

DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS AL PROGENITOR POR LA OBSTACULIZACIÓN DEL DERECHO A TENER UNA ADECUADA COMUNICACIÓN CON UN HIJO. UNA INTERESANTE SENTENCIA ITALIANA

Año 2001 / N° 2 / Pag. 285 /

Autor

- Kemelmajer de Carlucci, Aída

Sumario

I. Objetivo, límites y metodología de estas líneas. II. Texto de la sentencia italiana. 1. Antecedentes del proceso. 2. Motivación de la decisión. III. Una indudable coincidencia del Derecho argentino con la sentencia comentada: la existencia de un derecho-deber que se ejerce atendiendo al interés superior del niño. IV. Una sentencia uruguaya. V. Requisitos de la procedencia de la demanda interpuesta por el progenitor no guardador. 1. Antijuridicidad. 2. Imputabilidad. 3. El daño causado. 4. Relación de causalidad. VI. Falta de legitimación para iniciar la acción por el hijo. VII. Vía procesal para canalizar la pretensión: Acción de daños y perjuicios autónoma (siempre) u opción para convertir la sentencia que dispone las visitas en una acción de daños y perjuicios en la etapa de ejecución. VIII. ¿Daños y perjuicios y/o astreintes? IX. La tesis de la "autonomía de las sanciones del Derecho de Familia" y su aplicación a la conducta obstruccionista. X. Una pregunta final: ¿Reparación de perjuicios o daños punitivos?

- *I. Objetivo, límites y metodología de estas líneas*
- *II. Texto de la sentencia italiana*
- *III. Una indudable coincidencia del Derecho argentino con la sentencia comentada: la existencia de un derecho-deber que se ejerce atendiendo al interés superior del niño*
- *IV. Una sentencia uruguaya*
- *V. Requisitos de la procedencia de la demanda interpuesta por el progenitor no guardador*
- *VI. Falta de legitimación para iniciar la acción por el hijo*
- *VII. Vía procesal para canalizar la pretensión: Acción de daños y perjuicios autónoma (siempre) u opción para convertir la sentencia que dispone las visitas en una acción de daños y perjuicios en la etapa de ejecución*
- *VIII. ¿Daños y perjuicios y/o astreintes?*
- *IX. La tesis de la "autonomía de las sanciones del Derecho de Familia" y su aplicación a la conducta obstruccionista*
- *X. Una pregunta final: ¿Reparación de perjuicios o daños punitivos?*

Ver texto completo

DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS AL PROGENITOR POR LA OBSTACULIZACIÓN DEL DERECHO A TENER UNA ADECUADA COMUNICACIÓN CON UN HIJO. UNA INTERESANTE SENTENCIA ITALIANA

I. Objetivo, límites y metodología de estas líneas

El único propósito de estas líneas -dado el tema central al que está dedicado este número de la Revista- es difundir en nuestro país una sentencia dictada por un tribunal

de Roma el 13 de junio de 2000 [1].

Es verdad que, como dice el distinguido profesor rosarino Miguel Ángel Ciuro Caldani, "por lo general, las cuestiones de familia que se llevan a litigio judicial siempre exhiben ingredientes dolorosos, cuya recomposición sólo muy parcialmente puede ser subsanada por los jueces; ello porque el valor amor no puede ser suplido por valores jurídicos" [2]. Por eso, admito que la cuestión que abordaré -reparación de los daños y perjuicios sufridos por el progenitor no guardador- es, sustancialmente, un "tema menor" dentro del complejo "derecho-deber del progenitor a tener una adecuada comunicación con el hijo" [3], especialmente si se lo compara con el problema político-institucional que se plantea cuando el niño es trasladado a otro país [4].

Sin embargo, creo útil este cometido por varias razones:

a) En nuestro país no se han publicado (al menos en estos últimos años en las revistas de mayor difusión) decisiones judiciales que contengan condenas a reparar los daños y perjuicios causados por estos hechos, desgraciadamente tan frecuentes.

b) Tampoco hay demasiada doctrina al respecto, ni en el Derecho nacional ni en el Comparado [5].

c) Las recomendaciones de algunas jornadas y congresos que han abordado la cuestión de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia [6] han seguido distintos criterios:

- Algunas lo han silenciado [7].

- Otras se refieren al amplio espectro de las sanciones civiles. Así, por ejemplo, las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (setiembre de 1997) recomendaron que "frente al incumplimiento de los deberes familiares, la legislación debe estructurar sanciones que aseguren la efectiva concreción de los mismos, autorizando a los jueces la aplicación de las sanciones reglamentadas que se adecuen a las circunstancias de las personas implicadas en aquellas defecciones"; asimismo que "cualquier obstrucción o incumplimiento injustificado al régimen de visitas debe sancionarse".

En las I Jornadas del Fin del Mundo de Derecho Privado (octubre/noviembre de 1996) [8] también se afirmó que "la ley prevé soluciones en tal sentido, como la aplicación de sanciones conminatorias independientes de cualquier constitución en mora, el resarcimiento de los daños, la modificación del régimen de la tenencia o la suspensión o supresión del ejercicio de la patria potestad".

- El 3er Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, 1993), en cambio, trató específicamente la cuestión y recomendó: "3. La privación de la adecuada comunicación con los hijos por el progenitor tenedor a quien no detenta la tenencia es una conducta antijurídica, en tanto ella implica el incumplimiento de los deberes jurídicos establecidos. Como acto ilícito hace nacer la responsabilidad civil del autor de indemnizar el daño que produce al otro progenitor. El daño puede ser tanto material como moral y para su apreciación deberá tenerse en cuenta la especialidad de las relaciones de familia. La responsabilidad estará en todos los casos basada exclusivamente en la imputabilidad subjetiva. 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. "El sujeto legitimado para ejercer la acción es el progenitor no conviviente, no titular de la tenencia de los menores y el propio menor. El sujeto pasivo de esta acción es el progenitor titular de la tenencia de los menores. También están legitimados para reclamar resarcimiento por la privación del régimen de visitas los abuelos y hermanos del menor" [9].

Fijado el interés del tema, comenzaré por una traducción parcial (un poco libre, en

algunos párrafos) de la decisión bajo comentario. Luego, analizaré en qué medida la solución es trasladable al Derecho argentino.

