

Título: **Violencia por impedimento de contacto y responsabilidad por daño**

Autores: **Medina, Graciela - Fillia, Laura**

Publicado en: **LA LEY 05/06/2019, 05/06/2019, 6 - LA LEY2019-C, 203**

Cita: **TR LALEY AR/DOC/1740/2019**

Sumario: I. Introducción.— II. El impedimento de contacto como forma de violencia familiar.— III. Los hechos del caso.— IV. ¿Debe indemnizarse el daño provocado por la obstaculización infundada del derecho de comunicación? Procedencia de la acción. Presupuestos de la responsabilidad.— V. Cuestiones de competencia.— VI. La función del Estado frente al derecho de comunicación.— VII. La función preventiva de la responsabilidad civil como herramienta de protección del derecho de comunicación.— VIII. Conclusiones.

(*)

(**)

(***)

I. Introducción

Finalizada la convivencia de la pareja, muchas veces uno de los padres ejerce el cuidado unipersonal del hijo y el otro sigue teniendo la debida comunicación con el niño a través del plan de parentalidad. En ese supuesto, quien conviva con el hijo tiene el deber de permitir la comunicación entre el otro progenitor y el niño en forma regular, conforme a lo estipulado en los arts. 653 y 654 del Cód. Civ. y Com.

Esta obligación del padre que convive con el hijo de permitir la adecuada comunicación del otro progenitor con su descendiente no surge del Código Civil y Comercial, sino que ya era reconocida durante la vigencia del Código Civil por doctrina [\(1\)](#) y la jurisprudencia. Sobre el tema, la Corte Suprema ha dicho: "el estrechamiento de las relaciones familiares y la necesidad que tienen los hijos de mantener una vinculación permanente con ambos padres, son cánones unánimemente aceptados. También lo es que, prima facie, debieron favorecerse las medidas que contribuyan a subsanar la deficiencia que se presenta, en la asiduidad del trato, respecto de quien no ejerce la custodia, a raíz de la falta de convivencia. Pero ello así, en tanto y en cuanto no medien circunstancias cuya seriedad imponga otro proceder" [\(2\)](#).

En el mismo sentido, se ha resuelto que la madre tiene las responsabilidades y los deberes que le impone el art. 5º de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en cuanto a la dirección y la orientación para con el menor, de modo que debe instarlo a que se conecte con su padre y prestar todos los auxilios para que eso se concrete [\(3\)](#).

No obstante la incuestionabilidad del deber del progenitor conviviente de facilitar las relaciones entre el otro progenitor y su hijo, se observan con gran frecuencia casos en que los padres se manifiestan reacios a admitir que el hijo tiene derecho a comunicarse con ambos, siendo usual advertir un enorme empeño en adjudicarse al hijo como si constituyera un "botín de guerra". La complicación de los hijos en la causa conyugal se efectúa generalmente para desplazar de los afectos al otro, para obtener ventajas económicas, por motivos de venganza o por temor al "robo del hijo".

Ahora bien, como los niños pasan la mayor parte del tiempo con el progenitor que detenta el cuidado personal unipersonal, no es difícil para estos llevar a cabo el proceso de demolición de la imagen del otro progenitor, con lo cual convierten al propio niño en el principal obstáculo de la comunicación paterno-filial.

II. El impedimento de contacto como forma de violencia familiar

La situación descripta configura una de las más graves formas de violencia familiar, constituidas por la violencia en el régimen de comunicación o la violencia por impedimento de contacto, mediante la cual se configura un daño de enorme importancia tanto al niño al privarlo del padre, como al padre o madre al impedirle el contacto con el hijo.

Decimos que es un acto de violencia familiar porque consideramos que violencia familiar es toda distinción, exclusión o restricción ejercida por un miembro de la familia contra otro miembro que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas familiar, económica, social, cultural y civil.

En otras palabras, la violencia intrafamiliar es aquella ejercida contra un miembro de la familia por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde esta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial y la libertad, comprendiendo la libertad de comunicación con los hijos. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco, sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia.

La violencia familiar por impedimento de contacto es el proceso por el cual un progenitor, en forma abierta o encubierta, habla o actúa de una manera descalificante o destructiva al o acerca del otro progenitor, en un intento de alejar o indisponer al hijo contra este otro progenitor. Este tipo de violencia se configura tanto por acción como por omisión y daña de manera profunda la integridad psicológica de padres e hijos al impedirles la comunicación.

La estrategia más frecuente de la violencia por obstaculización al régimen de comunicación es la obstrucción del cumplimiento del plan de parentalidad o del contacto entre el hijo y el progenitor no conviviente.

Las formas que puede adquirir la violencia por impedimento de contacto son variadas, por ejemplo: lograr que al "padre no conviviente" le resulte desagradable o incómodo comunicarse o cumplir con el plan de parentalidad —por ejemplo, invocar pretextos para alterar el plan de parentalidad —v.gr. enfermedad del hijo, deberes escolares, etcétera—.

Una expresión más solapada de este tipo de violencia se da cuando el propio hijo rechaza el trato con su progenitor y por tanto se niega a comunicarse con él, conducta que puede obedecer a un deseo del menor de proteger a quien considera víctima del divorcio —esto es, al padre conviviente—, o bien ser el resultado de un "lavado de cerebro" provocado por el conviviente, que puede lograrse a través de relatos íntimos, exigencias de lealtad, amenazas de abandono, relatos inexactos o falsas atribuciones de hechos que socaban la confianza del niño con el padre o madre no conviviente.

La violencia por impedimento de contacto produce un daño psicológico inmenso, innegable, desmedido y difícilmente reparable, por ello es imprescindible que los jueces utilicen todas las medidas idóneas para facilitar y efectivizar el ejercicio del derecho de comunicación.

