares, el derecho alimentario de los padres respecto de los hijos, que no es simétrico a la inversa.

<sup>8</sup> Marín García de Leonardo, Teresa, “Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas”, *Op. cit.*, p. 181. Así, a título de ejemplo, la SAP Sevilla del 7 de mayo de 2001, estableció un régimen de visitas acorde a las circunstancias de trabajo del padre, a efectos de conseguir “*el desarrollo integral de los menores y que éstos se relacionen de*

Ahora bien, en la base del derecho de comunicación paterno filial, se encuentra el derecho a la preservación de las relaciones familiares. La paternidad, afirma Ciuro Caldani, “... se diferencia en mucho de la mera “reproducción” de seres semejantes y es, en cambio, “pro-creación” que genera nuevas posibilidades vitales de proyecciones infinitas”<sup>9</sup>. El pleno desenvolvimiento de las proyecciones vitales que la relación parental propone, tiene como núcleo fundamental el “acceso” del niño a entablar, mantener y profundizar la relación con el progenitor. La relación personal entre un progenitor y su hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aunque haya cesado la convivencia entre los progenitores. Este derecho, que se desprende de la identidad en un sentido dinámico, vemos que opera en “ambos sentidos” en la relación intrafamiliar. Por lo que su inobservancia afecta el derecho del hijo, (tanto cuando uno de los padres se desentiende material y/o afectivamente del mismo, o bien cuando uno de los progenitores impide la comunicación con el otro), y, en este segundo supuesto, ataca a la vez el derecho del progenitor impedido. La obstrucción al contacto parental ha recibido mayor atención al momento de teorizar acerca de la resarcibilidad de tal actuar antijurídico; ello podría deberse, por un lado, a la circunstancia de haberse erigido en la legislación penal argentina como un delito<sup>10</sup>, y a la vez ser motivo de preocupación internacional, concitando la atención de Organismos internacionales, Estados y doctrinarios, frente a una realidad como la sustracción internacional de menores. Asimismo, el derecho reglamentario se ha ocupado *in extenso* de la captación normativa de remedios jurídicos ante su inobservancia, cuestión que analizaremos en lo que sigue, deteniéndonos en el estudio de la alternativa resarcitoria como respuesta jurídica.

### **III. La inobservancia del contenido de la responsabilidad parental en materia de comunicación. El recurso a la responsabilidad por daños cuando el derecho a la preservación de las relaciones familiares se ve afectado.**

Tal como explica Makianich de Basset, hay múltiples medios jurídicos, tanto preventivos como compulsivos, directos e indirectos de ejecución, sanciones civiles y penales, ante la inobservancia del contenido de la responsabilidad parental<sup>11</sup>. Entre los mismos se halla la apertura hacia la perspectiva

---

*una manera normal con su padre, a fin de que tengan la relación afectiva necesaria para su formación integral” (JUR 2001, 168197).*

<sup>9</sup> Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “El humanismo de la paternidad”, *Investigación y Docencia*, Vol. 16 (1990), p. 11.

<sup>10</sup> Ley 24.270. Sancionada el 3 de noviembre de 1993. Promulgada el 25 de noviembre de 1993. Fuente: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/668/norma.htm>

<sup>11</sup> Cita en su trabajo variados instrumentos, algunos de los cuales traemos a colación, a título de ejemplo: a) La intimación al cumplimiento ritual del convenio homologado o sentencia, bajo apercibimiento de astreintes, b) Aplicación de astreintes, c) Multas y sanciones pecuniarias a modo de una cláusula penal impuesta judicialmente, d) Intimación al cumplimiento bajo apercibimiento de modificar el régimen de tenencia, e) Modificación del régimen de tenencia, entregando ésta al “visitador”, si las circunstancias lo aconsejan, con o sin derecho de visitas para el ex-guardador. Makianich de Basset entiende que la

indemnizatoria, la cual nos conmina a determinar en cada supuesto, la reunión de los elementos de la responsabilidad, a efectos de considerar la viabilidad de la aplicación del sistema de responsabilidad civil frente a la inobservancia del contenido de la responsabilidad parental en materia de contacto, abordando asimismo, uno de los supuestos de resarcibilidad por incumplimiento de la relación de contacto y comunicación, como es la obstrucción al derecho de comunicación merced al obrar del progenitor que detenta el cuidado del niño y obstruye al otro padre la posibilidad de mantener contacto con su hijo, y recíprocamente; el otro supuesto, dado por el progenitor no conviviente que se desentiende afectivamente de su hijo y no mantiene comunicación con él, no será objeto de consideración particular, sin perjuicio de que, por comportar de igual modo la vulneración al contenido de la responsabilidad parental, y considerarlo resarcible, algunas de las reflexiones le serán aplicables.

### *Antijuridicidad*

En primer lugar, cabrá determinar cómo se construye la noción de antijuridicidad. Podemos estimar *a priori* que, a menos que asumamos una postura de inmunidad, y renunciemos a subsumir tales conductas contrarias a los deberes que emergen del vínculo paterno filial, en los elementos de la responsabilidad, cualquier conducta que vulnere el contenido de la responsabilidad parental puede asumirse como contraria al ordenamiento jurídico y los principios que lo fundan, independientemente de que a la postre se reúnan o no todos los elementos de la responsabilidad civil y nazca la obligación de responder por el daño causado. Ello en razón de que, de la normativa infra constitucional (puede verse arts. 7, 11 y concs. Ley 26.061, Ley 24.270), así como de la que emana de nuestro bloque constitucional (arts. 8, 9 inc. 3, 18, 19 y concs. Convención sobre los Derechos del Niño), se desprenden por un lado, las responsabilidades y obligaciones comunes e iguales de ambos padres en lo que respecta al cuidado,