II. Texto de la sentencia italiana

1. Antecedentes del proceso

1. En 1995, B. A., invocando ser titular de la patria potestad de su hijo menor nacido en 1987, interpuso demanda por sí y por su hijo para ser reparados del "daño biológico" y del daño moral sufrido por ambos. Relató que por sentencia del 4 de febrero de 1992 el tribunal de Roma dispuso la separación personal de los cónyuges y confió a la madre la guarda del hijo menor (que antes tenía 5 años y ahora 13), con facultad para el padre de verlo y tenerlo consigo desde las 16 horas del sábado a las 20 del domingo cada dos semanas; además, previo acordarlo con la madre, lo tendría también treinta días de vacaciones en verano, diez días durante las Navidades y cuatro durante las Pascuas; igualmente, se otorgó a la madre la vivienda familiar, y se fijó la suma de 700.000 liras mensuales, reajustadas anualmente, como cuota alimentaria a cargo del padre. Dijo que mientras él había cumplido siempre y continuaba cumpliendo con sus propios deberes de mantenimiento del hijo, la madre no se atiene a las condiciones fijadas por el juez de la separación en lo que hace a la relación padre-hijo ya que, sin ningún motivo justificado, se ha rehusado y se rehúsa a permitirle ver a su hijo y a tenerlo consigo según lo previsto en esa sentencia, no obstante que continuamente, pero en vano, la ha intimado con telegramas y por medio de parientes y amigos para poder ejercer tal derecho; voluntariamente, evitó recurrir al juez competente o a otros instrumentos coercitivos legales para poder ver y frecuentar al hijo, ya que tal iniciativa habría terminado, desgraciadamente, por incidir fuertemente en la moral y en la serenidad del hijo menor, con el consiguiente daño psicofísico. Afirma que la particular gravedad del comportamiento ilícito de la madre, carente de cualquier justificación, les ha producido a ambos (hijo y padre) irreversibles y graves daños, integrantes de la especie llamada "daño biológico", además del daño moral, en cuanto inciden en su proyección de vida, su ubicación social, la tutela y conservación de la familia, sus relaciones afectivas, sus relaciones socioculturales, sus condiciones psicofísicas; que estos daños, en cuanto derivados de la lesión a derechos inviolables previstos en los artículos 2 y 32 de la Constitución italiana, deben ser resarcidos por la demandada a la luz de los artículos 2043 y 2059 del Código Civil italiano, mediante un procedimiento urgente, destinado a impedir o atemperar todo lo establecido por el juez de la separación, y en la medida en que resulte probado en este juicio.

2. La demandada compareció, contestó la demanda, dijo que era infundada tanto en los hechos como en el derecho, pidió su rechazo y reconvino. Dijo que el actor, después de un mes del nacimiento del hijo, se desinteresó por el niño, dejando el hogar conyugal, salvo alguna fugaz aparición en la vivienda, por lo que, en realidad, el hijo no conoce al padre, no lo ha visto. El niño no conoce al padre no por culpa de la madre, sino por el hecho de que ella ha debido reconstruir su existencia con otro hombre quien, además, quiere muchísimo al niño y, consecuentemente, el niño tiene la figura del padre en el amigo de la madre; por eso, muy preocupada por el efecto emotivo que puede causar en el niño confiarlo, aunque sea por un solo día, a una persona totalmente desconocida, intentó evitarle cualquier encuentro con el padre. Por otra parte, dijo, el actor no ha actualizado la prestación alimentaria, por lo que ha debido iniciar acciones judiciales para el recupero de las sumas debidas por el marido. Con fundamento en esas razones, reconvino por litis temeraria en los términos del artículo 96 del Código Procesal Civil italiano.

3. Estando esta causa en curso, por sentencia de divorcio 21.373 del 3 de octubre de 1997, el tribunal civil de Roma resolvió hacer cesar los efectos del matrimonio; confió

el hijo a la madre y estableció el derecho del padre para verlo y tenerlo consigo: dos tardes a la semana, a concordar entre los padres, a la salida del niño de la escuela, hasta las 20 horas; el sábado, a la salida de la escuela, hasta las 20 horas del domingo, semana por medio; treinta días durante las vacaciones del verano, a concordar entre los padres; del 24 al 30 de diciembre o del 31 de diciembre al 6 de enero, y cinco días durante las Pascuas, en años alternados. Adjudicó a la madre la vivienda familiar ubicada en Roma y fijó en 852.000 liras mensuales la prestación alimentaria debida por el padre para el mantenimiento del hijo, reajutable anualmente a partir de noviembre de 1998.

4. Concluida la instrucción y fracasada la conciliación, se fijó audiencia para el 2 de febrero de 2000, llamándose autos para resolver en los términos del artículo 190 bis, primer apartado del Código Procesal Civil italiano.

2. Motivación de la decisión

1. En la presente causa, como cuestión previa, debe establecerse que el actor no podía y no puede "representar" al hijo menor para hacer valer derechos resarcitorios de este último, en forma conjunta a los suyos, contra la madre. El padre, en cuanto no tiene el ejercicio de la patria potestad de su hijo, aun cuando tiene la titularidad, a los fines de los artículos 320 y 155 del Código Civil italiano, no tiene la representación y, en general, no puede constituirse en juicio por él, dado que la guarda ha sido otorgada a la madre, por lo que es ella quien ejercita en forma exclusiva la patria potestad sobre el hijo. Por otro lado, existiendo en el caso un evidente "conflicto de intereses patrimoniales" entre el hijo y la madre, única que

ejerce la patria potestad en el sentido del artículo 320, último apartado del Código Civil y del artículo 78 del Código Procesal Civil italiano, el padre interesado, antes de interponer la demanda resarcitoria por la parte que atañe al hijo menor, debió haber propuesto, a instancia del presidente del tribunal, que se designara un curador especial y que, autorizado, éste representase al menor procesalmente incapaz; en consecuencia, se declara la falta de legitimación ad processum en la parte concerniente a los derechos resarcitorios hechos valer por el hijo menor en contra de la madre demandada.

2. Las cuestiones preliminares planteadas por la demandada ("falta de interés para actuar" y "falta de consentimiento para la modificación de la demanda") son manifiestamente infundadas y, por ello, deben ser rechazadas. Del contenido de la notificación del 20 de febrero de 1995 se deriva claramente que el objeto de la demanda, en cuanto al monto, es "en la medida que sea probado en el curso de esta litis o que, de cualquier modo aparezca justo". Por otro lado, en la audiencia instructoria del 11 de mayo de 1998, el procurador del actor se limitó a decir que "oportunamente solicitará al tribunal la suma de nummus uno como resarcimiento", pero esa petición "futura" (que en la práctica, por constituir la renuncia formal de la actora a la demanda propuesta habría requerido aceptación de la contraparte) no se ha realizado; más aún, al momento de sus conclusiones finales, el mandatario del actor dijo, refiriéndose a la audiencia del 7 de julio de 1998, que se remitía a la notificación de la demanda, o sea, que reclamó el resarcimiento del daño por un monto mucho más significativo que el nummus uno. De todo esto se deduce que no faltó interés para actuar en el actor, ni sobrevino una modificación de la demanda.

3. En lo sustancial, valoradas las constancias de autos, la demanda resarcitoria del padre se muestra fundada, y por eso será acogida aunque sólo limitadamente al daño biológico y moral propio, y no en cuanto ha sido deducida por el hijo.

Primeramente, está probado con la sentencia de separación personal de los cónyuges del 4 de febrero de 1992 que el tribunal civil de Roma confió el hijo menor a la madre y dispuso específicamente que el padre podía verlo periódicamente desde las 16 horas del sábado a las 20 del domingo cada dos semanas; además, previo acordarlo con la madre,

el padre lo tendría también treinta días de vacaciones en verano, diez días durante las Navidades y cuatro durante las Pascuas. Resulta también probado mediante dieciséis telegramas postales enviados a la esposa, en forma progresiva desde el 27 de noviembre de 1987 en adelante (el niño nació el 21-6-87), que el padre, reiterada pero inútilmente, requirió e intimó a cumplir con el deber de permitir verlo y tener consigo al pequeño periódicamente; además, el incumplimiento de la demandada resulta verificado por la sentencia de separación personal, que a fojas 8 afirma: "...Los frecuentes obstáculos puestos por la recurrente para el encuentro paterno con el hijo..." Los incumplimientos también surgen de la sentencia de divorcio del 31 de octubre de 1997, apelada por la madre sólo en cuanto a la condena en costas y a la fijación de la cuota alimentaria, en la parte en la que afirma que la frecuencia de trato necesaria e importante entre el hijo y el padre "está siendo siempre obstaculizada por la madre, quien se empeña en suprimir de la mente del niño la figura paterna".