En definitiva, cualquiera sea la modalidad que adopte, la violencia por impedimento de contacto siempre produce un círculo vicioso: al reducirse la comunicación y el trato, la imagen real es reemplazada por la imagen distorsionada y la ausencia del progenitor impide la rectificación de las acusaciones. El vínculo paternomaterno-filial se deteriora o rompe, con las consecuencias ya apuntadas.

A continuación, vamos a analizar un grave caso de violencia por impedimento de contacto resuelto por la sala K de la Cámara Nacional Civil de la Capital (4) con un estudiado, justo y fundado primer voto de la Dra. Silvia P. Bermejo.

III. Los hechos del caso

Una pareja tiene un hijo en el año 2000, luego se separa. Tras la separación de la pareja, el hijo en común se mantuvo viviendo con su madre y ambos progenitores firman un acuerdo en el cual establecen las reglas de la comunicación, que es homologado judicialmente en el año 2002.

La madre siempre impidió el régimen de comunicación establecido y el padre luchó judicialmente durante años para comunicarse con su hijo, recurriendo a la justicia de familia, a la justicia penal y, finalmente, a la justicia patrimonial en aras de buscar el contacto con su hijo y, al no lograrlo, en pro de una indemnización por el perjuicio sufrido.

En el mes de octubre del año 2005, tras múltiples actuaciones en la justicia civil, el padre concurre al fuero penal y denuncia a la madre por impedimento de contacto con su hijo (conf. arts. 1° y 2 de la ley 24.270). En esa causa se fijó un régimen especial de contacto que fue siempre obstaculizado por la madre, quien llegó a romper los juguetes que el padre le regalaba al hijo y a aludir enfermedades que el niño no parecía sufrir para distanciar al pequeño de su padre.

No obstante, en esta causa la madre fue sobreseída porque el juez consideró que en alguna medida el contacto se había restablecido.

Evidentemente, la relación comunicacional no se había retomado, porque en diciembre del mismo año 2005 el progenitor nuevamente realizó una denuncia ante el fuero penal por impedimento de contacto. En esta causa el juez suspendió el proceso a juicio por el plazo de un año y fijó a la madre la realización de 50 horas de tareas comunitarias. Dichas tareas comunitarias fueron realizadas por la progenitora quien, sin embargo, siguió impidiendo de múltiples formas el régimen de contacto entre el hijo y su padre.

A lo largo de los procesos civiles y penales, se demostró que la madre había enseñado al niño a sostener que su padre era su nueva pareja; que la progenitora le decía al hijo que los juguetes que le daba su padre eran robados, por lo que se los sacaba o los rompía; que la mujer trataba al hijo de "traidor" por querer estar con su padre y le pegaba cuando lo hacía; que la madre alegaba dolencias para que el niño no saliera del hogar cuando las expertas que acompañaban al progenitor para lograr el contacto no lo notaban enfermo y tampoco había un

certificado médico que lo acreditara.

Todos estos escollos al contacto entre el padre y su hijo fueron interpuestos por la progenitora continuamente y, lógicamente, causaron un gran daño al progenitor, quien finalmente demandó por daños y perjuicios, acción que dio lugar al fallo que comentamos.

IV. ¿Debe indemnizarse el daño provocado por la obstaculización infundada del derecho de comunicación? Procedencia de la acción. Presupuestos de la responsabilidad

Es necesario destacar la gravedad de la lesión que provoca la actitud violenta que priva sin justa causa del derecho a la comunicación del hijo con ambos progenitores, máxime cuando la cuestión se prolonga en el tiempo y más aún cuando el padre para lograr un mínimo de comunicación con su hijo debe recurrir a realizar contactos con visitadoras sociales o con psicólogas extrañas a la relación paterno-filial.

Cabe ahora preguntarse si tal derecho puede conculcarse sin que ello dé lugar a la responsabilidad civil del sujeto dañador. Obviamente, quedan fuera del análisis las medidas de carácter civil o penal que pueden adoptarse para lograr la efectiva concreción del régimen de comunicación pautado, pues su finalidad no es la de reparar los daños inferidos, aun cuando a veces comprometan el patrimonio del deudor.

El fallo que comentamos se ocupa de reeditar un conocido debate doctrinario y jurisprudencial en torno a la procedencia de la acción de daños y perjuicios en el ámbito del derecho de familia.

Como es sabido, distintas han sido las posturas asumidas por la doctrina a lo largo de los años.

Para un sector, la especialidad del derecho de familia impide aplicar las normas de la responsabilidad civil para regular las consecuencias de los actos llevados a cabo en el interior del grupo familiar. Se sostiene al efecto que admitir la procedencia de este tipo de acciones favorece la litigiosidad y dificulta los vínculos familiares.

En esta inteligencia, se sostuvo que en el ámbito familiar deben analizarse con criterio restrictivo las pretensiones indemnizatorias por daños y perjuicios, porque debe priorizarse la persistencia y la estabilidad de los vínculos entre sus miembros y la solidaridad y respeto. Se debe tratar de evitar la judicialización de los conflictos entre padres e hijos y hallar las posibles soluciones con la cooperación y la participación de sus protagonistas. Se señaló en la ocasión que admitir una indemnización por daños y perjuicios a favor del progenitor sería devastador para la revinculación, así como que la ausencia de dolo en la actitud restrictiva de las visitas no configuraba una actitud antijurídica en tanto existían pruebas de voluntad conciliatoria, el rol del padre no fue cuestionado y se probó que el propio hijo no accedía a contactarse con el progenitor (5).

En sentido opuesto, hay quienes sostienen que, como parte del derecho civil, las cuestiones de familia no resultan ajenas al régimen de responsabilidad civil que regula el ordenamiento sustantivo, mientras que, dentro de este sector, otros precisan que se requiere, además, una necesaria compatibilización con la especificidad de los vínculos familiares (6).

Se postula en esta línea que resulta contrario a un Estado de Derecho que exista una suerte de inmunidad para quien causa un daño injusto, por el solo hecho de pertenecer a un grupo familiar.