---

utilización de esta medida debe ser moderada y con carácter excepcional, pero la resistencia inmotivada e irreductible constituye fundamento suficiente para modificar el régimen de tenencia, por cuanto en la consecución de sus propios fines mediante la obstaculización de las visitas, el guardador ha postergado el derecho del menor, a quien aquéllas también benefician. Makianich de Basset, Lidia N., “Marco normativo del derecho de visitas y derecho judicial. Incumplimiento y sanciones civiles y penales. El abuso del derecho”, Op. cit., pág. 911. Podemos hallar un ejemplo en nuestra jurisprudencia, a través de lo fallado por el Juez del Juzgado de Familia Nro. 3 de Rawson, en autos “G., F. c/ F., M. s/ Incidente de modificación de custodia” (Expte. N° 525/2009), de fecha 16/09/2009, donde el padre no conviviente deduce una pretensión cautelar dirigida a la modificación provisoria de la tenencia de su hijo de dos años. Surge del decisorio en cuestión, y en razón de ello dan razón al peticionante produciendo la modificación en el cuidado del niño, que la progenitora que detentara la tenencia asumió una conducta impediendo del contacto, siendo condenada al pago de astreintes por el incumplimiento del régimen de comunicación acordado; llevado dicho decisorio de aplicación de condenaciones conminatorias a la Alzada, éstas fueron elevadas en la segunda instancia. A ello debe sumarse la condena a la pena de seis meses de prisión en suspenso al encontrarse a la madre penalmente responsable del delito de impedimento de contacto. Otras consecuencias jurídicas derivadas de la inobservancia del contenido de la responsabilidad parental pueden ser: f) Si las conductas tipifican causales de privación de la autoridad paterna, la supresión de ésta, g) Condena al resarcimiento de los daños y perjuicios, etc.

desarrollo y educación integral de sus hijos. Aquí la inobservancia por parte de los progenitores de tales deberes, se erige claramente como antijurídica.

Ahora bien, es mediante el funcionamiento de la norma, que se van especificando los supuestos de obrar antijurídico. El operador jurídico va delineando, a través del reconocimiento, interpretación y aplicación, los perfiles de lo jurídico y lo antijurídico. Por tanto estimamos de interés traer a colación, por un lado, ejemplos de precedentes jurisprudenciales, en los que se ha planteado el incumplimiento del régimen de comunicación establecido judicialmente como consecuencia de una crisis matrimonial desde la perspectiva indemnizatoria, así como las posiciones doctrinarias y el perfil iusprivatista internacional que asume esta temática, que coadyuva a la caracterización del obrar contrario a Derecho en el particular género de supuestos que nos proponemos abordar.

El análisis de los precedentes jurisprudenciales debe partir de una sentencia del Tribunal de Roma, comentada tanto por doctrina nacional como extranjera<sup>12</sup>, que abre la puerta hacia la posibilidad de empleo de la herramienta resarcitoria. Respecto de la pretensión resarcitoria del padre, que reclamaba la reparación del daño biológico y el daño moral, estimó el juzgador que el comportamiento de la madre hacia el padre era injustificado e ilícito ante su reiterada negativa a que el padre viera al niño, siéndole imputable a aquélla la falta de posibilidad del actor de ejercer su derecho deber de visita hacia el hijo. En el particular aspecto del obrar contrario a derecho, tal como explicita Kemelmajer de Carlucci, el Tribunal se detiene en la antijuridicidad, aunque no usa tal terminología, estimando que las visitas estaban fijadas por sentencias judiciales y que la demandada ha actuado en contra de lo ordenado en esas decisiones. Entiende la jurista argentina que *“No puede discutirse que la obstrucción del derecho a mantener comunicación con el hijo es una conducta antijurídica. En el Derecho argentino, la contrariedad de esa conducta con el ordenamiento visto sistemáticamente es evidente, atento lo dispuesto por la ley 24.270 (...) Adviértase que la ley mencionada, con excesiva amplitud, no requiere (al menos expresamente) que las visitas hayan sido fijadas por sentencia judicial”*<sup>13</sup>. Refuerza al idea de obrar contrario a Derecho de tal conducta lo decidido por el Tribunal Supremo de España, con fecha 30/06/2009, con voto principal de la jurista española Encarna Roca Trías, que hace lugar a la demanda de daños y perjuicios del progenitor no conviviente contra la madre, por la privación impuesta por ésta de la relación padre hijo. Este decisorio, a decir de Marín García y López Rodríguez, recoge la doctrina

---

<sup>12</sup> Marín García de Leonardo, Teresa, “Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas”, Op. cit., p. 186 y ss. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana”, en *Revista de Derecho de Daños* 2001-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 285 y ss.

<sup>13</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída; Op. cit., p. 299/300.

del TEDH, y da carta de naturaleza al derecho de los padres a estar en compañía de sus hijos y a la reparación pecuniaria de la lesión de este derecho<sup>14</sup>. Así, el decisorio afirma que la madre "*... efectuó un acto contrario a derecho en un doble sentido, en primer lugar, impidiendo que el menor, su hijo, pudiese relacionarse con su padre, vulnerando así el artículo 160 CC, y en segundo lugar, oponiéndose a la ejecución de la sentencia que otorgaba la guarda y custodia del hijo a su padre, que conocía perfectamente porque en las diversas resoluciones reseñadas aparece actuando por medio de procurador. Por tanto, conociendo el contenido de las diversas sentencias que ella misma recurrió, debe considerarse que hubo una acción deliberada dirigida a cometer un acto consistente en impedir las relaciones paterno-filiales*"<sup>15</sup>.

Por otra parte, cabe efectuar ciertas consideraciones respecto de la obstrucción al contacto paterno filial, en el supuesto de que el caso presente elementos extranjeros. Afirma Perugini Zanetti que "*Las facilidades en el transporte, la tecnología que facilita las comunicaciones internacionales, las integraciones regionales y el libre comercio han incrementado los movimientos migratorios a los que las familias no son ajenas. Cuando la familia se traslada, uno de ellos suele regresar a su país de origen con el menor y lo retiene dejando al otro progenitor sin contacto personal con el hijo. O bien –si el traslado se realizó sin la familia- recibe al menor en el país de la residencia de éste, dentro del régimen de visita, lo traslada y no lo retorna. Cualquiera fuere la situación, ninguno de ambos se resigna a perder el contacto con sus hijos*"<sup>16</sup>.

