

## **RESPUESTAS DEL DERECHO DE DAÑOS AL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE COMUNICACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD PARENTAL**

**Autores:** Silvia Yolanda Tanz y Carlos Alberto Fossaceca (h)\*

### **Resumen:**

*Cabe aplicar el marco de la Responsabilidad Civil en el ámbito de los conflictos intrafamiliares. La prevención en el campo de la Responsabilidad Parental específicamente y de la Responsabilidad Civil en su conjunto desempeña un rol de notable importancia en la resolución de los conflictos. El Código Civil y Comercial de la Nación responde satisfactoriamente a la indiscutida e imprescindible tutela de los niños, niñas y adolescentes. El SAP puede ser una consecuencia lesiva permanente o transitoria que afecte al niño, niña o al adolescente. Resulta suficiente el standard de la culpa previsto en el artículo 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación, excepto que en determinados casos pueda encuadrarse bajo la órbita del dolo que se halla contenido en el mismo artículo.*

### **1. Introducción.**

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se basa principalmente en la protección de la persona humana, tutelando de manera primordial a los vulnerables.

Conforme los principios de igualdad y democratización, se han reformulado una serie de instituciones, modificaciones necesarias e imprescindibles en el Tercer Milenio. La responsabilidad parental denota un buen ejemplo de lo aseverado.

En este sentido, el reemplazo de la denominación “*patria potestad*” por **responsabilidad parental** exhibe un cambio de paradigmas. No se trata de desconocer la autoridad de los progenitores, sino, por lo contrario, que los derechos y deberes familiares sean ejercidos de una manera acorde con la dignidad humana y el principio de progresividad en la autonomía de los menores y adolescentes, -vínculos afectivos más horizontales. Ellos son “*vulnerables*”, sujetos que el nuevo Código tutela.

No es posible aceptar sin más la idea de la inmunidad familiar que esgrimiera la jurisprudencia norteamericana hasta los albores de la década del sesenta, que tornaba impermeable el derecho de familia a los principios de responsabilidad civil.

Cuando del daño se trata, no hay que mirar en función de progenitor o hijo, sino de damnificado y responsable. La misma ley penal no ha resultado ajeno a la cuestión (ley 24.270), como tampoco los Congresos Internacionales <sup>1</sup>.

---

\* Silvia Yolanda Tanz. Profesora Adjunta Regular de Elementos de Derecho Civil y Obligaciones Civiles y Comerciales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Profesora de Derecho Civil II de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santiago del Estero. Profesora de Postgrado en Derecho de Daños de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Carlos Alberto Fossaceca (h). Doctor en Ciencias Jurídicas y Profesor de la Pontificia Universidad Católica Argentina en Obligaciones y Daños.

## **2. Derecho y deber de comunicación dentro de la responsabilidad parental.**

El nuevo Código y Comercial ofrece una regulación clara en cuanto al contenido de los temas del acápite.

Preliminarmente, cabe indicar que se ha dejado de lado la terminología “*régimen de visitas*”.

El artículo 646 del Código Civil y Comercial de la Nación lo encuadra como uno de los capítulos de la responsabilidad parental. Se enfatiza en el artículo 652 que la comunicación debe ser fluida, es decir, sin que el progenitor a cargo del cuidado del menor ponga obstáculos. También, constituye un punto del plan de parentalidad (artículo 655).

Tópico sobre el cual el derecho de daños ha centrado su atención. Por un lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en varios casos sobre la responsabilidad estatal<sup>2</sup>; por el otro, en Italia, las sentencias proliferaron a partir del año 2000<sup>3</sup>.

## **3.- Convención de los derechos del niño.**

Además de otros instrumentos de tal índole, la mentada Convención, en virtud del artículo 75, inciso 22, del plexo constitucional, goza de jerarquía supraconstitucional.

Los niños y adolescentes resultan ser verdaderos sujetos de derechos humanos. El artículo 3 determina que toda medida que se adopta respecto a ellos debe basarse teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Su artículo 4 impone a los Estados Contratantes establecer medidas administrativas, legislativas y de otra índole para que los derechos reconocidos no sean programáticos.

Resulta de importancia significativa el artículo 9, a través del cual se reconoce el derecho del niño a entablar una relación personal y contacto directo con el progenitor que no conviva. Es decir, consagra un derecho de comunicación que no puede ser menoscabado de manera injustificada. Más aún, el artículo 7, inciso 1, consigna el derecho del niño a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos.

## **4. Ámbito preventivo.**

El Código Civil y Comercial pone el acento, además del rol resarcitorio, en la prevención y disuasión.

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.

---

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, **III° Congreso Internacional de Derecho de Daños, celebrado en Buenos Aires, en 1993.**

2-Verbigracia, sentencias "Elsholz c. Alemania" del 13/07/2000, Application no. 25735/94, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58763> y "Iglesias Gil c. España" del 29 de Abril de 2003, Application no. 56673/00, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61069>.

3-GNECCO, Emilio P. "*Filtros en el daño intrafamiliar*". La Ley Online. AR/DOC/2438/2011. Punto 15. Recoge jurisprudencia de los tribunales de Roma de 13/06/2000 y de Monza de 05/11/2004.