En efecto, el derecho de daños debe perfilarse y actuar como un medio idóneo que brinde respuestas adecuadas, a través del resarcimiento justo, a los menoscabos padecidos por la víctima en su esfera familiar, en los diferentes casos atendiendo a las distintas circunstancias, resarcimiento que también constituye un fuerte factor disuasivo en el futuro. Por este motivo, la admisión del resarcimiento del daño cumple, en estos supuestos, la doble función por cuanto, a la par que posibilita la reparación de los perjuicios sufridos por las víctimas en un caso determinado, establece y propicia parámetros de conductas sociales que deben ser evitadas por los miembros de la sociedad (7).

En definitiva, como uno de los principios básicos del derecho civil es el de responder por el daño injustamente sufrido, la reparación de los perjuicios en el ámbito de las relaciones de familia se torna ineludible si se dan los requisitos de la responsabilidad civil (8).

No puede soslayarse que uno de los ejes en que se estructura el sistema de la responsabilidad civil es el principio *alterum non laedere*, que ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde hace muchos años y en reiteradas ocasiones (9).

Tal es la relevancia que este principio tiene en nuestro ordenamiento, que actualmente se encuentra consagrado en el art. 1716 del Cód. Civ. y Com., el cual expresamente consagra que "la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación da lugar a la reparación del daño causado, conforme a las disposiciones de este Código".

Esta consagración normativa no es casual, ya que refleja el cambio de paradigma que se experimentó en la materia y que implicó modificar el acento del sujeto pasible del resarcimiento, del dañador al dañado. En efecto,

el nuevo cuerpo normativo ha elegido estructurar el sistema de la responsabilidad civil haciendo foco no ya en el causante del daño sino en la persona de la víctima, y de ahí que haya postulado el deber de reparar todo daño injustamente sufrido.

Desde esta nueva perspectiva no quedan dudas acerca de la procedencia de la acción de daños en el ámbito del derecho de familia. Incluso, tal solución se encuentra expresamente prevista en materia de filiación, cuando el art. 589 del Cód. Civ. y Com. consagra el derecho del hijo a reclamar el resarcimiento de los daños derivados de la falta de reconocimiento.

En función de lo dicho hasta aquí, cabe concluir que, en tanto uno de los integrantes del grupo familiar sufra un daño injusto y siempre que se encuentren reunidos los demás presupuestos de la responsabilidad civil, surgirá el deber de repararlo.

Pero además cabe considerar que, a partir del modo como se encuentra regulado el sistema de la responsabilidad civil en el nuevo ordenamiento sustantivo y teniendo principalmente en cuenta la función preventiva que se encuentra consagrada a partir de los arts. 1708 y 1710, dicho sistema constituye una herramienta más para evitar la producción y el agravamiento de los daños sufridos, lo que, en definitiva, fortalecerá los lazos familiares.

En razón de todo lo expuesto, debemos poner de resalto que no admitimos la idea de que en la familia no se reparan los daños causados entre sus integrantes (10). Esto es así, dado que en la actualidad la evolución del Derecho de Familia ha conducido a privilegiar la personalidad y la autonomía del sujeto familiar respecto de la existencia de un grupo organizado en sentido jerárquico: el sujeto familiar es, por sobre todas las cosas, una persona, y no existe ninguna prerrogativa familiar que permita que un miembro de la familia cause daño dolosa o culposamente a otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar.

Estamos convencidas de que el progenitor que impide el contacto entre su hijo y el otro progenitor causando un daño indiscutiblemente está obligado a responder por su conducta, ya que no puede ser gratuita la violenta afrenta de quien impide el derecho humano de comunicación entre padres e hijos.

En consecuencia, verificados los presupuestos de la responsabilidad civil, la víctima del daño debe ser adecuadamente resarcida, pues la familia contemporánea se ha convertido en un área donde el miembro que daña responde civilmente: el estatus familiar no tiene por qué modificar radicalmente el sistema de la responsabilidad; por el contrario, puede ser un agravante de las consecuencias a cargo del responsable.

Así entonces, concordamos con la aceptación de la responsabilidad civil en las relaciones familiares dada en el fallo por la Dra. Bermejo, quien para hacerlo determinó correctamente que estaban cumplidos los requisitos que habilitan la procedencia de la acción resarcitoria. Entre ellos, nos interesa destacar la antijuridicidad y el daño.

IV.1. Antijuridicidad

A partir de la sanción del nuevo ordenamiento sustantivo, se concluye que la antijuridicidad que se erige como presupuesto de la responsabilidad civil no solo puede presentarse de manera típica o formal, sino que también puede resultar atípica o material.

En efecto, por imperio de lo normado por el art. 1717 del Cód. Civ. y Com., cualquier acción u omisión que causa un daño será antijurídica si no está justificada.

Como se analizó en el párrafo precedente, la terminología adoptada por el ordenamiento vigente permite concluir que el fundamento actual de la antijuridicidad se concentra en el deber general de no dañar.

Independientemente de lo expuesto, el caso específico del derecho-deber de comunicación se sustenta en una doble base legal, por un lado, surge por el tiempo que los hechos tuvieron lugar del art. 264 del Cód. Civil (11), por otra parte, se desprende del art. 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño. De esto se sigue que el infundado entorpecimiento —total o parcial— del régimen de comunicación configura un hecho ilícito.

Sobre el particular, afirma Kemelmajer de Carlucci 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 a lo dispuesto por la ley 24.270, normativa que, con excesiva amplitud, no requiere que las comunicaciones hayan sido fijadas por sentencia judicial.

Por nuestra parte, estamos convencidas de que es una conducta antijurídica porque atenta contra el derecho-deber familiar de comunicación del que son titulares tanto padres como hijos (12).