La profundidad y recurrencia de tales problemas, y la repercusión negativa sobre el menor, la familia y la sociedad que estos desplazamientos producen, además de hallar eco en la comunidad académica, concitaron como dijimos la atención de organismos internacionales y Estados<sup>17</sup>, captándose las posibles soluciones a esta problemática en diversas normas contenidas en tratados internacionales. Específicamente sobre el tema de restitución internacional de menores<sup>18</sup>, la Argentina ha ratificado tres

---

<sup>14</sup> Marín García, Ignacio – López Rodríguez, Daniel, "Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo, *InDret* 2/2010.

<sup>15</sup> La plataforma fáctica in extenso, así como demás fundamentos del decisorio, pueden verse en el análisis que efectúa Herrera, Marisa, "Responsabilidad civil y Responsabilidad parental: daños por la obstrucción del derecho de comunicación entre padres e hijos. Los límites del Derecho", en *Diario "La Ley"*, Lunes 28 de febrero de 2011, p. 4-5.

<sup>16</sup> Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado*, Décima edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 550.

<sup>17</sup> Op. cit., pág. 550/551.

<sup>18</sup> Perugini efectúa la distinción entre los problemas de origen exclusivamente familiar, a los que se alude con el término de "restitución internacional de menores", "*... haciendo honor al objetivo perseguido que es la restitución al país del que fue ilegítimamente trasladado o al que no fue devuelto*", de aquellas situaciones en las que se da el traslado de menores al hilo de la comisión de un delito, fenómeno bautizado como "tráfico internacional de menores". Puede verse: Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado*, Op. cit.

acuerdos: el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, adoptado por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, el Convenio Argentino Uruguayo sobre protección internacional de menores de 1981, y la Convención interamericana sobre Restitución internacional de menores de Montevideo 1989<sup>19</sup>. A la vez, en el contexto europeo, por un lado podemos extraer del artículo 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>20</sup>, la participación activa que se le otorga al progenitor no conviviente en la formación de su hijo, coadyuvando tal normativa a apoyar la consideración del contacto como un derecho para el hijo, y un derecho-deber para el progenitor.

Entendemos que de la lectura de tales instrumentos, podemos desprender la caracterización de la conducta que se presenta como antijurídica, ya que tales normas contienen calificaciones autárquicas acerca de lo que el derecho de custodia y el derecho de visita son. A más de caracterizar la ilicitud del traslado, que en particular la Convención Interamericana lo califica como tal, cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor (art. 4). Y es de destacar que, tanto en el Convenio de La Haya, como en el Interamericano, se reserva igual procedimiento que el de restitución, cuando la solicitud tuviere por objeto hacer respetar el ejercicio del derecho de visita por parte de sus titulares (art. 21 Convención Interamericana, art. 21 Convenio de La Haya). Esto coadyuva a reforzar la idea de que, la violación de los derechos que derivan de la responsabilidad parental, cuando la víctima es el otro progenitor (pero indudablemente también el hijo, porque es el otro extremo de la relación jurídica familiar) tenga o no el caso elementos extranjeros, es un obrar contrario a derecho y por tanto antijurídico, por lo que tal elemento de la responsabilidad se encuentra configurado en el supuesto en examen.

#### *El factor de atribución*

Trasladando nuestra atención hacia la atribución del daño, advertimos que en materia de relaciones paterno filiales se renueva la discusión acerca del factor de atribución, y la búsqueda de normas que consagren estándares privilegiados, o bien que constituyan, sino un agravante, un criterio de

---

<sup>19</sup> Cabe asimismo destacar, la importante interacción en este aspecto del derecho de la integración, por cuanto mediante Decisión 6/92 del Consejo del Mercado Común, se recomienda a los gobiernos la ratificación de dicha Convención Interamericana <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec692.asp>. A la vez, pero ya en materia penal, el mismo órgano mediante decisión 007/2000, aprobó la “Complementación del plan general de cooperación y coordinación recíproca para la seguridad regional en materia de tráfico de menores entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile. Ver in extenso en <http://www.mercosur.int/show?contentid=3189>

<sup>20</sup> “Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

imputación exento de privilegios en la materia. Frente al paradigma constitucional tuitivo que en materia de niñez y adolescencia consagra el ordenamiento argentino, cabe preguntarnos cuál será la postura que el operador jurídico debe asumir ante la atribución del daño causado, en el marco de las reclamaciones indemnizatorias que provengan del contenido de la responsabilidad parental. ¿Asumiremos que al derecho sólo corresponde establecer las condiciones mínimas que deben ser respetadas en el ejercicio del rol parental (p.ej., reglas sobre prestación de alimentos, escolarización obligatoria, atención sanitaria, requisitos de contratación laboral, etc.) pero no debe permitir que un juez o tribunal puedan revisar *ex post* el ejercicio de aquella discrecionalidad, salvo que hayan rebasado el umbral de la culpa grave o que la conducta sea dolosa (en cuyo caso no puede hablarse ya de discrecionalidad)<sup>21</sup>? Repárese, y a título de ejemplo, que el ordenamiento normativo ibérico contiene reglas de atenuación o estándares privilegiados, que algunos autores, ante la carencia de norma que los fije en otro tipo de conductas dentro de la relación familiar, procede a la elaboración por el recurso a la analogía. En nuestro ordenamiento normativo vigente, podemos advertir que, a más de carecer de una norma semejante que fije una responsabilidad limitada a la culpa grave o al dolo, podemos reconocer en el marco de la reglamentación de los derechos de los NNA, una norma que a nuestro criterio constituye la base de las reflexiones a este respecto. Y es la contenida en el artículo 3º, último párrafo de la ley 26.061, que establece: “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”. Asimismo, el respeto que los artículos 3, 5 y concordantes de la Convención sobre los Derechos del Niño, reconocen a los derechos y deberes de los padres en el ejercicio de su función parental, claramente tienen como límite el interés del niño, niña o adolescente.

Atento a las premisas anteriormente esbozadas, en el marco de nuestro ordenamiento normativo no resulta aplicable tal límite de la responsabilidad cuando lo que se vulnera es el contenido de la responsabilidad parental. No hay margen de discrecionalidad al momento de mantener contacto con el hijo, o de permitir que el otro progenitor no conviviente mantenga comunicación con el mismo. Se cumple adecuadamente o no se cumple. Hay siempre al menos un actuar culposo al obstruir que se contacte con su progenitor, o al no visitarlo. Puede que su inobservancia responda a una causa de justificación. En tal caso no estaremos ya discutiendo su atribución. **Pero si no media razón que**

---

<sup>21</sup> Ferrer Riba, Josep, “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, *InDret* 4/2001, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, [www.indret.com](http://www.indret.com), p. 17.