4. Las alegaciones en contrario de la demandada son manifiestamente infundadas y carentes de justificación válida, tanto cuando afirma que la falta de encuentros entre el padre y el hijo no se debe a su conducta, como cuando se refiere al rechazo manifestado por el menor al ser dejado solo con el padre. Tales alegaciones no sólo resultan contradichas por lo afirmado en ambas sentencias, sino que se ha probado con certeza que la falta de posibilidad para el actor de ejercitar su derecho-deber de visita a su hijo es imputable exclusivamente a la madre.

La demandada tampoco ha probado (art. 2697, 2º párrafo del Cód. Civ. italiano) la existencia de hechos sobrevinientes obstativos para que el padre pudiese ver y tener consigo periódicamente a su hijo, o susceptibles de producir un grave perjuicio en la educación y los intereses del menor, que la legitimaran o exoneraran del deber de cumplir con la sentencia que reconoce el derecho de visita del padre.

En cambio, el padre ha probado haber cumplido siempre su obligación de contribuir al mantenimiento del hijo, como surge de la sentencia de separación personal.

5. En consecuencia, valorados todos los hechos y la prueba concerniente, y lo establecido por los artículos 2043 y siguientes del Código Civil italiano relativos al resarcimiento del daño por hecho ilícito, se tiene por verificado que en el sub lite está configurada -en abstracto- la hipótesis del hecho delito, ex artículo 388, 2º párrafo del Código Penal italiano, de eludir la ejecución de la sentencia del juez civil, pasada en autoridad de cosa juzgada, desde que la madre no ha tenido intención de cumplir con lo estatuido respecto a los encuentros entre el padre y el hijo. Es evidente el rol central que, de hecho, asume el progenitor que tiene la guarda para consentir las relaciones familiares entre el hijo menor y el otro progenitor, siendo que esa relación debiera ser consentida (o mejor aún, favorecida) en el preeminente interés del menor con el fin de conseguir -mediante el conocimiento, la proximidad y la vigilancia del otro progenitor (en el caso la madre)- la necesaria completividad de la formación social y educativa del menor (art. 30 de la Const. italiana y arts. 147 y 148 del Cód. Civ. italiano). Por otra parte, el derecho de visita del padre no guardador constituye para él también un verdadero deber hacia el hijo, sobre todo en el orden interno y moral, en atención a los vínculos que los ligan, las funciones socioeducativas a cumplir y los graves perjuicios que pueden producirse en caso de incumplimiento.

6. De todo lo expuesto resulta que de los referidos comportamientos injustificados e ilícitos de la guardadora hacia el no guardador han podido derivar objetivamente daños a la salud psicofísica (bien tutelado por el art. 32 de la Const. italiana) y daños morales, pues él no puede cumplir estos importantes deberes hacia el hijo, ni satisfacer su derecho a conocerlo, a frecuentarlo y educarlo, en razón y en proporción de su propio sentido de la responsabilidad, y del prolongado pero en vano empeño puesto en ser

satisfecho en dicho derecho dadas las circunstancias mencionadas, todas verificadas en el caso.

Si esta fattispecie es resarcible en razón de lo dispuesto por los artículos 2043, 1057 y 2059 del Código Civil italiano y el artículo 32 de la Constitución italiana, su existencia ontológica, en términos de perjuicio sufrido a sus condiciones psicofísicas, está probada in re ipsa y se presume en los términos de los artículos 2727 y 2729 del Código Civil italiano, tratándose de un daño emergente que deriva de las prolongadas turbaciones neurosíquicas, del dolor, de las ansias y de la angustia producida por no haber podido cumplir, no por su propia voluntad, los deberes hacia su hijo, ni haber podido satisfacer sus legítimos derechos de padre, con consecuencias perjudiciales en su propia vida de relación (en las relaciones parentales, sociales, recreativas, etc.), disminución que incide fuertemente en la salud psicofísica de un individuo y también en su proyección futura, y por eso, de concreta y permanente relevancia biológica, por lo cual debe ser hecha valer su expectativa reparadora.

El daño está acreditado con el informe de la médica psicóloga María Di Nico (obrante en el procedimiento de divorcio de la pareja), el del consultorio familiar del A. S. L. y el de la Sesión de Mediación Familiar de la Universidad La Sapienza de Roma, de los que resulta que el niño "parece vivir una lacerante situación de incerteza y conflicto dentro de sí, como entre el miedo de perder la madre y la necesidad de conocer al padre..." que "la madre contrapone un intransigente e inamovible rechazo, y amenaza con llevarse al niño y no volver más..."; "que después de una semana de espera, ningún avance, ningún contacto telefónico se ha producido, por lo que de dicha conducta se deriva la voluntad de la madre de no permitir los encuentros entre el niño y su propio padre. Que el padre, en cambio, ha participado en todos los encuentros programados por el equipo de la Sesión, presentándose puntualmente y mostrándose colaborador y dispuesto..."

En definitiva, por todos los motivos expuestos, la demandada debe ser condenada al resarcimiento del daño biológico permanente causado con su ilícito comportamiento a la persona del actor, como también al resarcimiento del daño moral. Por el contrario, resulta infundada la demanda reconventional ejercida a los términos del artículo 96 del Código Procesal Civil italiano, por lo que debe ser rechazada.

7. En lo referente al cuántum, existiendo en el caso la razonable imposibilidad y la particular dificultad de probar el monto preciso del daño biológico causado al actor consistente en su desventajosa pérdida, el artículo 1226 del Código Civil italiano autoriza a este juez a determinarlo equitativamente, teniendo en miras las particularidades del hecho resultantes de la instrucción de la presente causa.

Y, prudentemente evaluado, se considera posible utilizar, como instrumento de referencia sin que importe aplicación directa, el baremo indicativo de los porcentuales de invalidez, aprobado por el artículo 2 de la ley 18/1980 del D. M. de la Sanidad del 25 de julio de 1980; por ello, en concreto, se fija en el 9% la invalidez micropermanente de naturaleza psicofísica que no incide sobre la capacidad laborativa del padre, y se liquida tal daño biológico en 2.850.000 liras por cada punto de invalidez; o sea que el daño total se fija en 16.650.000 liras; se tiene en cuenta que el actor tenía 46 años cuando interpuso la demanda y que dicho monto contiene la revalorización monetaria desde la fecha de la demanda hasta el presente pronunciamiento.

A ese importe debe agregarse 4.200.000 liras a título de daño no patrimonial, resarcible a los términos del artículo 2059 del Código Civil italiano. Este monto devengará intereses legales desde la publicación de esta sentencia hasta que la suma sea satisfecha, no resultando probado ni presunto, en el caso, la existencia de un daño ulterior por lucro cesante por el pago tardío del equivalente resarcitorio, y como ya se ha dicho, el monto está adecuado a los valores monetarios en curso.

8. En cambio, debe ser rechazada por infundada la pretensión del actor de un "procedimiento urgente" para hacerle conseguir el cumplimiento por parte de la demandada de las obligaciones que nacen de la sentencia de separación personal (ahora de divorcio) relativa a la actuación de su derecho de visita reconocido...

9. La demandada vencida parcialmente debe ser condenada al reembolso de la mitad de las costas procesales...

III. Una indudable coincidencia del Derecho argentino con la sentencia comentada: la existencia de un derecho-deber que se ejerce atendiendo al interés superior del niño

La sentencia transcrita y la doctrina y jurisprudencia mayoritarias de nuestro país coinciden en calificar como un "derecho-deber" el mantener adecuada comunicación con el hijo, desde que el derecho también es titularizado por el hijo. Esta caracterización emana sin hesitación del artículo 9, inciso 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que dice: "Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de 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" [10].