IV.2. Factor de atribución

Por no tratarse de un supuesto de responsabilidad de tipo objetivo, el factor de atribución será subjetivo tal y como lo expresa el art. 1721 del Cód. Civ. y Com., que coloca la culpa como cierre del sistema.

Al ser ello así, debe tratarse de una obstrucción culposa o dolosa del régimen de comunicación por parte del progenitor que detente la custodia en forma unilateral. Lógicamente, si la obstrucción se justifica en razones fundadas, tal conducta no generará responsabilidad del conviviente, quien deberá acreditar el extremo en cuestión.

Por regla general, corresponderá a la víctima del daño acreditar la atribución de la conducta antijurídica. Pero en este caso, cobra especial virtualidad la solución que consagra el art. 1735 del Cód. Civ. y Com. que permite al juez distribuir la carga de la prueba del factor subjetivo, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación de aportarla.

Sin embargo, por aplicación de dicho artículo, tal facultad judicial debe ser previamente anunciada por el juez de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir las pruebas que hagan a su derecho de defensa (13).

Esta solución que consagra el art. 1735 también se encuentra contemplada en el art. 710 del mismo ordenamiento, pero con una salvedad. En tanto se trate de procesos de familia, la distribución de la carga de la prueba no requiere la previa comunicación del juzgador, quien podrá recurrir a tal principio probatorio en cualquier tiempo y sin limitación.

A todo evento, en el caso no existió ninguna alegación que justificara que por más de una década el padre no pudiera comunicarse adecuadamente con su hijo por las violentas acciones y omisiones maternas.

De ahí que, frente a los elementos probatorios arrimados al proceso —debidamente reseñados en el fallo anotado—, la solución adoptada se imponía.

IV.3. Daño

En la hipótesis analizada, los sujetos perjudicados por el incumplimiento del régimen de comunicación son el menor de edad y el progenitor no conviviente.

Anota Minyersky que para el hijo hay un claro daño moral y eventuales perjuicios a su salud psicofísica. En cuanto al padre, además del daño moral puede sufrir daños patrimoniales, tales como perturbaciones laborales, problemas de asistencia al trabajo, gastos realizados para concretar la visita frustrada —v.gr., viáticos— (14).

Sobre los daños causados, sostiene Makianich de Basset (15) que el perjuicio patrimonial es más fácilmente cuantificable que el daño extrapatrimonial, de siempre difícil apreciación económica. No obstante ello, en materia probatoria la existencia de este último —en estos casos— surge *res ipsa loquitur*, siendo así innecesario probar su incidencia. Pero el daño moral, en razón de las circunstancias especiales de la causa, puede alcanzar una entidad distinta a la que podría resultar del hecho para el hombre medio. Esto ocurre cuando, por alteraciones o peculiaridades psicológicas, físicas o de cualquier otra índole, la conducta generadora del agravio moral repercute con efectos singularmente perjudiciales en la víctima.

Según se ha resuelto, en materia de hechos ilícitos, acreditada la acción antijurídica lesiva de alguno de los "derechos personalísimos", debe tenerse por probado *in re ipsa* el consiguiente daño moral, correspondiendo en todo caso al responsable la demostración de la existencia de alguna situación objetiva que permita excluir en el caso concreto ese tipo de perjuicio. Para probarlo en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, sino que el juez debe apreciar las circunstancias del hecho y las cualidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de su intimidad (16).

En efecto, y si bien es cierto que el daño moral, por aplicación de las reglas que rigen la carga de la prueba, debe ser acreditado por quien pretende la reparación, es prácticamente imposible utilizar para ello una prueba directa por la índole espiritual y subjetiva del menoscabo. Es apropiado el sistema de la prueba presuncional indiciaria como idóneo a fin de evidenciar este daño (17).

En el caso, quien reclamó el daño fue el padre, el cual demostró mediante prueba pericial que a raíz del evento presentaba síndrome de ansiedad de origen reactivo, que encuentra su etiología en el extenso y frustrante conflicto por el que no logra mantener un adecuado vínculo con su hijo.

Por otra parte, el progenitor sufrió un inmenso daño moral por los años en que no pudo contactarse con el hijo, que en el caso fue evaluado en \$500.000 (aproximadamente u\$s11.000).

En la actualidad, en la última parte del art. 1741 del Cód. Civ. y Com. se prevé que el monto de la indemnización del daño moral o no patrimonial debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

El nuevo sistema normativo contempla un especial mecanismo para la cuantificación del daño moral y

propone que, a diferencia de lo que se sostenía anteriormente, ya no se trata de ponerle un "precio al dolor" sino un "precio al consuelo". En otras palabras, el desafío del juzgador radica en mitigar el dolor de la víctima a través de bienes sustitutos que le proporcionen recursos aptos para disminuir el detrimento causado.

En palabras de nuestro más Alto Tribunal, lo que se procura es brindar a la víctima satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales (18).

En definitiva, se trata de afectar o destinar dinero para la compra de bienes o la realización de actividades recreativas, artísticas o sociales, de esparcimiento que confieran al damnificado consuelo, deleites, contentamientos para compensar e indemnizar el padecimiento, inquietud, dolor, sufrimiento, o sea para restaurar las repercusiones que minoran la esfera no patrimonial de la persona (comprar electrodomésticos, viajar, pasear, distraerse, escuchar música, etc.) (19).

En el caso, y atendiendo al tenor de los daños sufridos, la satisfacción sustitutiva podría encontrarse representada por el equivalente al valor de un viaje para el actor y su hijo que, en un escenario ideal, favoreciera su revinculación. De ahí que coincidimos con las sumas reconocidas en la sentencia.

IV.4. Relación de causalidad

Incumbe también a la víctima acreditar la relación de causalidad entre el hecho lesivo y el daño sufrido. Así lo prevé el art. 1736 del Cód. Civ. y Com.

No sólo debe acreditar la causalidad material entre el hecho y el daño, sino una causalidad adecuada, esto es, que el resultado dañoso resulte previsible para un hombre medio puesto en el momento del hecho.

