
PANORAMA JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA

WALTER HOWARD¹

1. INTRODUCCIÓN²

• En la actualidad, la posibilidad de aplicar las disposiciones de la responsabilidad civil resarcitoria en el ámbito del Derecho de familia está fuera de toda duda cuando alguno de los componentes del grupo familiar comete hechos ilícitos que causan un daño a otro (art. 1319 del C.C.U.). No existe en el Derecho uruguayo, pues, un régimen de franquicias en las relaciones conyugales o paternas filiales que legitimen la inobservancia de los deberes que impone el ordenamiento³.

Para algunas hipótesis, los incumplimientos que se producen a los deberes que nacen dentro del ámbito de la propia familia puede traer aparejada la imposición de sanciones de tipo económico –así lo admite incluso a título expreso el art. 43, inc. 1º del C.N.A.-; sin embargo, la especial naturaleza de las relaciones familiares conduce a que lo realmente trascendente no es la conquista de una suma de dinero, sino el mantenimiento de las relaciones en su seno a fin de obtener un pacífico y correcto desarrollo de sus miembros.

Entretanto, en otros casos, una vez que la violación a un derecho ya se ha producido y es imposible volver atrás con la situación de perjuicio que derivó, la única posibilidad admisible para reparar –al menos en algo– los perjuicios sufridos es la imposición de una sanción de naturaleza económica para el infractor.

Diferente finalidad de las penalidades: sancionatoria e indemnizatoria. Adviértase, incluso, que si bien el ordenamiento prevé múltiples condenas para quien comete un ilícito familiar (pérdida de la patria potestad, posibilidad del cónyuge inocente de demandar un divorcio por adulterio, etc.), se trata de sanciones cuyo fin no es reparar la situación del inocente, sino castigar al ofensor. Por consiguiente, la única sanción que en muchas ocasiones puede reparar la condición en que queda colocado el inocente es que el infractor deba pagar una indemnización.

Incluso, muchas conductas que sancionan conductas inapropiadas en el ámbito familiar constituyen delitos penales (*vid.* art. 279 A y B del Código Penal), las cuales, junto a

1 Abogado-Escribano. Dr. en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Profesor titular de las asignaturas Derecho de la Persona y los Bienes, Derecho de Familia y Sociedad Conyugal y Derecho de las Sucesiones en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo y Profesor encargado de grupo en las materias Derecho Privado I y Derecho Privado VI en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

2 El presente artículo en parte fue el objeto de la exposición del autor en el panel «Daños en el Derecho de Familia» del 2º Congreso Euroamericano de Derecho de Familia y 3ª Jornadas Uruguayo Argentino Chilenas de Derecho de Familia, organizados por la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia en Montevideo los días 12, 13 y 14 de octubre de 2016.

3 Cfr. MARTÍN-CASALS, Michel y RIBOT, Jordi, “Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, pub. en *Anuario de Derecho Civil*, 2011.2, España, sec. Estudios monográficos, pág. 508.

la vía civil, instituyen un mecanismo de suma utilidad, para una efectiva tutela de los derechos. Por un lado, permite sancionar al infractor con una pena siempre dolorosa como es la privación de libertad; por otro, puede ser el único castigo en aquellas hipótesis en que la vulneración de los derechos se lleva a cabo por un insolvente, o también en el caso contrario, en que la posición económica en que se encuentra el agresor, no conduce a que una penalidad dineraria encarne una verdadera condena aflictiva.

GAMARRA ha hecho notar la diferente reacción que consagran los Derechos civil y penal en el campo de la responsabilidad: la responsabilidad penal está centrada en la persona del delincuente y su comportamiento y tiene una finalidad nítidamente sancionatoria, mientras que la responsabilidad civil tiene como propósito restablecer el equilibrio patrimonial o moral perturbado por el hecho dañoso, restaurando la situación del lesionado mediante la traslación del perjuicio desde un patrimonio (el de la víctima) a otro (el del sujeto que resulte designado como responsable)⁴.