En las sentencias argentinas se lee con frecuencia: "El derecho de visitas que tienen los padres es también de los hijos, y por lo tanto, un correlativo deber de aquéllos, quienes deben velar paritariamente por una adecuada comunicación del menor con el progenitor que no ejerce la tenencia a fin de fortalecer los lazos afectivos de ambos, y con ellos evitar la total desintegración de la familia" [11]. Por eso, "el derecho de visita no se limita a una mera facultad que caprichosamente pretende ejercer el padre y ciegamente la ley debe reconocer; se complementa con el cúmulo de deberes emergentes de la patria potestad, entre los cuales se encuentran los de mantener adecuada comunicación con los hijos y controlar su educación"; "Por tanto, tienen relevancia la edad del menor, su salud, la relación afectiva que mantiene con el padre o madre que lo visita y todo elemento de juicio que permita establecer el modo más eficiente para su ejercicio" [12]. Idénticos juicios se encuentran en el Derecho Comparado [13]; en tal sentido hay consenso en que, aunque se trate de un niño de muy corta edad, es indiscutible su interés en tener contactos regulares con su progenitor y poder anudar con él una relación profunda [14].

Por eso, en principio, el daño del niño es indudable, desde que él sufre una pérdida de identidad, del sentimiento de pertenencia a un grupo social, lugar, familia, amigos, etcétera.

Ahora bien, adviértase que la sentencia no condena a pagar los daños y perjuicios sufridos por el hijo, sino los daños sufridos por el padre, y a ellos me referiré.

IV. Una sentencia uruguaya

Según María Inés Varela de Motta, en 1977, en el Uruguay, se trató un tema análogo al de la sentencia italiana antes transcrita. Referencia la autora: "La madre fue autorizada a radicarse con el menor en el extranjero y se fijó un régimen de visitas, con garantía prestada por un tercero. Ante el incumplimiento del régimen, el padre promovió juicio por resarcimiento de daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales. Los primeros consistentes en los gastos actuales de abogados y tributos del juicio, y los futuros, que estarían integrados por los que debería afrontar para viajar al lugar del domicilio del menor. Los segundos consistían en el perjuicio moral que implicaba el haber sido privado, quizás para siempre, del contacto con el hijo. En ambas instancias, el fallo fue favorable al reclamante" [15].

V. Requisitos de la procedencia de la demanda interpuesta por el progenitor no guardador

La acción del progenitor exige, al menos, el cumplimiento de los requisitos clásicos de la responsabilidad civil.

1. Antijuridicidad

La sentencia bajo comentario se detiene en la antijuridicidad, aunque no usa esta terminología. En tal sentido, insiste en que las visitas estaban fijadas por sentencias judiciales (una de separación y otra de divorcio) y que la demandada ha actuado en contra de lo ordenado en esas decisiones.

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 sistémicamente es evidente, atento a lo dispuesto por la ley 24.270, sancionada después de un tratamiento sobre tablas el 3 de noviembre de 1993, y publicada en el B. O. el 26 de noviembre de 1993 [16].

Adviértase, incluso, que la ley mencionada, con excesiva amplitud, no requiere (al menos expresamente) que las visitas hayan sido fijadas por sentencia judicial.

No es ésta la oportunidad para explicar el texto legal; basta recordar:

- Que el diputado Jorge Agúndez, autor de uno de los proyectos, explicó que la ley es un simple instrumento y que no soluciona el problema de fondo. Sin embargo, justificó su sanción con argumentos serios, entre ellos, algunos datos estadísticos.

Expresamente dijo: "En un artículo publicado en el diario Washington Post se afirma que en el 90% de los casos de divorcio, las madres reciben la custodia de sus hijos y que el 40% de esos chicos no verá a su padre en el primer año de la separación.

Un informe publicado por el Instituto Inep de Francia, en febrero de 1988, dio la alarma en ese país: el 50% de los hijos de divorciados sólo ven a su padre una vez por semana y el 19% pierde todo contacto con él" [17].

- Que con independencia de las bondades o defectos de la ley, lo cierto es que la justicia penal argentina, en general, no tiene estructura humana ni material para aplicar este tipo de leyes [18].

2. Imputabilidad

Se trata de una responsabilidad subjetiva. De allí que el juez italiano referencie no sólo la prueba rendida en ese expediente, sino lo afirmado en las dos sentencias (de separación y de divorcio), donde se deja constancia de la conducta obstruccionista de la madre-guardadora al régimen fijado judicialmente.

El despacho del 3er Congreso Internacional de Derecho de Daños, antes transcrito, insiste también en el carácter subjetivo de la responsabilidad.

Ahora bien, dado que la conducta tenida en miras es la "obstaculización", la "obstrucción", etcétera, la procedencia de la demanda requiere dolo o, al menos, culpa grave inexcusable.

Lo expuesto no significa que el progenitor guardador pueda liberarse invocando, simplemente, que las visitas no pueden cumplirse porque el menor se opone. Bien se ha dicho: "Los intrincados funcionamientos emocionales que los procesos de divorcio desencadenan, originan en sus protagonistas la imposibilidad de distinguir entre las aptitudes maritales y las parentales. Esto genera conductas destructivas por las cuales es difícil mantener la objetividad con respecto a la visión del progenitor que se convierte en la contraparte de la contienda". Se menciona, incluso, la existencia del "síndrome de alienación parental" (SAP) o "proceso de exclusión", al que se define como "el proceso por el cual un progenitor, en forma abierta o encubierta, habla o actúa de una manera descalificante o destructiva a o acerca del otro progenitor, durante o subsecuentemente a un proceso de divorcio, en un intento de alejar (alienar) o indisponer al hijo contra ese progenitor" [19]. En igual sentido se afirma: "Como los menores pasan la mayor parte de su tiempo con el progenitor que detenta la guarda, es muy simple el procedimiento

de demolición de la imagen de quien no la ejerce, con lo que se convierte al niño o al adolescente, en el principal obstáculo de la comunicación paterno-filial que se pretende" [20].

En cambio, como dice el juez italiano, la demandada podría haberse liberado si hubiese acreditado "la existencia de hechos susceptibles de producir un grave perjuicio en la educación y los intereses del menor", o la existencia de "hechos sobrevinientes obstativos para que el padre pudiese ver y tener consigo periódicamente a su hijo". Para este último supuesto, recuérdese la sentencia de la Casación italiana del 15 de enero de 1998: "Cuando un hijo adolescente tiene hacia su padre no guardador sentimientos de aversión o de repulsa y da a su propio desarraigo afectivo y psicológico una motivación seria, puede el juez, en el interés del hijo y con el fin de evitarle perjuicios serios y probablemente irreparables, suspender totalmente o por tiempo indeterminado, el derecho de visita del padre

rechazado por el hijo, tanto más porque la imposición coactiva de los lazos con el progenitor podría tener efectos contraproducentes, dañosos para ambos" [21].

3. El daño causado

a) En torno a este requisito, la sentencia italiana presenta muy interesantes aristas, cuales son:

- Condena a pagar el llamado "daño biológico" [22], como categoría específica. El daño biológico es considerado un supuesto de ataque a la integridad psicofísica, y por eso el juez se remite -como pauta indicativa- a las tabellas o "baremos" existentes en el Derecho italiano para este tipo de lesiones; se lo valora como si fuese una incapacidad, que no genera imposibilidad para trabajar, del 9% y la suma se fija en su consecuencia (se trata de una cantidad importante, cercana a los ocho mil dólares). En el Derecho argentino, el llamado "daño a la persona" no es una categoría independiente o autónoma. Sin embargo, subsiste el debate en torno a la autonomía del llamado "daño psíquico" [23], pero aun quienes lo admiten no lo presumen.