Bajo tal inteligencia, forzoso es concluir que, en el caso, el actor logró acreditar que los padecimientos experimentados fueron provocados por la falta de contacto con su hijo que, por su parte, obedeció a la actitud obstruccionista de la progenitora quien, según quedó debidamente acreditado, impidió por distintas vías el cumplimiento del plan de parentalidad oportunamente acordado.

V. Cuestiones de competencia

El fallo que comentamos también nos invita a reflexionar acerca de la competencia para intervenir en este tipo de procesos.

Como es sabido, en el ámbito de la Justicia Nacional y con motivo de las disposiciones contenidas en la ley 23.637, coexisten en el fuero civil, juzgados con competencia exclusiva en cuestiones de familia (conf. art. 4º) y juzgados con competencia en cuestiones patrimoniales.

La decisión que motiva este comentario fue adoptada en el marco de un proceso que tramitó ante la justicia civil patrimonial (20), pese a que los antecedentes del caso en que se fundó tramitaron ante un juzgado de familia.

Cabe preguntarse entonces quiénes son los jueces que deben intervenir para resolver este tipo de conflictos.

En el ámbito nacional, la jurisprudencia ha ido variando. En un caso reciente se resolvió que, si bien los jueces de familia tienen competencia exclusiva y excluyente para entender en asuntos de familia, también son competentes para intervenir en las causas patrimoniales que tengan conexidad con aquellos. Cuando se promueve —como en el caso— una acción a fin de obtener el resarcimiento de los daños que le habría ocasionado el abandono que habría sufrido el demandante por parte de su progenitor, fácil resulta advertir que, si bien la cuestión debatida tiene un contenido estrictamente patrimonial, la causa fuente de los daños que dice haber sufrido el demandante es su relación paternofamiliar con el accionado, lo que permite advertir la estrecha vinculación que la causa guarda con los asuntos de familia y determina que sean los jueces especializados en esa materia quienes deban intervenir en el litigio (21).

En el mismo sentido se decidió que, si bien es cierto que de los términos del escrito introductorio surge que la pretensión que da sustento al reclamo de la actora, en principio, no constituye en sí una cuestión de familia (22), la causa se encuentra íntimamente vinculada al expediente que tramita en el juzgado de familia, pues no solo se trata de las mismas partes sino que el reclamo comprende determinados bienes que han sido incluidos en la propuesta reguladora efectuada en aquel proceso. Por ello, resulta conveniente que estas cuestiones sean sometidas al conocimiento del magistrado que previno. Luego de considerar que la pretensión incoada se encontraba íntimamente vinculada a un proceso de divorcio, se concluyó conveniente someterla al conocimiento del juez interviniente y autorizar el pretendido desplazamiento de la competencia, a los fines de permitir una unidad de criterio en la valoración de los hechos y el derecho invocado (23).

Sin embargo, no siempre se siguió dicho razonamiento. Por el contrario, se decidió anteriormente que, en un proceso de daños originado en la denuncia de violencia familiar, no se encontraba justificado el desplazamiento de la competencia de un juzgado patrimonial a otro de familia, porque no surgía que el reclamo se relacionara

con aspectos del derecho de familia. Se concluyó así que la vinculación existente entre ambos procesos encontraba adecuada solución en la conexidad instrumental prevista en el art. 376 del ordenamiento local (24).

Quizá la respuesta a nuestro interrogante la encontremos en las disposiciones que contiene el actual art. 706 del Cód. Civ. y Com.

Dicho artículo establece en su inc. b) que los jueces que deben entender en los procesos de familia deben ser especializados y contar con apoyo interdisciplinario. Se recepta aquí la postura expuesta en las 100 Reglas de Brasilia, con relación a la necesidad de que se adopten medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condiciones de vulnerabilidad y la conveniencia de la atribución de los asuntos a órganos especializados (25).

En definitiva, de lo que se trata en el caso es de determinar si una causa como la que motivó el dictado del pronunciamiento que comentamos constituye o no un proceso de familia. A nuestro juicio, la respuesta debe ser afirmativa.

En efecto, en las cuestiones de familia, razones de seguridad jurídica, intermediación y conocimiento de las situaciones en conflicto imponen que sea el juez que previno en el conocimiento y la consideración de la problemática que afecta al grupo familiar quien intervenga en la causa. Ello así, pues la solución contraria implicaría el desgaste de modificar la jurisdicción en cuestiones íntimamente vinculadas, por lo que es aconsejable la intervención tutelar de un mismo magistrado (26).

VI. La función del Estado frente al derecho de comunicación

El derecho de comunicación entre padres e hijos es un derecho subjetivo, es decir, es un poder atribuido a la voluntad para la satisfacción de un interés jurídicamente protegido.

Como todo derecho subjetivo, puede ser ejercido coactivamente.

Aunque, por supuesto, es difícil de lograr porque a la dificultad propia de una obligación de hacer se suman las dificultades específicas emanadas del Derecho de Familia y especiales del derecho de comunicación.

La protección efectiva de ese derecho se alcanza, ciertamente, cuando frente a la actitud renuente o claramente negativa del gravado, que impide o dificulta seriamente las relaciones personales, se obtiene por vía judicial la comunicación del padre con el menor de edad o que este le sea entregado para la estancia del fin de semana o para las vacaciones.

En definitiva, la protección efectiva del derecho de comunicación se logra cuando se puede cumplir y, si es necesario, se hace cumplir.