**justifique la inobservancia, la conducta le es atribuible**<sup>22</sup>. Ello deriva de una interpretación sistemática de las normas implicadas en este género de supuestos, que en función de su carácter tuitivo, estiman preeminentes los derechos del hijo y correlativos deberes de los padres, por sobre la invocación de cualquier derecho o intereses de los progenitores, que entren en conflicto con la plenitud del goce de aquellos.

#### *El daño*

No nos caben dudas de que el derecho a la preservación de las relaciones familiares de los niños, que se desprende del derecho a la identidad, resulta un derecho fundamental tanto del padre como del hijo, y su inobservancia lesiona el interés de actuar hacia intereses no patrimoniales, configurándose de tal modo un daño moral resarcible, el cual surge *in re ipsa*.

En la materia específica de las pretensiones indemnizatorias de daño moral por obstaculización de un adecuado régimen de comunicación, se han expedido, tanto en el ámbito de la jurisprudencia comparada como local, por lo que analizaremos brevemente el contenido particular y los parámetros de cuantificación del daño moral que se entendió configurado y pasible de resarcimiento. En primer lugar, encontramos la sentencia del Tribunal Supremo Español del 30/06/2009 ya citada, por cuanto nos acerca precisiones de los derechos vulnerados y la específica afectación que viabiliza la reparación de tales detrimentos. Así, el TS trae a colación supuestos en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado configurado el daño moral, y pese a que el condenado a pagar los costes haya sido el Estado, puede extraerse de tales fallos la doctrina según la cual constituye una violación del **derecho a la vida familiar** reconocida en el Convenio, el impedir que los padres se relacionen con sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio<sup>23</sup>. En función de tales consideraciones entiende que el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la

---

<sup>22</sup> Así, podemos citar a título de ejemplo lo esbozado por Ferrer, quien entiende que el deudor alimentario incurrirá en incumplimiento doloso o culposo de la obligación, ante la falta de pago de una prestación alimentaria fijada, a menos que tal inobservancia esté justificada por causas extrañas a la voluntad del deudor. Entiende que debe probar su imposibilidad de cumplir, y la ausencia de culpa de su parte, sosteniendo que para liberarse debe demostrar prácticamente la existencia de caso fortuito o fuerza mayor que le impida obtener los recursos necesarios para afrontar el cumplimiento de la obligación alimentaria. Ferrer, Francisco A. M., “Responsabilidad paterna por violación de los deberes de asistencia y educación”, *Revista de Derecho de Daños* 2002-2, Rubinzal-Culzoni, p. 317/322.

<sup>23</sup>“... el Tribunal recuerda que, para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto, y que las medidas internas que lo impidan constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio (ver, entre otras, Sentencias Johansen contra Noruega de 7 agosto 1996, y Bronda contra Italia de 9 junio 1998 ); de donde concluye el Tribunal que "el demandante ha sufrido un daño moral cierto, que no queda suficientemente indemnizado con la constatación de violación al Convenio"” STS4450/2009, del 30/06/2009.

El texto completo puede verse en:  
<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4662931&links=%22%22E NCARNACION%20ROCA%20TRIAS%22%22&optimize=20090723>

guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial y obstaculiza las relaciones con el otro progenitor.

En atención al criterio en materia de menoscabo moral que postulamos, creemos que la asumida por el TS es la buena senda en materia de resarcimiento de tales perjuicios. No compartimos por tanto la consideración diferenciada que efectúa la sentencia del Tribunal de Roma que citáramos, por cuanto distingue entre el daño biológico ocasionado al padre no conviviente (por los daños a la salud psicofísica del padre, y para el cual se utilizaron a efectos del cálculo del *quantum* los baremos existentes para el caso de invalidez), y el daño moral derivado de no haber podido el padre cumplir tan importantes deberes para el hijo, ni satisfacer su derecho a conocerlo (a tales fines se lo liquidó sobre la base de un porcentaje de daño biológico)<sup>24</sup>. Tampoco creemos viable la distinción entre el daño “existencial” y el daño moral. Según Marín García de Leonardo, tal categoría de daño existencial que postulan autores italianos como Scandurra, se utiliza en los supuestos en que el comportamiento del progenitor incida negativamente en el concreto desenvolvimiento de la personalidad del menor; tales esquemas, utilizados para aquellos casos en que el progenitor, conviviente o no, incumpla con el contenido de la responsabilidad parental, se dice que se mueven en la esfera objetiva, en el actuar de la víctima, mientras que el daño moral afecta la esfera interna del sujeto, su sentir, y por tanto impera en el ámbito subjetivo<sup>25/26</sup>. Ahora bien, respecto de las facetas o ámbitos objetivos y subjetivos del daño moral, ahora desdoblados según la doctrina italiana en un daño existencial, entendemos que ello no puede dar lugar a otra categoría de daño, sino a los aspectos a tener en consideración a efectos de su cuantificación<sup>27</sup>. Si el impacto psíquico de tal vulneración de derechos fundamentales ligados a la vida familiar del hijo, puede haber sido menos grave en algunos supuestos fácticos que en otros, ello podrá tenerse en cuenta a los

---

<sup>24</sup> Marín García de Leonardo, Teresa, “Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas”, Op. cit., p. 189. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo”, Op. cit., p. 302/303. Kemelmajer de Carlucci aquí no comparte la cuantificación del daño moral sobre la base de un porcentaje del daño biológico.

<sup>25</sup> Marín García de Leonardo, Teresa, “Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas”, Op. cit., p. 200/201. Allí se cita el planteamiento que efectúa Bilotta, quien considera que en el caso del daño existencial se aplica un método diferencial despatrimonializado, y que la prueba de tal menoscabo tiene una finalidad muy precisa: contarle al juez de qué modo el ilícito ha modificado, aunque sea temporalmente la vida de la víctima. Puede ser un médico, un amigo, un pariente próximo o un amigo de la casa.