- Es sabido que el Derecho de familia constituye un área jurídica basada en el fuerte componente moral y afectivo que debe regir las relaciones humanas, pero es claro que la sola alusión a ese fundamento no es suficiente, dado que no son infrecuentes los supuestos en que los miembros del grupo se apartan del estándar de conducta que deben mantener.

Ante tales circunstancias, en algunos casos, el legislador ha establecido expresamente una sanción de naturaleza económica por no haber actuado de conformidad con lo que exigen los cánones legales o por haber causado daños en el ámbito del Derecho de familia: *v. gr.* arts. 211 (pérdida de gananciales para el cónyuge de mala fe en caso de matrimonio nulo) o 896 y ss. (desheredación). A fin de ver la procedencia de la responsabilidad resarcitoria, es patente, en este último caso, que además de la privación de la condición de legitimario que se deriva de la desheredación, también es posible que se fije una indemnización por los daños y perjuicios causados -cuando por ejemplo existió una tentativa de homicidio del desheredado que causa daños a la víctima que luego deshereda-.

Además, es dable visualizar que los cambios sociales repercuten en las sanciones que se imponen a los componentes del grupo familiar por violación de los deberes que se les atribuyen; *cfr.* al respecto el art. 182 -hoy derogado- que preveía la pérdida de los gananciales para la mujer adúltera.

Sin embargo, las reglas generales permiten la imposición de una indemnización para otros supuestos no previstos por la ley en forma expresa (*v. gr.* no reconocimiento o daño moral por adulterio).

- Las reclamaciones por responsabilidad civil pueden verificarse tanto en las relaciones externas como internas de la familia.

En el ámbito externo, se analizan los daños que los terceros -ajenos al grupo familiar- provocan a alguno de los miembros de éste.

4 GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XX, Mdeo., F.C.U., 1988, pág. 9.

En el ámbito interno, se analizan los daños que se producen por las acciones o las omisiones entre los miembros de la familia (*v. gr.* daño por incumplimiento de los deberes matrimoniales, por no reconocimiento de hijos extramatrimoniales).

2. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL

- El legislador uruguayo no dispuso quiénes se encuentran legitimados activamente para reclamar por los daños materiales o morales que suscita el fallecimiento de un sujeto a raíz del ilícito cometido por otro.

Es de principio que todo daño derivado de un hecho ilícito que lesiona un interés jurídicamente protegido es resarcible (art. 1319). Por ese motivo, son patentes las reclamaciones que se verifican por parte de un cónyuge o concubino por el fallecimiento del otro miembro de la pareja, o de los padres o los hijos por esa causa; de todos modos, dado que la protección de la familia no queda circunscrita al grupo nuclear, también son admisibles reclamos de los abuelos por el hecho ilícito que causa la muerte del nieto o de éstos respecto a la de aquéllos, o también las demandas por daños cometidos contra los hermanos.

- Pero los tribunales patrios han ido más allá y admitido reiteradamente que la circunstancia de que el actor no tenga la calidad de hijo natural por falta de reconocimiento de su padre, fallecido en un accidente, no le quita legitimación para pretender la indemnización de los daños causados por dicha muerte; y la razón expuesta se finca en que si bien los hijos naturales no reconocidos no son legalmente hijos, son titulares de un interés jurídicamente protegido (art. 40 de la Const.), el cual es atributivo de legitimación para reclamar la reparación por responsabilidad extracontractual por el daño causado por la muerte de su padre, contra el ofensor⁵.

- Y en otro fallo, se proveyó que el hijo natural no reconocido tiene legitimación causal para accionar en sede de responsabilidad extracontractual: al margen del vínculo formal u oficial de parentesco, importa la prueba de una relación dotada de cierta permanencia y estabilidad entre el padre y el hijo natural que permita suponer en el segundo una segura aflicción por la injusta pérdida de la vida del primero. A los efectos del daño patrimonial es obviamente vital la prueba de una contribución económica del padre natural biológico, porque el daño resultará justamente de la privación de ese auxilio que el hecho ilícito produce. No obstante, ninguna prueba de ello se presentó, por lo que el rechazo de la demanda es inexorable, pero no porque se niegue legitimación causal al hijo natural no reconocido, sino porque en el caso concreto no se ha aportado prueba alguna de una relación connotada por cierta continuidad y permanencia entre aquel y su padre biológico, de la cual se pudiera inferir tanto el daño moral causado por la muerte de éste, como la configuración de un daño por la privación ilegítima de una contribución económica al hijo biológico⁶.