- El daño moral se liquida -erróneamente en mi criterio- sobre la base de un porcentaje del daño biológico (la cantidad es aproximadamente dos mil dólares). Es adecuado, en cambio, presumir su existencia, acreditados los hechos reseñados.

- Los intereses se mandan pagar sólo a partir de la sentencia. No se reconoce, a mi juicio con razón, un daño moratorio independiente.

b) Ahora bien, en este tipo de procesos, el cónyuge no guardador puede invocar daños patrimoniales ciertos, fácilmente liquidables; por ejemplo, las erogaciones incurridas para hacer efectivo el régimen de visitas incumplidas (el costo del viaje, finalmente inútil, al lugar donde las visitas deben ser cumplidas) [24], etcétera.

Lo verdaderamente difícil es estimar el daño moral, pero esta dificultad, obviamente, no debe conducir a su improcedencia.

4. Relación de causalidad

Como en toda acción de daños y perjuicios, se requiere que entre el hecho de la obstrucción y la lesión psicofísica o a las afecciones legítimas antes mencionadas exista un nexo de causalidad adecuado.

VI. Falta de legitimación para iniciar la acción por el hijo

La sentencia acierta cuando niega al padre la posibilidad de iniciar esta acción por el hijo. Tanto en el Derecho italiano cuanto en el argentino (art. 264, inc. 2° del Cód. Civ.), en los supuestos de divorcio, separación, separación de hecho, el ejercicio de la patria potestad corresponde al progenitor a quien se le ha otorgado legalmente la guarda. Entonces, no siendo guardador, el padre no pudo representar al menor, siendo menester la designación de un curador ad litem.

Yendo más lejos aún, se ha dicho: "La experiencia enseña que ni la madre ni el padre

que están en el medio de una guerra entre ellos pueden representar convenientemente los derechos de sus hijos. Éstos serán necesariamente parte del botín a dividir, pieza de cambio en los armisticios, rehenes para forzar negociaciones o simplemente munición viva para destruir al otro" [25].

VII. Vía procesal para canalizar la pretensión: Acción de daños y perjuicios autónoma (siempre) u opción para convertir la sentencia que dispone las visitas en una acción de daños y perjuicios en la etapa de ejecución

1. Los autores españoles discrepan sobre la aplicabilidad de las normas procesales que admiten la conversión en daños y perjuicios de las sentencias que no pueden ser cumplidas en especie a las "obligaciones que tienen su nacimiento en el ámbito familiar o Derecho de Familia". Por la negativa se argumenta que "sustituir el ejercicio del derecho de visitas con una indemnización de perjuicios supondría, a todas luces, el incumplimiento de un derecho cogente o imperativo" [26]. Con igual criterio se ha dicho: "Desde luego, el incumplimiento no puede derivar en el pago de una indemnización para resarcir los perjuicios causados porque el hijo abandonado sufrirá la falta del progenitor, pero este sufrimiento no puede ser evaluado económicamente" [27].

Los argumentos son insuficientes desde que:

- a) Por imperativo que sea el derecho-deber, a veces esas decisiones son, efectivamente, de cumplimiento imposible (por ej., si se trata de un menor adolescente que, influido por la guardadora, se resiste persistentemente a tener comunicación con el otro progenitor, tornándose infructuosa la participación de los expertos);
- b) la dificultad en la determinación o fijación de una cantidad no implica que el daño no existe.

2. Por eso, en principio, no parece irrazonable admitir, a opción del dañado, la aplicación analógica de estas normas. Dice Rivero Hernández: "La sugerencia no es nueva: en realidad, cuando se intente hacer cumplir manu militari la providencia o auto judicial sobre la entrega del menor al visitador frente a la resistencia de su guardador jurídico, se estará dentro de una de las previsiones de los artículos que regulan la ejecución de sentencia. Cuando ello no sea posible, o resulte desaconejado, podrá haber lugar a resarcimiento de perjuicios, que permiten las propias reglas, sanción indirecta que no precisa de una nueva reclamación en procedimiento separado, y si se usa de esta arma con oportunidad por la parte instante y por el juzgador, puede ser un eficaz procedimiento disuasorio frente al obstinado incumplimiento de quien tiene que facilitar las relaciones" [28].

El mismo autor que vengo glosando dice en nota 155: "Huelga casi decir que al margen de esta medida -pero creo que incompatible con ella, ya que en el fondo se trata de lo mismo- está la acción indemnizatoria con base en el artículo 1902 del Código Civil español" (equivalente al art. 1109 del Cód. Civ. argentino), "que puede ejercitar en procedimiento separado el que se crea perjudicado por la negación u obstaculización de las visitas y relaciones con el menor, acción ésta con el alcance y régimen normales de la misma, con idéntica dificultad en cuanto a la evaluación de los perjuicios a la aludida en el texto, cuyas consideraciones para ese caso estimo igualmente válidas para la acción ex artículo 1902" [29].

3. De cualquier modo, adviértase que en la sentencia italiana bajo comentario el padre inició esta acción autónoma (no en el proceso de ejecución de la sentencia que fijó las visitas) y específicamente aclaró que no había intentado ninguna de las medidas autorizadas por el Código Procesal para la ejecución específica, pues entendía que todas ellas eran contraproducentes para la salud del menor.

VIII. ¿Daños y perjuicios y/o astreintes?

Después de algunas vacilaciones iniciales -debidas en su momento a la carencia de texto expreso, antes de la incorporación del artículo 666 bis del Código Civil por la ley 17.711- la jurisprudencia nacional ha echado mano a las astreintes para forzar el cumplimiento de las sentencias que deciden sobre régimen de visitas [30].

Aunque en el Derecho argentino las astreintes se establecen en favor del particular dañado, tienen una naturaleza distinta a los daños y perjuicios. Por no señalar otras diferencias, piénsese, por ejemplo:

- Las astreintes tienden a hacer efectivo el cumplimiento específico y por eso se acumulan al cumplimiento. Los daños y perjuicios, en cambio, muchas veces sustituyen al cumplimiento específico, al tornar imposible la ejecución de la decisión.
- Las astreintes pueden ser dejadas sin efecto, o modificadas, si el condenado justifica total o parcialmente su proceder, solución que no es posible con una sentencia de daños y perjuicios que ha pasado en autoridad de cosa juzgada.
- El monto de las astreintes se fija, fundamentalmente, teniendo en cuenta el patrimonio del condenado, por aquello de que "el arma se mide por la coraza"; la condena por daños y perjuicios, en abstracto, frente a conductas obstruccionistas, no permitiría tener en consideración lo dispuesto por el artículo 1069 del Código Civil.
- Hay daños y perjuicios esencialmente reparadores, que ninguna vinculación tienen con el carácter punitivo de las astreintes (por ej., honorarios pagados a psiquiatras, gastos de traslado hacia el lugar fijado para las visitas, etc.).

No obstante estas diferencias, refiriéndose a los daños y perjuicios un autor ha afirmado: "En cuanto a la manera de concretar el resarcimiento, bien puede aplicarse una forma de astreintes en beneficio del menor o del progenitor afectado, o bien, si se trata de acción civil, recurrirse al artículo 45 del CPCCN, en el caso de actividad maliciosa o temeraria de una de las partes" [31].