<sup>26</sup> Herrera se pregunta si la actitud negativa que se deriva del incumplimiento del derecho de comunicación, por aplicación del principio de resiliencia, podría traer consecuencias positivas a largo plazo para el hijo, permitiéndole generar o repotenciar recursos personales internos que de otro modo no hubiera forjado. Herrera, Marisa, “Responsabilidad civil y Responsabilidad parental: daños por la obstrucción del derecho de comunicación entre padres e hijos. Los límites del Derecho”, Op. cit., p. 6.

<sup>27</sup> Conforme cita Kemelmajer de Carlucci, tal categoría ha sido negada por la casación italiana, si a la vez no vulnera un derecho constitucionalmente amparado, Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El daño existencial como daño a la persona, en la casación italiana a fines del año 2008”, *Revista de Derecho de Daños* 2009-3, Rubinzal-Culzoni, p. 61 y ss.

efectos de la mensura del daño pero no borra el hecho de que los derechos fundamentales fueron vulnerados, y por tanto, no puede afectar la existencia del daño como tal.

Así, al momento de establecer el *quantum* del monto indemnizatorio del daño moral, los escasos precedentes locales y comparados en la materia, nos traen pautas para proceder a establecer su cuantía<sup>28</sup>. El análisis y los parámetros que efectúa el decisorio de la Sala 2ª de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, de fecha 16/09/2006, coincidimos con Herrera en que fue novedoso y creativo, por cuanto se apartó de los criterios usualmente empleados a tales efectos<sup>29</sup>. Sabemos de la dificultad de la cuantificación del daño moral, frente a la falta de acuerdo doctrinal y jurisprudencial para fijarlo, que se produce a la vez por la ausencia de parámetros legales a tales efectos<sup>30</sup>. No obstante ello, aplicó a nuestro juicio un criterio resarcitorio en materia de cuantificación, por cuanto se atuvo a la gravedad de las aflicciones padecidas por la víctima, y su situación particular, sin buscar a través de ello, el castigo del ofensor, y especialmente considerando que tales menoscabos no son resarcibles “por equivalente”, sino que lo que se puede aspirar es a una indemnización “satisfactiva” sustitutiva, reparándose “*el mal causado aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se acuerda al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas*”<sup>31</sup>.

Por último, el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Sevilla del 30 de diciembre de 2005, que si bien partía de un supuesto de acogimiento preadoptivo, podemos extrapolar sus

---

<sup>28</sup> Del mismo modo, las conclusiones que acerca Medina sobre de lo recomendado en el 3º Congreso Internacional de Derecho de Daños, aportan una visión de tales criterios, que parten de una consideración ajena a la postura sancionatoria en materia de fijación del resarcimiento “*La indemnización propiciada tiene una finalidad preventiva, resarcitoria y sancionadora. El monto de la indemnización debe ser fijado prudencialmente por el a quo con un criterio de equidad, considerando las condiciones personales de los involucrados, su patrimonio, la índole de la falta, las particularidades de los perjuicios y las circunstancias del caso concreto*”. Medina, Graciela, *Daños y perjuicios derivados de la obstaculización injustificada del derecho de visita por parte del progenitor guardador*, “Doctrina Judicial” 03/04/2008, 829.

<sup>29</sup> La sentencia parte de un concepto no compartido por nosotros de daño moral, como “modificación disvaliosa del espíritu”, para luego describir las consecuencias que en la vida del progenitor impedido acarreo el obrar antijurídico de la madre de su hijo: 1) la privación de libertad personal por el lapso de veintidós días (recordemos que en el caso la madre había efectuado una falsa denuncia de abuso sexual); 2) la privación del contacto con su hijo por largos años, y 3) la afeción directa al honor principalmente en su faz objetiva. Sobre la base de esta distinción, se eleva la indemnización al doble del quantum fijado en la instancia anterior, es decir, \$ 100.000, al entenderse que este monto permitiría cubrir cada uno de los daños señalados teniéndose en cuenta los siguientes parámetros: 1) la privación de la libertad personal por el lapso de veintidós días, con unas vacaciones recorriendo el actor el país durante idéntico lapso, al considerarse que las vacaciones constituyen la máxima expresión de la libertad, y, por ende, el opuesto al encierro compulsivo que padeció el padre; 2) la privación del contacto con su hijo durante años, mediante una mejora estructural y/o de comodidades en su casa, generando un más confortable ámbito donde pueda disfrutar placenteramente con su hijo los largos momentos que le quedarán por compartir y 3) la afectación al honor con algún objeto material que reporte placer según los gustos del actor que podría ser, como se indica en el fallo, un automóvil, una lancha, un equipo de audio o audio-video de categoría, etc. C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 2ª, autos B., G. M. v. A., M. E., 19/09/2006, fallo citado.

<sup>30</sup> López Mesa, Marcelo J. – Trigo Represas, Félix A., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, 1era edición, 1era reimpresión, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, Tomo Cuantificación del daño, p. 132.

<sup>31</sup> Zannoni, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 3era. Edición actualizada y ampliada, 2005, p. 200-201.

conclusiones; allí, una madre solicita la readquisición de la titularidad de la responsabilidad parental y el regreso de sus hijos que se hallaban bajo guarda al haberse rehabilitado de su alcoholemia y propensión a la depresión; y al no procederse a la restitución, por el probable daño psicológico que podía irrogarse a los niños, se indemnizó a la madre por la privación de la convivencia, afectividad y ligazón con sus hijos, la frustración del derecho a la relación con ellos y el dolor y sufrimiento que ello produce. Ante ello se fijó el precio de la pérdida de un hijo y el sufrimiento padecido por la madre por la expectativa de recuperar a sus hijos que le conferían las sucesivas resoluciones favorables, sufrimiento calificado como “muy superior a la muerte”<sup>32</sup>. Cabe tener en cuenta, en todos los casos en que se decide acerca de las relaciones personales de familia, en particular las paterno-filiales, el factor tiempo, que suele incidir negativamente ante dilaciones injustificadas, en la efectivización del derecho a vivir en familia<sup>33</sup>.