5 A.D.C.U., T. XXVII, f. 354, pág. 128.

6 A.D.C.U., T. XXIV, f. 609, pág. 196.

• **El resarcimiento puede abarcar tanto los daños materiales como los morales.** Para los primeros, es menester la prueba efectiva de que el padre proveía auxilios de naturaleza patrimonial al hijo a pesar de inexistir una filiación legalmente atribuida o en su caso, la expectativa o posibilidad de éste de obtenerlos en el futuro al ostentar la perspectiva de que sea reconocido o pueda iniciar una acción judicial de declaración de filiación. Para los segundos, es preciso que el accionante compruebe que, a pesar de la inexistencia de un vínculo filial de derecho derivado de la falta de reconocimiento, el suceso del cual fue víctima su progenitor le ha suscitado un tormento de cierta entidad.

• Ante los tribunales uruguayos se presentó un caso en que la madre natural de un menor de edad accionó, en ejercicio de la patria potestad y en representación de su hijo, reclamando daños y perjuicios contra una compañía de ómnibus en virtud de que, en un accidente ocurrido en la ruta, una de sus unidades embistió un vehículo en el cual, junto con otras personas, se transportaba el padre extramatrimonial del actor, cuando éste se hallaba concebido, habiendo aquel fallecido como consecuencia de ese hecho. En el fallo de instancia, si bien el juez interviniente admite la culpabilidad del conductor del ómnibus y que se le debe pagar al menor una pensión de aproximadamente medio salario mínimo nacional hasta que cumpla veintiún años de edad, no recibe la reclamación por daño moral. Entre las razones aducidas en el fallo se estima, por parte del juzgador, que el hijo no nacido a la fecha del accidente fatal de su padre no pudo padecer daño moral alguno, dado que no era capaz para ello. Asimismo, se expone que «si en el futuro ese sujeto de personalidad condicionada ha de sufrir o no por la falta de un padre que no conoció, es un hecho jurídicamente indiferente y que no puede ser objeto de estimación reparatoria, pues lo real es que el niño no nacido no padeció daño moral como consecuencia inmediata y directa de la muerte de su padre biológico». Empero, el tribunal revocó en este aspecto el fallo de primera instancia y admitió la procedencia de la reparación del daño moral a favor del hijo, en virtud principalmente de que se estima que «el concebido siempre que nazca viable, es sujeto de derecho»⁷.

• También se consideró admisible la indemnización por lucro cesante a las respectivas parejas e hijos (menores y mayores de edad) de dos trabajadores muertos en accidente. En efecto, en el fallo se juzgó que, en cuanto al reclamo por lucro cesante, está probado que ambos fallecidos trabajaban en relación de dependencia y que evidentemente contribuían a los gastos del hogar. En función de ello, y conforme con el normal acontecer de los hechos, se estimó que puede concluirse en la existencia de una pérdida para los reclamantes: en el caso de la cónyuge y de la concubina por obvias razones y dado que compartían el hogar —por lo que se fija una indemnización que se calculará hasta que las víctimas cumplieren 70 años—; en el caso de la hija menor de edad, por la clara asistencia económica que debía percibir; y en el caso de los hijos mayores de edad se justifica, siempre por los parámetros de normalidad, en que hasta los 25 años los padres los asisten monetariamente o en ayudas puntuales, quedando excluidos de la indemnización los hijos que hayan superado esa edad, por no acreditarse fehacientemente una contribución permanente de los fallecidos⁸.

7 Sents. del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de Tercer Turno, de 20 de febrero de 1981, y del T.A.C. 3° T., de 8 de marzo de 1982, pub. en *L.J.U.*, T. XCV, 1982, caso 9.815. También pub. en ORDOQUI, *Daños y perjuicios causados al concebido aun no nacido (en la jurisprudencia)*, Mdeo., Acalí Editorial, 1984.