De cualquier modo, reconozco que más allá de las distinciones técnicas, pesan sobre el juez que fija daños y perjuicios por conductas obstruccionistas pautas muy similares a las que utiliza cuando fija sanciones. Por eso, no parece desacertado el despacho del 3er Congreso Internacional de Daños cuando afirma: "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".

IX. La tesis de la "autonomía de las sanciones del Derecho de Familia" y su aplicación a la conducta obstruccionista

1. La tesis que rechaza la aplicación de la teoría general de la responsabilidad civil -aun con particularidades propias- al Derecho de Familia podría afirmar la improcedencia de esta acción aduciendo que este tipo de conductas sólo puede ser sancionado con respuestas propias del Derecho de Familia (por ej., cambio de tenencia), o procesales (por ej., astreintes).

La respuesta es insatisfactoria por varias razones, entre otras, las siguientes:

a) A veces, el Derecho de Familia no da respuestas; por ejemplo, el cambio de tenencia puede ser negativo para el hijo, pues pese a la conducta obstruccionista del guardador el mantenimiento del statu quo puede ser lo mejor teniendo en cuenta el interés superior del niño.

b) Las astreintes no son el medio adecuado para mandar reparar gastos efectivamente realizados.

2. Por otro lado, resulta difícil aceptar que conductas sancionadas penalmente no tengan

consecuencias en el ámbito patrimonial del autor. Esto es especialmente aplicable cuando la sentencia no puede ser ejecutada y la situación existente es atribuible al guardador. En tal sentido se ha dicho que "Aun cuando el progenitor separado, divorciado o de algún modo no conviviente con su pareja y no guardador de la prole tiene el derecho-deber de visitarla, de permanecer con ella y de mantener relaciones parentales constantes, el ejercicio de tal derecho-deber puede ser suspendido, aun por tiempo indeterminado, cuando la prole, prescindiendo de los méritos o deméritos del progenitor no guardador, manifieste contra él, aun en razón de la influencia ejercitada por las personas que le circundan, sentimientos radicales y constantes de rechazo y de repulsa, debiendo reconocerse prioridad absoluta al derecho del menor a la serenidad personal y familiar y a su bienestar psicológico integral" [32].

Si esto es así, ¿cabe dejar sin indemnizar al padre que, no obstante todos sus desvelos, intenta ese acercamiento, imposible por las razones antes expuestas, pero por una situación causada por el otro progenitor? El caso llegado a la Comisión Internacional de Derechos Humanos, cuya conclusión acabo de transcribir, es patético: una mujer danesa se casa con un hombre italiano; durante el matrimonio tienen una niña. Por desavenencias ulteriores, la madre se vuelve con la niña a Dinamarca. Para poder tener contacto con su hija, el padre abandona su trabajo en su país de origen y se traslada a Dinamarca; aunque los tribunales daneses fijan un régimen de visitas, no puede ejecutarse porque la niña rechaza al padre (probablemente, por influencia materna); los jueces suspenden el régimen, apoyados en numerosos dictámenes periciales que señalan la inconveniencia del contacto. El padre se vuelve a Italia, sufre una depresión severa que le impide insistir en sus reclamos judiciales; cuando intenta nuevamente, la situación se ha agudizado. Denuncia a Dinamarca ante la Comisión, por violación de su derecho a la vida familiar y a una justicia efectiva, pero el órgano europeo rechaza la denuncia; sostiene que dadas las circunstancias del caso, no existe violación a la Convención Europea de Derechos Humanos por parte de las autoridades danesas que suspendieron el derecho de visita atendiendo al interés superior del niño.

La respuesta -en el ámbito de violación del tratado- es correcta. Pero me pregunto si es justo que ese hombre quede sin reparación alguna si, efectivamente, a esa situación se llegó por la conducta abusiva de la madre.

X. Una pregunta final: ¿Reparación de perjuicios o daños punitivos?

La figura de los daños punitivos ha dado lugar a una importante bibliografía en la Argentina en estos últimos años. No pretendo, en estas pocas líneas dedicadas a otra cuestión, ingresar en el debate abierto y complicar aún más el tema que ha sido objeto de este comentario [33]. Sólo me interesa recordar que en la literatura anglosajona, donde la figura nace, la eventualidad de la aplicación del instituto en las controversias familiares ha sido rara vez pensada. Esto puede obedecer a que el Derecho norteamericano se ha abierto hace muy poco tiempo al resarcimiento de los daños "intrafamiliares". De cualquier modo, como dice Patti, el autor que con mayor rigor ha tratado las vinculaciones entre el Derecho de Familia y los principios generales de la responsabilidad civil, esta apertura puede llegar a significar la aplicación del instituto en un futuro, pues se trataría de un supuesto en que "se puede tener interés en punir una conducta dolosa, opresiva, ultrajante, que causa un daño social grave, producido, sobre todo, cuando no existen otras sanciones eficaces, dado lo exiguo del resarcimiento otorgado sobre la base de los parámetros habituales". Por mi parte, coincido con el autor que vengo glosando en que la alternativa válida para el Derecho continental al que pertenecemos es fijar montos

razonables por daño moral, y no introducir figuras cuya fuerza expansiva puede producir consecuencias no imaginadas [34].

- 1 La decisión se transcribe en *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, vol. XXX, gennaio-marzo 2001, ps. 211 y ss.
- 2 Pensamiento recordado por CAMPS, Carlos y NOLFI, Luis, *El Ministerio Público y la efectividad del derecho de los menores cuyos padres están separados a mantener contacto con ambos progenitores*, en J. A. 2000-I-655.
- 3 El art. 264, inc. 2° del Cód. Civ. (redacción ley 23.264) utiliza la misma terminología que el art. 160 del Cód. Civ. español. El tradicional "derecho de visitas" -expresión demasiado estrecha- ha sido sustituido por el "derecho a tener adecuada comunicación con el hijo" (para el Derecho español ver, entre muchos, CASTÁN VÁZQUEZ, José M., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, t. I, p. 555). Se refieren a la complejidad mencionada en el texto, entre otros, VARELA DE MOTTA, María I., *Derecho de visitas*, 2ª ed., FCU, Montevideo, 1992, ps. 59 y ss.; MIZRAHI, Mauricio L., *Familia, matrimonio y divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 1998, N° 214.
- 4 Para esta última cuestión ver, especialmente, MOYA ESCUDERO, Mercedes, *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Comares, Granada, 1998; también SCRILLI, Fernando, *Il diritto di visita nelle Convenzioni Internazionali: problemi di coordinamento*, en *Famiglia e Diritto*, 2000/1, p. G-65; CANNONE, Andrea, *L'affidamento dei minori nel Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Cacucci, Bari, 2000; THOMAS, Roberto, *Competenza, riconoscimento, esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli, in vigore dal 1 marzo 2001*, IANUA, Roma, 2001. El tema ha sido objeto de estudio por la Comisión Especial creada en 1989 para el estudio del funcionamiento de la Convención de La Haya de 1980.
- 5 Las obras generales de familia, aunque tratan con solvencia el tema de las llamadas "visitas", no abordan el supuesto de los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento. Ver BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Familia*, 9ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, N° 568 y ss. (el maestro Borda se ha pronunciado, en general, por la inaplicabilidad de los principios de la responsabilidad civil al Derecho de Familia. Así lo ha sostenido, entre otras obras, en su notable discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *La especialidad del Derecho de Familia*, publ. en *Anticipo de Anales*, año XXXVIII, 2ª época, N° 31); ZANNONI, Eduardo, *Derecho de Familia*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, t. I, N° 113/116, y t. II, N° 766/767 y 779/780; MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de Familia*, 3ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 1996, N° 581, p. 317. Hace excepción al silencio, Mizrahi (*Familia, matrimonio y divorcio cit.*, N° 214, p. 443), quien se inclina por la afirmativa: "Tampoco puede ser excluida la responsabilidad por los daños y perjuicios cuando el dolo o la culpa de uno u otro progenitor, al frustrar la asiduidad de los contactos, ocasione una lesión indemnizable en la persona del hijo. Estaríamos ante un hecho ilícito civil, y cierto es que en el Derecho contemporáneo la familia ha dejado de ser un ámbito inmune al Derecho de Daños" (advírtase que el autor se refiere al daño sufrido por el hijo y no al causado al progenitor no guardador). Algunas monografías dedicadas a la guarda de menores y el régimen de visitas no tienen referencias (CÁRCABA FERNÁNDEZ, María, *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*, Tecnos, Madrid, 2000). Otras sí; así, por ej., Lidia Makianich de Basset dedica el Capítulo VIII de su libro *Derecho de visitas (Hammurabi)*, Buenos Aires, 1993) al Incumplimiento del