Por otra parte, el mentado campo 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 perjuicios para restablecer el proyecto de vida afectado.

## **5. Ámbito resarcitorio.**

La descripción vertida ut supra no implica desconocer la vigencia de los cuatro presupuestos de la Responsabilidad Civil en el ámbito de la responsabilidad parental.

### **6.1. Antijuricidad.**

La obstrucción injustificada del derecho de comunicación entre los hijos y sus progenitores denota una conducta contraria al deber de no dañar<sup>4</sup>.

### **6.2. Daño.**

Se ha centrado el foco de atención en el fenómeno designado bajo el termino técnico S.A.P., *Síndrome de Alineación Parental*.

Es el proceso por el cual un progenitor, en forma abierta o encubierta, habla o actúa de una manera descalificadora o destructiva al o acerca del otro progenitor, durante o subsecuentemente a un proceso de divorcio, en un intento de alejar (alienar) o indisponer al hijo o hijos contra este otro progenitor o progenitora<sup>5</sup>.

Resultan ser hipótesis de ella: *“realizar campaña de descalificación de la conducta del progenitor en ejercicio de la paternidad o maternidad; dificultar el ejercicio de autoridad parental; dificultar el contacto del niño o adolescente con el progenitor; dificultar el ejercicio del derecho reglamentado sobre convivencia familiar; omitir deliberadamente al progenitor informaciones personales relevantes sobre el niño o adolescente, inclusive escolares, médicas y alteraciones de dirección; presentar falsa denuncia contra el progenitor, contra familiares de éste o de ambos, para obstaculizar o dificultar la convivencia de ellos con el niño o adolescente; cambiar de domicilio distante sin justificación, intentando dificultar la convivencia del niño o adolescente con el otro progenitor, con familiares de éste o de ambos progenitores”*<sup>6</sup>.

### **6.3. Factor de atribución.**

Es de índole subjetiva, conforme los *standares* que establece el artículo 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación.

---

<sup>4</sup>KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *“Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana”*. Revista de Derecho de Daños. Daños en las relaciones de familia, 2001-2. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001. Págs. 285/310. De la misma autora: *“Lineamientos generales del Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado (Por qué no al maquillaje)”*. Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012 – 2, Proyecto de Código Civil y Comercial – I. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013 y *“Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial (Su diferencia con la acción con finalidad de subsidio del derecho francés)”*, en obra colectiva Derecho de Daños. Primera Parte, Directores de la obra: Félix Trigo Represas y Rubén Stiglitz, en homenaje a Jorge Mosset Iturraspe. Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1991

<sup>5</sup> TANZI, Silvia Y. y PAPILLU, Juan M. *“El “derecho y el deber de comunicación e información” en las relaciones de familia y los daños causados por su incumplimiento. La responsabilidad derivada de la falta de denuncia de situaciones de abuso o maltrato”*. Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Abeledo Perrot, Julio 2014. Pág.138.

<sup>6</sup> HERRERA, Marisa. *“Responsabilidad civil y Responsabilidad parental: daños por la obstrucción del derecho de comunicación entre padres e hijos. Los límites del derecho”*. La Ley Online. AR/DOC/517/2011. Punto IV.

La consideración del principio de especialidad del derecho de familia y la tutela de la comunidad familiar caen bajo los parámetros de la relación jurídica implicada que indica la norma citada para resolver los conflictos planteados.

#### **6.4. Relación de causalidad.**

Se vincula con el nexo adecuado entre el sujeto sindicado como responsable y se proyecta en las consecuencias que prevé el Código Civil y Comercial de la Nación.

#### **7. Legitimidad.**

El derecho de comunicación presenta una doble titularidad: el hijo y el progenitor o progenitora no conviviente. En el primer supuesto, será necesario la designación de un representante *ad litem* o un abogado del niño (artículo 27 de la ley 26.061).

Cabe que sea responsable tanto el progenitor que goza de la custodia como un tercero, verbigracia, un abuelo.

También corresponde tener en cuenta, atento el diálogo de fuentes, tanto al artículo 9 de la Convención como al artículo 31 de la Ley 26.061, respecto al deber de denunciar en todas aquellas situaciones en las que se advierta que se fomenta o incrementa la violencia intrafamiliar.

#### **8. Conclusiones.**

- **En general**, cabe aplicar el marco de la Responsabilidad Civil en el ámbito de los conflictos intrafamiliares. **La prevención** en el campo de la Responsabilidad Parental específicamente y de la Responsabilidad Civil en su conjunto desempeña un rol de notable importancia en la resolución de los conflictos.
- **El Código Civil y Comercial de la Nación responde satisfactoriamente a la indiscutida e imprescindible tutela de los niños, niñas y adolescentes**, teniendo en consideración lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño, Niña y Adolescentes como así también los restantes Tratados Internacionales que disciplinan la cuestión.
- El SAP puede ser una consecuencia lesiva permanente o transitoria que afecte al niño, niña o al adolescente.
- Resulta suficiente el standard de la culpa previsto en el artículo 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación, excepto que en determinados casos pueda encuadrarse bajo la órbita del dolo que se halla contenido en el mismo artículo.