En esta inteligencia se ha resuelto que el derecho del niño a no ser separado de sus padres y a tener una adecuada comunicación con ellos debe ser garantizado por ambos progenitores y con mayor intensidad aun por el padre que detenta la guarda del menor. No pueden impedirse las visitas del progenitor no conviviente salvo justos motivos, pues ello configura un abuso en el ejercicio de la patria potestad. Los jueces cuentan con todas las herramientas que se requieran para disponer de oficio las medidas necesarias para hacer cumplir las decisiones judiciales, pues omitir el dictado de las disposiciones que pudieran corresponder ante niños en estado de riesgo comportaría un directo incumplimiento de sus deberes. En consecuencia, las actitudes obstruccionistas de uno de los padres deben recibir un fuerte llamado de atención por parte del tribunal y ser conminadas a cesar de inmediato, bajo apercibimiento de fijarle una multa y de encontrarse incurso en el delito de desobediencia, así como de evaluar la posibilidad de revertir la guarda del menor (27).

Cabe poner de relieve que ciertas personas tienen derecho a comunicarse y a mantener relaciones personales y que ese derecho debe ser protegido a toda costa, y las comunicaciones deben ser efectivamente realizadas, máxime cuando una y otra tienen un claro sentido funcional y de deber y está de por medio el interés preeminente del menor que hace que el incumplimiento del régimen de comunicación trascienda el solo perjuicio del titular formal del derecho lesionado.

El Estado debe garantizar que se efectivice el régimen de comunicación aun contra la voluntad del obligado, ya que la no realización de la comunicación y de las relaciones personales por culpa de un tercero o del Estado supone un fracaso del Derecho como instrumento de organización social y de justicia.

En este sentido, el cumplimiento de un régimen de comunicación ordenado por un juez en resolución firme debe tener a su disposición medios eficaces para ejecutarlo y hacerlo efectivo, y la imposibilidad de cumplimiento del régimen de comunicación por falta de medidas adecuadas para su realización importa una infracción del Estado al propio ordenamiento.

Por lo antedicho, frente al derecho de comunicación, el Estado debe tomar las medidas positivas aptas para evitar la violencia por impedimento de contacto. Y los jueces deben tener en cuenta que la falta de remedios

idóneos para la ejecución de las relaciones derivadas del derecho de comunicación importa un acto ilícito cuyas consecuencias dañosas el Estado debe reparar, como ha aceptado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (28), en variadas condenas a múltiples Estados que no proveyeron los instrumentos eficaces para que el derecho de comunicación no fuera una mera expresión de deseo.

En esto hay que preguntarse: ¿qué es un derecho si no se puede garantizar un correcto disfrute por su titular? En realidad, si ese derecho no obtiene una eficaz protección para convertir la declaración en realidad, queda reducido a la nada y de poco le sirve a su titular la declaración judicial de su titularidad.

Es cierto que en el ámbito del derecho de comunicación es a veces difícil o imposible la coerción o imposición del deber ser jurídico, mas no es un derecho incoercible (como el deber de fidelidad entre cónyuges).

Por otro lado, solo el cumplimiento específico del deber del obligado —la efectiva realidad de la comunicación y de las relaciones personales de referencia— puede satisfacer el interés de los afectados (progenitor y menor). Decimos ello teniendo en cuenta el fin esencial que con aquellas se persigue y que justifica su concesión, interés que va más allá del titular del derecho de comunicación.

En definitiva, el Estado debe garantizar al titular el pacífico y legítimo goce de un derecho reconocido por el ordenamiento como es el derecho de comunicación, absteniéndose de impedirlo y brindando los instrumentos procesales aptos para ejecutarlo. Cuando sea el propio Estado el que obstaculice el ejercicio del derecho de comunicación arbitrariamente y en los supuestos en que no pone a disposición de los particulares los medios procesales efectivos para ejecutarlos, debe responder por los perjuicios.

De las constancias de la causa no se puede determinar si el Estado puso los medios efectivos para lograr un adecuado cumplimiento del derecho-deber de comunicación, ya que la causa analizada es un juicio de daños y perjuicios contra el progenitor que obstruyó el régimen de comunicación.

Lo que sí se advierte con claridad es que el caso no fue enfocado por el juez como una situación de violencia familiar, no obstante ser un claro caso de violencia por impedimento de contacto, ejercida por la madre que dañó la dignidad, el bienestar y la integridad psicológica del padre al obstaculizarle la libertad comunicacional con el hijo.

Al no ser correctamente encuadrada, se omitió utilizar las herramientas que tiene la Ley de Violencia Doméstica y también se privó al padre de lograr respuestas más eficaces y rápidas que seguramente hubieran disminuido los daños producidos al progenitor por obstaculizar el contacto con ese hijo, quien el próximo año llegará a su mayoría de edad, sin que su derecho haya sido respetado, ni el daño producido reparado.

VII. La función preventiva de la responsabilidad civil como herramienta de protección del derecho de comunicación

Tal como adelantáramos, el nuevo ordenamiento sustantivo ha consagrado la función preventiva de la responsabilidad civil, que ya no se limita a reparar los perjuicios sufridos, sino a evitar la causación o el agravamiento de un daño en curso o a producirse en el futuro.

El Código regula la función preventiva desde el punto de vista sustantivo (art. 1710), que es diferente de la legislación procesal. La acción requiere que exista un acto o una omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño, su continuación o su agravamiento (art. 1711). Es decir, cuando hay amenaza de un daño, se puede prevenirlo. Esta acción da lugar a un proceso cuya finalidad es terminar con una sentencia que establezca que ese evento no debe producirse, es decir, evita el daño (proceso urgente) (29).

La tutela preventiva o inhibitoria a la que ya se había recurrido en numerosos precedentes ahora se encuentra incorporada en el texto del nuevo ordenamiento sustantivo y se presenta como una herramienta de gran utilidad, sobre todo para prevenir la producción de daños que —como los del caso que motiva este comentario— suelen revestir carácter irreversible.

En palabras de Zavala de González, el objetivo principal de cualquier sistema de reacción contra perjuicios injustos es impedir que ocurran. La prevención es función insoslayable de la responsabilidad por daños (30).