régimen. Medidas compulsorias y sancionatorias civiles y penales. Convenios internacionales. No obstante, con referencia a la responsabilidad civil, después de advertir que por lo general las medidas de carácter personal no son las más aptas para el aseguramiento de esta clase de derechos, enuncia, como medidas dentro del elenco de las garantías patrimoniales (5° y 7°), la posibilidad de pactar cláusulas penales en miras al aseguramiento del acuerdo, y "la condena al resarcimiento de los daños y perjuicios" (ver p. 194). Otro importante aporte lo brinda en el Capítulo IX, titulado Incumplimiento y perturbaciones del régimen de visitas y resarcimiento de daños (N° 41/52), dedicado especialmente a justificar las acciones de daños y perjuicios en el Derecho de Familia. La autora había adelantado el contenido de este capítulo en Marco normativo del derecho de visitas y Derecho judicial. Incumplimiento y sanciones civiles y penales. El abuso del derecho, en E. D. 143-903. Artículos monográficos referidos al derecho de visitas también tienen pocas pero interesantes referencias. Así, por ej., TARABORRELLI, José, Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos. Aspectos civiles y penales, en J. A. 1997-I-875; el autor sigue a Makianich y agrega que la condena requerirá: un factor subjetivo de atribución, relación de causalidad, antijuridicidad y daño. Entre las obras editadas bajo un título que relacionan el Derecho de Familia y el de Daños, algunas no abordan la cuestión. Ver, por ej., BALDINI, Gianni, Responsabilità civile e ordinamento familiare, *Scientifiche Italiane*, Napoli, 1998; PATTI, Salvatore, Famiglia e responsabilità civile, Giuffrè, Milano, 1980. Otras, en cambio, contienen algunas referencias. Así, por ej., NOVELLINO, Tenencia. Visitas y daños a los menores de padres desvinculados matrimonialmente, en NOVELLINO, Norberto (dir. y coord.), Derecho de Daños. Daños en el Derecho de Familia, Cuarta Parte, La Rocca, Buenos Aires, 2000, p. 547. En algunos libros que tratan de la guarda se habla de la responsabilidad del progenitor que la tiene por los daños causados al hijo (por otros hechos), pero no se refieren al daño causado al otro progenitor (ver, por ej., PERLINGIERI, Pietro y otro, *L'affidamento del minore nella esegesi della nuova disciplina*, *Scientifiche Italiane*, Napoli, 1984, p. 73, N° 22).

- 6 Los supuestos de daños intrafamiliares que pueden presentarse son extremadamente variados, como lo muestra el presente volumen. Asimismo, piénsese en la condena, en los términos del art. 1382 del Cód. Civ. francés (nuestro art. 1109), por violación del principio de buena fe y lealtad, contra la mujer que hizo creer a su ex marido que él era el padre del niño (ver comentario de HAUSER, Jean, *Personnes et Droit de la Famille*, en R. T. D. C., avril-juin 1998, N° 2, p. 355).
- 7 Ver comentario del despacho de las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones en homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa en ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto, Cuestiones de responsabilidad civil en el Derecho de Familia, en L. L. 1991-A-956 y ss.
- 8 Citadas por MIZRAHI, Familia, matrimonio y divorcio cit., N° 214, p. 443.
- 9 J. A. 1993-III-940. Firman el despacho: Presidente: Cecilia Grosman; Vicepresidente: Nelly Minyersky; Responsable de contenido: Adriana Wagmeister; Secretario: Guillermo Yanco. El despacho es transcripto por Daniel Hugo D'Antonio, en la obra escrita en colaboración con Jorge Mosset Iturraspe y Norberto José Novellino, Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 157, bajo el subtítulo El abuso en el ejercicio del derecho de tenencia y el "Tercer Congreso Internacional de Derecho de Daños", sin otro comentario.
- 10 Lo expuesto en el texto no significa desconocer la discusión existente en el Derecho

español en torno a si el derecho del progenitor a mantener comunicación, a relacionarse con el hijo, es un verdadero derecho o una mera facultad. Para el debate ver ROGEL VIDE, Carlos, Cuidado de los hijos y derecho de visita. Comentario de los artículos 159, 160 y 161 del Código Civil, en Separata de los Comentarios a las reformas del Código Civil, Tecnos, Madrid, 1996, p. 252. Los caracteres de este especial derecho subjetivo son enumerados por RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, El derecho de visita. Teoría y praxis, 2ª ed., ed. de la Univ. de Navarra, Pamplona, 1982, ps. 239 y ss. Para el tema ver, en la misma obra de Rivero Hernández, GARCÍA CANTERO, Gabriel, En torno al derecho de visitas, p. 247.