Podemos colegir entonces que, en materia de daños derivados del incumplimiento u obstrucción del contacto del hijo con su progenitor, la vulneración del derecho a la preservación de las relaciones familiares de los niños irroga en primer lugar y como ya desarrollamos un menoscabo a intereses no patrimoniales del damnificado. Restaría analizar si media un daño patrimonial indirecto, derivado de la conducta contraria a tales derechos fundamentales.

Los escasos pronunciamientos que hemos referenciado en este tema, dan una callada respuesta al respecto, aunque ha sido la doctrina la que ha esbozado la posibilidad indemnizatoria del daño material ocasionado, advirtiendo como posible menoscabo patrimonial el sufrido por el progenitor que se ve impedido de mantener un adecuado contacto con su hijo, y que debe incurrir en erogaciones extraordinarias para tratar de concretar, a veces frustradamente, el encuentro con sus hijos. Así, establece Kemelmajer de Carlucci, en los procesos que derivan de la obstrucción del régimen de visitas, como el que la autora trae a colación en el marco del Tribunal de Roma, el cónyuge no guardador puede invocar daños patrimoniales ciertos, fácilmente liquidables, como las erogaciones en que incurriera para hacer efectivo el régimen de visitas incumplido (costo del viaje, finalmente inútil, al lugar donde las visitas debían ser cumplidas, etc)<sup>34</sup>. A ello se suman algunos pronunciamientos del derecho español, que

---

<sup>32</sup> Aquí se utilizó el baremo, a juicio de Marín García de Leonardo, inadecuado, que se emplea ante la prisión preventiva injustificada con la retirada injustificada de los hijos a la madre Marín García de Leonardo, Teresa, “Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas”, Op. cit., p. 196-198.

<sup>33</sup> Si bien respecto de un caso de adopción, puede verse nuestro comentario a un decisorio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, acerca del tiempo y su incidencia en el derecho a vivir en familia: Schiro, María Victoria, “El derecho a vivir en familia y los tiempos del Derecho” en *Revista de Derecho de Familia*, Editorial Abeledo Perrot, Editorial Abeledo-Perrot, 2011-III, p. 19 y ss.

<sup>34</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo”, Op. cit., p. 303.

pueden obrar de guía, puesto que han considerado los elevados gastos que en ocasiones se generan como consecuencia del ejercicio del derecho de visitas, y los han tenido en cuenta en el establecimiento de la pensión alimenticia, o en la suspensión de la misma en períodos vacacionales<sup>35</sup>.

Ahora bien, Herrera se pregunta si acaso sólo es reparable el daño por el incumplimiento del régimen de comunicación cuando los padres viven en diferentes países. Dice la autora que si bien este último genera más costos económicos como de otro tipo, como el tiempo de traslado, entiende que lo que pretende repararse no es la faz material de la violación de un derecho de comunicación, sino básicamente un perjuicio moral. Se interroga si en tales casos el “plus” de perjuicio sería sólo de carácter material o si la situación en sí, la distancia, además de la cuestión patrimonial, deriva en un agravamiento del daño moral<sup>36</sup>. Entiendo que tal cuestión puede discurrir por el carril de efectuar la distinción, más arriba mencionada, entre el daño extrapatrimonial directo, y el menoscabo patrimonial indirecto. Como ya lo expresamos, no hay duda de que en estos supuestos, media la vulneración de derechos fundamentales, tanto del hijo como del padre. Ahora, al momento de la cuantificación del daño moral, la distancia podrá, según el caso concreto, obrar como un factor determinante. Y si el padre perjudicado reclama el daño patrimonial, éste podrá hallarse configurado tanto por las erogaciones extraordinarias que tuvo que efectuar, y que resultaran infructuosas, o bien por las ganancias dejadas de percibir en el marco de la empresa que tuvo que acometer, sin suerte, para poder tener contacto con su hijo. Si logra probar tales detrimentos, el daño patrimonial surgido de manera indirecta de la vulneración de sus derechos fundamentales, se erigirá como resarcible.

#### *La relación de causalidad*

La inobservancia del contenido de la relación jurídica paterno filial, no obstante su escasa acogida jurisprudencial, ha planteado ciertas cuestiones es torno a la causalidad. Sin perjuicio de partir de que entre la obstrucción y la lesión psicofísica o las afecciones legítimas debe existir un nexo de causalidad adecuado<sup>37</sup>, una problemática fundamental, que escapa a la responsabilidad intrafamiliar, pero que resulta tocante a la misma, se da en ciertos casos en que los daños que provoca la obstrucción

---

<sup>35</sup> En este sentido se ha pronunciado la SAP La Rioja, el 11 de abril de 2000, en un caso en que la madre fijó el domicilio junto a sus hijos en México, y el padre vivía en España; de similar modo, la SAP Álava del 2 de octubre de 1999. Mientras que cuando el desplazamiento del progenitor no custodio no supone una cuantía elevada, los tribunales rechazan el resarcimiento. Marín García de Leonardo, Teresa, “Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas”, Op. cit., p. 195-196.

<sup>36</sup> Herrera, Marisa, “Responsabilidad civil y Responsabilidad parental: daños por la obstrucción del derecho de comunicación entre padres e hijos. Los límites del Derecho”, Op. cit.

<sup>37</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo”, Op. cit., p. 303.

al adecuado cumplimiento del deber-derecho de comunicación, no está en relación de causalidad adecuada con ninguna conducta u omisión de uno de los progenitores, puesto que directamente lo provoca el obrar, o el omitir, del Estado<sup>38</sup>. O bien puede ocurrir que el obrar estatal coadyuve a agravarlo, ante la ausencia de medidas idóneas frente a la obstaculización perpetrada por parte del progenitor conviviente. En suma, la óptica de análisis es diferente, por cuanto se estudia la posibilidad del Estado de “*ser sujeto pasivo de acciones resarcitorias cuando alguno de los integrantes de los poderes públicos, organismos o funcionarios del Estado realizan actos u omiten medidas capaces de lesionar al núcleo familiar o los derechos de alguno de sus miembros*”<sup>39</sup>. Ello visibiliza la complejidad subjetiva de los actores sociales que se involucran en la protección del derecho a la vida familiar.