En lo tocante al caso que comentamos, debemos poner de resalto que, según se ha sostenido con criterio que compartimos, se erige como aspecto novedoso la interacción de la prevención con los incumplimientos de los deberes de comunicación de los padres. El magistrado goza de una herramienta muy positiva para arribar a soluciones valiosas ante el elenco de conflictos de disímiles circunstancias en los que debe intervenir. Por otra parte, el mentado campo preventivo condice más con el principio de especialidad del derecho de familia y con la preeminencia del interés superior de la comunidad familiar. Se torna muchas veces insuficiente la conjugación de los daños y los perjuicios para restablecer el proyecto de vida afectado (31).

VIII. Conclusiones

Complace comentar un fallo tan bien fundado como el dictado por la sala K de la Cámara Nacional Civil de la Capital, con un primer voto de la Dra. Bermejo, que se ocupa con profundidad de analizar un tema muchas veces silenciado, cual es el de reparar los daños producidos por las conductas violentas que impiden el desarrollo de las relaciones socio-afectivas entre padres e hijos.

El fallo no deja lugar a dudas sobre la necesidad de reparar los daños causados al padre por la violencia ejercida por la madre, quien impidió durante años la comunicación del padre con su hijo, afectando gravemente el derecho de comunicación paterno-filial.

Pero, además, invita a reflexionar sobre la utilidad de la acción preventiva que consagra el nuevo ordenamiento sustantivo, como una herramienta más para evitar la producción o el agravamiento de este tipo de daños, que suelen ser irreversibles.

De ahí que pueda concluirse que los principios de la responsabilidad civil —en su doble función: preventiva y resarcitoria— son plenamente aplicables a los conflictos intrafamiliares y no resultan ajenos al Derecho de Familia.

(A) Especialista en Derecho de Familia. Jefa de Trabajos Prácticos en la materia Familia y Sucesiones a cargo de la Dra. Graciela Medina, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Secretaria interina de la sala H de la Cámara Civil.

(AA) Doctora en Jurisprudencia. Juez de la Cámara Civil y Comercial Federal. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Vicepresidente de la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las personas. Profesora Titular de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho (UBA).

(AAA) Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de Investigación UBACyT 2018-2020, "Violencia de género y violencia familiar. Responsabilidad por daños", dirigido por Graciela Medina.

(1) MAZZINGHI (h), Jorge - CARPINETI de HUGHES, Rosa, "La ruptura matrimonial y la importancia de ajustar la función paterna a una nueva realidad", ED 158-1006; MAKIANICH de BASSET, Lidia N., "Derecho de visitas", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, ps. 63- 64 y "Marco normativo del derecho de visitas y derecho judicial. Incumplimiento y sanciones civiles y penales. El abuso del derecho", ED 143-908 y ss.; TARABORRELLI, José N., "Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos (aspectos civiles y penales)", JA 1997-I-869, nro. X; FERRER, Francisco, "Daños resarcibles en el divorcio", ps. 96-97; NOVELLINO, Norberto J., "Responsabilidad por daños resultantes de la frustración de la comunicación entre padres e hijos", en Derecho de daños, 4ª parte-A, ps. 543 y ss.; MIZRAHI, Mauricio L., "Familia, matrimonio y divorcio", ob. cit., nro. 214, p. 443; MINYERSKY, Nelly, "Daños y perjuicios: incumplimiento alimentario y obstrucción al régimen de comunicación entre padres e hijos", RDF 2002-IV-59 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", en Daños en el derecho de familia, p. 299; TRIGO REPRESAS, Félix - LÓPEZ MESA, Marcelo, "Tratado de la responsabilidad civil", t. IV, ps. 268-269; BELLUSCIO, Claudio, "Frustración de visitas de padre a hijos", en BORGONOVO - CÚNEO, Derecho de daños. Daños en el derecho de familia, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2003, parte 4ª-B, ps. 398 y ss.

(2) CS, 26/10/2010, "G., M. S. c. J. V., L.", Fallos 333:2017.

(3) CNCiv., sala B, 09/11/2010, "S., A. V. c. C., A. C. s/régimen de visitas", sum. 20.259 de la Base de Jurisprudencia de la Cámara Civil.

(4) CNCiv., sala K, 12/02/2019, "F., D. E. c. D., L. V. s/daños y perjuicios - ordinario", expte. 39.782/2010.

(5) CNCiv., sala D, 27/10/2010, "L., J. C. O. y otro c. V., P. s/daños y perjuicios", sum. 20.603 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil, cita online: AR/JUR/234/2019.

(6) Así se ha aprobado por unanimidad en la Comisión N° 3 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca en el año 2015.

(7) FUMAROLA, Luis, "El resarcimiento del daño moral en el ámbito de las relaciones familiares", ponencias Comisión N° 3 de las XXV Jornadas de Derecho Civil, Bahía Blanca, septiembre de 2015.

(8) MEDINA, Graciela, "Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV, 287; en igual sentido, "Daños en el derecho de familia", Rubinzal- Culzoni Edit., 2002, p. 26.

(9) CS, 05/08/1986, "Santa Coloma, Luis F. y otros c. Ferrocarriles Argentinos", Fallos 308:11767, LA LEY, 1987-A, 442, JA 1986-IV-624, ED 120-651; id., 05/00/1086, "Gunther, Fernando c. Gobierno Nacional" JA 1987-IV- 653; id., 21/09/2004, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales", Fallos 327:3753, LA LEY, 2005-A-230.

(10) MEDINA, Graciela, ob. cit., nota 8.

(11) Según el Código Civil y Comercial el fundamento legal se encontraría en los arts. 651, 652 y 653.