- 11 C2ªCCom. de La Plata, sala I, 5-9-96, L. L. Buenos Aires 1998-149, comentado por GIL, María F., El incumplimiento del régimen de visitas y las astreintes; conf. CNCiv., sala C, 25-10-94, E. D. 164-81 (extraño caso de un hijo que solicita régimen de visitas porque quiere tener contactos con su padre extramatrimonial; éste acepta la sentencia de primera instancia, pero solicita que, habiendo mediado un largo tiempo de desvinculación, se realicen con menos frecuencia de la fijada. El tribunal tuvo en cuenta que el demandado tenía su propia familia legítima y que la situación había generado tensiones entre sus componentes). La sentencia es comentada por ÁLVAREZ, O. O., Negativa del progenitor a cumplimentar el régimen de visitas. Hay acuerdo doctrinal sobre el principio enunciado en el texto. Ver, entre muchos, AMBROSINI DE GHISAURA, El derecho a un régimen de visitas es también un derecho de los hijos, en La Revista del Foro de Cuyo, N° 41, 2000, p. 41.
- 12 CNCiv., sala A, 10-7-92, L. L. 1994-B-679, con nota de ALLES MONASTERIO DE CERIANI CERNADAS, Ana, Derecho de visita a los hijos por el padre no conviviente.
- 13 Ver jurisprudencia española citada por ZANÓN MASDEU, Luis, Guarda y custodia de los hijos, Bosch, Barcelona, 1996, ps. 87 y ss.
- 14 Ver, a vía de ej., CCiv. de Bruxelles, 1-3-2000, Rev. Trim. Droit Familial, 2000/1, p. 462 (en el caso, un bebé de 10 meses)
- 15 VARELA DE MOTTA, Derecho de visitas cit., p. 64. La autora señala que, en los supuestos de salida injustificada del país, puede existir responsabilidad del Estado, por omisión en el control de la orden dada por el juez de no permitir la salida.
- 16 Para una visión crítica de la ley, ver TASQUER, Norma Cecilia, ¿La ley 24.270 protege realmente los intereses del menor?, en L. L. Actualidad del 31-10-96; CAMPS y NOLFI, El Ministerio Público y la efectividad del derecho de los menores cuyos padres están separados a mantener contacto con ambos progenitores cit., ps. 664 y ss.; ZANNONI, Derecho de Familia cit., t. II, N° 782. Una autora predijo que "la norma es ciertamente loable, pero su efectividad es más que discutible por la indefinición de sus términos, por lo que cabe pronosticar que su aplicación será casi nula y su mayor efecto será eventualmente disuasorio de actitudes extremas" (STILERMAN, Marta, Menores. Tenencia. Régimen de visitas, Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 193). En Argentina, esta ley no ha sido objeto de muchas decisiones judiciales, al menos publicadas (ver sentencia condenatoria de la CNFed.CCarr., sala VIII, 6-5-98, L. L. 1999-D-339, y absolutoria del Juzgado de Control N° 4 de Córdoba del 17-6-98, Foro de Córdoba, año X, N° 55, 1999, p. 121, con nota de LAJE ROS, Cristóbal, Las eternas cuestiones de familia, delito, error de hecho y la ley 24.270). En general, los jueces penales se rehúsan a aplicar este tipo de leyes, y hacen una interpretación muy restrictiva de los tipos (comp. ARABITO, José Luis, Algunas consideraciones sobre la ley 24.270, en L. L. 1994-E-1061). Un amplio espectro de la legislación penal comparada se encuentra en RIVERO HERNÁNDEZ,

El derecho de visita. Teoría y praxis cit., ps. 169/174. Para la jurisprudencia belga ver, por ej., 4° Chambre de Mons, Rev. Trim. de Droit Familial, 1999/2, p. 412. Los jueces españoles también son reacios; así, por ej., se ha dicho que no hay desobediencia, aunque el requerimiento al progenitor renuente se efectuó dos veces, si no hay constancia de que se hiciese personalmente a la esposa (Audiencia Provincial de Valencia, 7-9-95, Rev. General del Derecho, N° 620, p. 5944). Sin embargo, también se ha resuelto que "la reiterada e injustificada actitud de la madre, obstaculizando y haciendo devenir ineficaz el derecho de visitas judicialmente reconocido al padre, constituye delito de desobediencia a la autoridad judicial" (Audiencia Provincial de Barcelona, 12-5-98, Rev. General del Derecho, N° 649/650, p. 13.648). En Italia, la conducta se sanciona dentro del tipo previsto en el art. 388, 2° párrafo del Cód. Pen. que prevé la inejecución dolosa de las decisiones judiciales, y tiene una pena de reclusión de hasta tres años o multa de 200.000 a 2.000.000 de liras. Existen decisiones de condena, pero no son "cotidianas" (ver sentencia de la Casación Penal del 9-3-2000, Il Diritto di Famiglia e delle persone, 2000-1047). En otro orden de ideas, cabe señalar que en nuestro país también se ha resuelto que el hábeas corpus no es la vía adecuada para cuestionar actos eminentemente jurisdiccionales dictados en ejercicio de funciones propias, específicas, exclusivas y excluyentes del órgano judicial -en el caso, la orden de detención de un menor dispuesta por juez competente para ser restituido a su progenitor en el marco de un incidente de régimen de visitas iniciado por la propia madre, promotora del hábeas corpus-, salvo cuando medie una grosera violación constitucional cuya reparabilidad no pueda lograrse por otras vías (CApel. de Concordia, sala III, 4-7-97, L. L. Litoral 1998-1633).

- 17 Antecedentes Parlamentarios, L. L., Buenos Aires, 1996, p. 980, N° 10.
- 18 Ver, de mi autoría, Algunos aspectos referidos a la eficacia del llamado "proceso familiar", en Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI. Temas actuales en memoria de los profesores Isidoro Eisner y Joaquín Salgado, Ediar, Buenos Aires, 1997, ps. 79 y ss.
- 19 Cit. por HUSNI, Alicia y RIVAS, María F., Algunas reflexiones respecto de los impedimentos de contacto con el progenitor no conviviente, en Derecho de Familia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, N° 17, p. 219.
- 20 GIL, El incumplimiento del régimen de visitas y las astreintes cit., p. 150.
- 21 Il Diritto di Famiglia e delle persone, 1999, p. 77, con nota de GRAS, Roland, La potestà parentale ed il diritto di visita e d'hébergement secondo la Corte di Cassazione italiana.
- 22 Para este tema remito a mi artículo El daño a la persona. ¿Sirve al Derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 1, Daños a la persona, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992, ps. 69/100.
- 23 Me remito a la doctrina y jurisprudencia citadas en sentencias de la sala I de la SCJ de Mendoza, con mis votos como preopinante, del 8-5-2000 (Foro de Cuyo 43-264), del 29-5-98 (J. A. 1999-I-250) y del 8-5-98 (Foro de Cuyo 33-158).
- 24 RIVERO HERNÁNDEZ, El derecho de visita. Teoría y praxis cit., p. 164.
- 25 OLARZÁBAL, Alejandro, Representación de los menores en juicios de alimentos, tenencia y régimen de visitas, en L. L. 2000-C-1316.
- 26 ZANÓN MASDEU, Guarda y custodia de los hijos cit., p. 120.
- 27 MORENO CATENA, Víctor, La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La ejecución

- forzosa, Tecnos, Madrid, 2000, p. 144.
- 28** RIVERO HERNÁNDEZ, El derecho de visita. Teoría y praxis cit., p. 164.
- 29** Ídem nota anterior.
- 30** Ver, entre otras decisiones: CNCiv., sala C, 13-8-69, E. D. 28-369; C2^oCCom. de La Plata, sala I, 5-9-96, L. L. Buenos Aires 1998-149, comentado por GIL, El incumplimiento del régimen de visitas y las astreintes cit.; CNCiv., sala B, 17-10-93, J. A. 1994-IV-415. Conf. BORDA, Tratado de Derecho Civil. Familia cit., N^o 573; MIZRAHI, Familia, matrimonio y divorcio cit., N^o 442, 214; NOVELLINO, Tenencia. Visitas y daños a los menores de padres desvinculados matrimonialmente cit., p. 515; D'ANTONIO, Daniel H., en MÉNDEZ COSTA y D'ANTONIO, Derecho de Familia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, t. III, p. 497; MAZZINGHI, Derecho de Familia cit., N^o 581, p. 317; GUASTAVINO, Elías, Régimen de visitas en el Derecho de Familia. Artículo 376 del Código Civil, en J. A. 1976-I-666.
- 31** NOVELLINO, Tenencia. Visitas y daños a los menores de padres desvinculados matrimonialmente cit., p. 515.
- 32** Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo, 21-10-98, Il Diritto di Famiglia e delle persone, 1999, p. 1003, con nota de SALZANO, Alberto, L'ingerenza dello Stato nella vita familiare secondo il giudizio della Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo.
- 33** Me he referido a este tema, señalando el peligro de su introducción, en ¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el Derecho argentino?, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XXXVIII, segunda época, N^o 31, 1993.
- 34** PATTI, Famiglia e responsabilità civile cit., p. 312.