Comenzando por la visión que sobre el asunto ha tenido el Derecho comparado, cabe hacer foco en las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que han tenido incidencia luego en algunos de los pronunciamientos dictados puertas adentro de Estados miembros de la Unión Europea, como es el caso de España. En el ámbito específico del derecho de contacto, y en particular respecto de la actuación del Estado que contribuye a agravar el daño derivado de tal privación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos posee como punto de inflexión el caso “Elholz contra Alemania”, donde se condenó al Estado alemán, reconociendo la procedencia del resarcimiento del daños y perjuicios causados al padre que se le deniega el régimen de visitas sobre la base de las declaraciones de su hijo de cinco años, víctima del síndrome de alienación parental. Previo a tal pronunciamiento, la suerte era adversa a los progenitores solicitantes, cuando les era impedido el contacto en razón del rechazo de los hijos, debido a la influencia materna<sup>40</sup>. A partir de la apertura a una favorable acogida de las

---

<sup>38</sup> Herrera incluye como categoría dentro del análisis de los daños derivados del incumplimiento de los derechos y deberes de la responsabilidad parental, los daños a los padres derivados de la omisión o abandono del Estado para hacer efectivo uno de los derechos básicos que impone la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26061. Herrera, Marisa, “Responsabilidad civil y Responsabilidad parental: daños por la obstrucción del derecho de comunicación entre padres e hijos. Los límites del Derecho”, Op. cit.

<sup>39</sup> Grosman, Cecilia, “La responsabilidad del Estado en la institucionalización de niños y adolescentes”, *Jurisprudencia Argentina*, 2007 IV 1078.

<sup>40</sup> Así ocurrió con el caso de una denuncia presentada por el padre ante la Comisión Europea de Derechos Humanos contra Dinamarca por la violación del Derecho a la vida familiar y a una justicia efectiva. En el supuesto, se trataba de un ciudadano italiano que, fruto de su unión matrimonial con una mujer danesa, tuvo una hija. Ante las desavenencias conyugales, la madre regresa a su país de origen, y los tribunales daneses fijan un régimen de visitas para el padre, el cual abandona su trabajo en Italia y se instala en Dinamarca. Pese a tales esfuerzos no puede ver a su hija que, merced a la influencia materna, rechaza el contacto con su progenitor, quien regresa a Italia, sufriendo una depresión severa. La denuncia en cuestión es rechazada, alegando que no existe violación de la Convención Europea de Derechos Humanos por parte de las autoridades danesas que habían suspendido el derecho de visitas en atención al interés del menor, entendiendo que “*el derecho-deber de visitas puede ser suspendido aún por tiempo indeterminado, cuando la prole, prescindiendo de los méritos o deméritos del progenitor no guardador, manifieste contra él, aún en razón de la influencia ejercitada por las personas que le circundan, sentimientos radicales de rechazo y repulsa, debiendo reconocerse prioridad absoluta al derecho del menor a la serenidad personal y*

pretensiones resarcitorias en este género de casos, se suscitaron otros pronunciamientos del TEDH, donde se tiene al Estado como legitimado pasivo de una condena indemnizatoria, en supuestos en que no queda suficientemente protegido el derecho de visitas<sup>41</sup>.

Otro supuesto en que los poderes públicos concurren a dificultar la vinculación paterno filial en el marco de una crisis conyugal, se da a la vez en la problemática de la restitución internacional de niños, al mediar responsabilidad del Estado que, ante un caso de esta naturaleza presentado ante sus tribunales, debe atender a la celeridad del trámite de restitución, puesto que el transcurso del tiempo puede dañar permanente y profundamente la relación del padre/madre con sus hijos. De tal modo lo entendieron los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en casos como “Ignaccolo-Zenide (R.I.Z.) contra Rumania”<sup>42/ 43</sup>. El tribunal reiteró que la obligación de los Estados de adoptar medidas para reunir a los padres con sus hijos no es absoluta ya que en casos en que un niño ha vivido un largo tiempo con un padre la reunión con el otro puede que no sea inmediata y se requieran

---

*familiar y a su bienestar psicológico integral*”. Marín García de Leonardo, Teresa, “Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas”, Op. cit., p. 184/185.

<sup>41</sup> Un ejemplo es el Affaire “Ciliz c. Pays-Bas”, del 11 de julio de 2000. Allí, se condena al Estado Holandés a indemnizar los daños morales (y rechaza los materiales) causados al padre, ciudadano turco, en razón de habersele denegado la prórroga de su permiso de permanecer en Holanda antes de la fijación de un régimen de visitas, negándosele incluso luego la visa para continuar el proceso tendiente al establecimiento de un contacto paterno filial. Se afirma que existían dos tipos de obligaciones que debía observar el Estado. Por un lado, la obligación positiva de asegurar que la vida familiar entre padres e hijos continúe tras el divorcio; y por el otro, la obligación negativa de abstenerse de tomar medidas que causen la ruptura de los vínculos familiares. Por tanto, se entiende al Estado incurso en una violación al artículo 8 de la Convención Europea. Op. cit., pág 190. La corte en definitiva entiende: “*En résumé, la Cour considère que ni pour l'expulsion, ni pour le droit de visite, le processus décisionnel ne protégeait de la manière voulue les intérêts du requérant garantis par l'article 8. Dès lors, l'atteinte au droit reconnu à l'intéressé par cette disposition n'était pas nécessaire dans une société démocratique.*

*Il y a donc eu violation de l'article 8 de la Convention*”

Puede verse el texto completo de la sentencia del TEDH, en francés, en el siguiente link: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=PAYS-BAS&sessionid=85615391&skin=hudoc-fr>

<sup>42</sup> Herz, Mariana, “Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las convenciones sobre restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. A propósito de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nro. 15, publicación de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, <http://www.reei.org/index.php/revista/num15>.

Describe la autora que, ante la solicitud materna de restitución se entendió a Rumania incurso en responsabilidad, puesto que entre la decisión de diciembre de 1994 que ordenaba la restitución y diciembre de 1995, solamente hubo 4 intentos de ejecutar la orden y que desde esa fecha y enero de 1997, no se realizó ningún intento, ni se adoptaron medidas contra el padre, pese a que la madre las solicitó. En suma, el Estado rumano no adoptó todas las medidas adecuadas o apropiadas a su alcance para garantizar el derecho materno.