(12) Los derechos subjetivos familiares son una especie de los derechos subjetivos en general que se

caracterizan por nacer entre personas unidas por vínculos familiares. Son poderes o acciones otorgados o reconocidos por el ordenamiento jurídico, mediante los cuales una persona puede exigir de otra, con quien la une un determinado nexo familiar, un determinado comportamiento. Así pues, no me caben dudas de que el derecho de comunicación, en cuanto derecho subjetivo familiar, permite exigir el cumplimiento de la prestación en cuestión, y, por ende, reclamarlos perjuicios derivados de su incumplimiento, MEDINA, Graciela, "Daños en el derecho de familia", 2ª ed., p. 606.

(13) En doctrina, existen numerosos cuestionamientos en torno a la terminología adoptada por la norma, así como al alcance y oportunidad del referido anoticiamiento que, para algunos, ha venido a condicionar una facultad jurisdiccional que ya existía en la jurisprudencia.

(14) MINYERSKY, Nelly, ob. cit., ps. 59-72, menciona como medidas sancionatorias que podrían aplicarse a fin de lograr la debida comunicación las siguientes: intimación al cumplimiento del régimen de visitas bajo apercibimiento de astreintes, aplicación de las mismas, multas civiles o sanciones pecuniarias, garantías reales, intimación al cumplimiento bajo apercibimiento de modificar el régimen de tenencia, intimación bajo apercibimiento de suspender al "guardador" en el ejercicio de la autoridad paterna. Sobre la misma cuestión, José N. TARABORRELLI —ob. cit.— destaca que a veces se ha ordenado el allanamiento de la casa de la madre para permitir las visitas del padre, o la internación del menor en un colegio. Desde la órbita del Derecho Penal, es posible requerir la intervención de un juez de dicha competencia para que castigue con prisión de un mes a un año al padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes, agravándose la pena cuando se trate de un menor de menos de diez años. Lo propio si para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, se lo muda de domicilio sin autorización judicial, o —más grave— si se lo muda al extranjero sin autorización judicial o excediendo los límites de la misma —conf. arts. 1º y 2º de la ley 24.270—. El art. 3º de dicha normativa prescribe que el juez deberá disponer las medidas necesarias para restablecer el contacto y determinar —de ser procedente— un régimen de visitas provisorio, o de existir, hacer cumplir el ya establecido. Como bien lo destaca Nelly Minyersky —en el artículo mencionado—, todas estas medidas tienen su valor, pero su contenido no se relaciona con el daño producido a la víctima, y además se aplican a quien obstruye las visitas, pero no a quien pierde toda comunicación con su hijo.

(15) Conf. MAKIANICH de BASSET, Lidia, "Marco normativo del derecho de visitas y derecho judicial...", ob. cit., ps. 906-907.

(16) CNCiv., sala G, 18/12/2007, "Arenas, Silvia G. c. Quintano, José M. y otros s/daños y perjuicios", expte. G073749, sumario 8580 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil.

(17) CNCiv., sala K, expte. K060625, 25/08/2006, "Canales Carpio, Julio C. c. Benedit, Claudio R. y otros s/daños y perjuicios", cita online: 700381/3.

(18) CS, 04/12/2011, "Baea, Silvia O. c. Provincia de Buenos Aires y otros", RCyS 2011-VIII-176, con apostilla de Jorge M. Galdós.

(19) GALDÓS, Jorge M., en LORENZETTI (dir.), Ricardo, "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2015, t. VIII, p. 504.

(20) El fallo de primera instancia fue dictado el 07/05/2018 por el titular del JNCiv. N° 43.

(21) CNCiv., sala A, 25/02/2016, "Pacchiale, Marcos c. Pacciele, Victorio s/daños y perjuicios", expte. 46818/2015, sumario 25204 de la Base de Jurisprudencia de la Cámara Civil.

(22) En el caso se reclamaban los daños y perjuicios que la actora alegó haber sufrido como consecuencia de acto relaciones con su persona y determinados bienes, que se habrían producido antes y durante la relación de convivencia y posterior matrimonio de las partes.

(23) CNCiv., 28/12/2015, "T., D. I. c. K., G. F. s/daños y perjuicios", expte. 36076/2015.

(24) CNCiv., 19/03/2015, "Marchi Piñeiro, Pamela c. Stombellini, Pablo A. s/daños y perjuicios", expte. 16663/2014.

(25) HERRERA, Marisa, en LORENZETTI (dir.), Ricardo, ob. cit., t. IV, p. 571.

(26) CNCiv., sala A, 21/04/2016, Recurso A000199, Juzg. N° 102, "F. S., B. L. c. Z., P. N. s/denuncia por violencia familiar", sumario 25343 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil.

(27) CNCiv., sala B, 09/11/2010, "S., A. V. c. C., A.C. s/ régimen de visitas", sumario 20258 de la Base de Jurisprudencia de la Cámara Civil.

(28) TEDH, 13/10/2006, "Lafargue vs. Rumania"; en sentido similar, TEDH, "Hokkanen vs. Finlandia" del año 2004, que condenó a Finlandia a pagar a Hokkanen la suma de 50.000 marcos finlandeses por el perjuicio moral sufrido por la privación de ejercer su derecho de visitas a su hija menor, que había sido entregada por el padre a los abuelos al momento de la muerte y quienes no le permitieron ver a la niña durante tres años, no obstante la decisión judicial en tal sentido. Finlandia fue condenada por no dar al requirente medios eficaces para poder ejercer el derecho de visitas durante tres años. En igual sentido TEDH, 03/12/2002, "Nowicka vs. Polonia". Ver

comentarios a estos fallos en MEDINA, Graciela, "Daños en el derecho de familia", Rubinzal-Culzoni Edit., 2ª ed., cit. ps. 604 y ss.

(29) GALDÓS, ob. cit., p. 296.

(30) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "La responsabilidad civil en el nuevo Código", Ed. Alveroni, Córdoba, 2015, t. I, p. 89.

(31) TANZI, Silvia - FOSSACECA (h), Carlos, "Respuestas del derecho de daños al incumplimiento de los deberes de comunicación en la responsabilidad parental", ponencia presentada en las XXV Jornadas de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca en el año 2015.