Puede verse el texto completo de la sentencia (en francés) en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=IGNACCOLO-ZENIDE%20%20ROUMANIE&sessionid=85650142&skin=hudoc-fr>

<sup>43</sup> En similar sentido se plantea el caso “Sylvester v. Austria”. Estima Herz que, este caso presenta algunas similitudes con el caso Ignaccolo-Zenide . Herz, Mariana, “Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las convenciones sobre restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. A propósito de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos”, Op. cit.

medidas preparatorias, teniendo en cuenta el interés del niño. Pero los Estados pueden ser demandados cuando no hayan adoptado las medidas que razonablemente podían esperarse de ellos<sup>44</sup>.

Partiendo de similares supuestos fácticos, la jurisprudencia española ha abierto la vía resarcitoria, condenando al Estado a una indemnización cuando su actuación ocurre a privar de la convivencia, afectividad y ligazón entre padres e hijos, frustrando el derecho a la vida familiar de ambos extremos de la relación paterno filial. Tal capítulo favorable a la acogida de pretensiones resarcitorias, se abre con el decisorio de la Audiencia Provincial de Sevilla del 30 de diciembre de 2005, citado oportunamente<sup>45</sup>.

#### **IV. A modo de cierre, y para seguir reflexionando...**

En el fondo de la problemática reseñada brevemente en las presentes reflexiones, se halla la privación del vínculo afectivo, del derecho a la vida familiar. En unos casos, es el progenitor el que lo conculca con su obrar o su omitir. En otros supuestos, el accionar del Estado, coadyuva a agravar la conducta renuente del progenitor que detenta el cuidado del hijo, al tomar medidas que dificultan, restringen o impiden la efectivización de tal derecho.

Pero es el Estado el que a su vez, se halla frente a la difícil misión de brindar una respuesta jurídica que concurra a recomponer la esfera de derechos del familiar que ha sufrido menoscabo; encontrándose por un lado, con herramientas jurídicas concebidas con finalidades sancionatorias. Así, el incumplimiento del régimen de contacto y la violación de deberes inherentes a la responsabilidad parental, comportan causas de privación de la misma, cuya finalidad es esencialmente punitiva. Incluso el cambio de tenencia, que asomó en la jurisprudencia de los tribunales españoles, si bien fue con finalidades de recomposición de la relación de la hija con su padre, no deja de tener rasgos

---

<sup>44</sup> La razonabilidad se mide en función de celeridad con que se implementan, pues el paso del tiempo atenta contra las relaciones paterno-filiales. *“La Corte admitió que un cambio de circunstancias puede justificar la decisión de no ejecutar una orden de restitución, pero para que ello sea conforme con el art. 8 se requiere que el cambio de los hechos relevantes no sea atribuible a la falta de accionar del Estado en orden a adoptar medidas razonables para facilitar la ejecución de la sentencia”*. Herz, Mariana, “Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las convenciones sobre restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. A propósito de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos”, Op. cit.

<sup>45</sup> Marín García de Leonardo, Teresa, “Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas”, Op. cit., p. 196/197. En fecha más reciente, y siguiendo tales pautas, describe Herrera lo fallado por la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 30 de abril de 2010. Se trata de una demanda de “responsabilidad patrimonial” incoada por unos padres por derecho propio y en representación de dos hijos menores de edad, contra la Administración, específicamente, la Dirección de Bienestar Social y Familia de Cataluña, en razón de que el anormal funcionamiento de la Administración en el acuerdo de medidas de acogimiento y adopción de uno de sus hijos, vulneró el derecho a vivir con su hijo/hermanos, siendo que éste ya se encontraba viviendo con otra familia en virtud a la adopción decretada. Herrera, Marisa, “Responsabilidad civil y Responsabilidad parental: daños por la obstrucción del derecho de comunicación entre padres e hijos. Los límites del Derecho”, Op. cit., p. 3-4. Puede verse el texto de la sentencia en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=5704640&links=familiar&optimize=20100826>



sancionatorios, al comportar la privación del ejercicio de un derecho que la madre venía ejerciendo hasta ese momento<sup>46</sup>. De modo que el recurso a los remedios propios de la responsabilidad por daños se impone, al hallarse ausente la respuesta reparadora en el marco del derecho de familia. Cuando el hijo sufre un menoscabo que puede atribuirse a la actuación de los padres en clara inobservancia de los deberes que hacen al contenido de la responsabilidad parental, entendemos que la impotencia del daño no es digna de ser repartida, y como tal éste les es atribuible a los progenitores. La intervención en el ejercicio del rol parental que implica la atribución del daño sin sujeción a ningún estándar privilegiado de actuación que limite su responsabilidad, se halla justificada, puesto que *“El Estado, en sus diferentes estamentos, no puede obviar la situación de las personas en estado de vulnerabilidad”*<sup>47</sup>. Los niños, a más de la vulnerabilidad antropológica ínsita en la naturaleza humana, pueden estar más expuestos a la denominada vulnerabilidad social<sup>48</sup>. La dañosidad en el seno de la relación paterno filial, coloca al niño en lo que se denominan “espacios de vulnerabilidad”, que como vimos, comportan climas o condiciones desfavorables, que los exponen a mayores riesgos de sufrir un menoscabo. Precisamente en razón de la indefensión en que el hijo está sumido, es que se requiere de acciones positivas para la efectiva vigencia del paradigma constitucional tuitivo, que en el particular género de supuestos de daños causados por los padres a sus hijos, implica intervención a fin de reducir los espacios de vulnerabilidad, y devolver al niño a su estado de ser meramente vulnerable, pero socialmente protegido. La protección del hijo contra los demás, se actualiza a través de los remedios que brinda la responsabilidad por daños.

---

<sup>46</sup> Alascio Carrasco, Laura, “El síndrome de alienación parental”, en *InDret* 1/2008, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, [www.indret.com](http://www.indret.com)

<sup>47</sup> Lloveras, Nora – Salomón, Marcelo, *El derecho de familia desde la constitución nacional*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 455.

<sup>48</sup> Acerca de la vulnerabilidad antropológica y la vulnerabilidad social, puede verse: Feito, L., “Vulnerabilidad”, en *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, Volumen 30, Suplemento 3, 2007, p. 7 y ss.