8 Sent. del T.A.C. de 3er. Turno n.º 38/2012, de 27 de febrero de 2012 (CARDINAL —red.—, CHALAR, ALONSO), pub.

Y en otro fallo se juzga que «se encuentra acreditado que la víctima trabajaba y que tenía una buena relación con sus hijos, por manera que resulta una valoración acorde con la sana crítica y supletoriamente con las máximas de la experiencia y de lo que normalmente acaece (arts. 140 y 141 del C.G.P.) que el padre colabora económicamente con sus hijos para su manutención, ya sea que ello derive del natural afecto común o del simple cumplimiento de una obligación de origen legal»⁹.

- Por las razones planteadas, es ineludible circunscribir los supuestos en que procede una reclamación de esta índole: la pretensión por los daños materiales sólo tiene lugar cuando el afectado evidencia que contaba (o podía hacerlo) con el apoyo material de su progenitor, mientras que el daño extrapatrimonial surge cuando es verificable, atendiendo a las circunstancias que rodean cada caso, que se había configurado una comunidad espiritual entre progenitor y progenie. Por ende, de comprobarse la presencia de una relación afectiva, es plausible impetrar una petición por daño moral por la concurrencia de un lazo afectivo.

- En la sent. del T.A.C. 6° T., de 7 de setiembre de 1998, se hizo lugar a una demanda indemnizatoria, frente a lo cual los demandados alegaron: 1) la actora carece de legitimación activa, porque no justificó su vocación hereditaria, no acreditó los lazos afectivos que la unían con el causante y porque, en su calidad de sobrina del mismo, no dependiente económicamente, está lejos de ubicarse en el elenco de legitimados activos de la pretensión resarcitoria; 2) el accidente se debió a la culpa exclusiva de la víctima, que cruzó por detrás de la camioneta, fuera de la zona de seguridad;... En cuanto a la legitimación activa, el tribunal estima que el agravio no es de recibo. En el caso, los lazos de afecto entre la actora y el difunto recibieron el aval de los testimonios de varios testigos, así como que el causante “hacía las veces también de padre”, “siempre fue como un padre”... Carece de relevancia que la accionante no hubiese justificado su vocación hereditaria, ya que lo que aquí interesa es la prueba de la relación de afecto. En consecuencia, la actora tiene derecho a ser indemnizada por los responsables de la muerte de su tío, con el que siempre convivió desde que tenía 8 o 9 años de edad, por cuanto la licitud *no exige necesariamente la violación de un derecho subjetivo, siendo suficiente con que se lesionen intereses jurídicamente protegidos o una situación jurídicamente relevante* (cfr. Gamarra, *Tratado...*, T. XIX Vol. 1° ed. 1981, ps. 286/287) y, en el caso, la muerte de su tío importó una lesión en la esfera jurídica de la accionante, agrediendo una situación protegida en el ámbito constitucional, como son los lazos familiares y de afecto (art. 40 y 72 de la Carta), cuya existencia, además de haber sido eficazmente probada, es normal y lógico suponer por los antecedentes de la relación entre la actora y el fallecido. Tal conclusión resulta natural en nuestro ordenamiento jurídico donde, por el juego de los arts. 72 y 332 de la Constitución, y del art. 1319 del C.C., la recepción de los derechos inherentes a la personalidad es amplísima (cfr. Beatriz Venturini: “El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado”, ed. FCU, p. 45). Ha sido ésta la posición que, en cuanto a este tema, ha sostenido este redactor siendo titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 9° Turno, en situación similar referida a la legitimación activa de los tíos abuelos de un menor fallecido, quienes, además, fueron

en Rev. *D.J.D.C.*, T. I (2013), f. 539, págs. 545-546.

9 Sent. del T.A.C. de 5° Turno n.º 92/2012, de 13 de junio de 2012 (GRADÍN –red.–, SIMÓN, FIORENTINO), pub. en Rev. *D.J.D.C.*, T. I (2013), f. 547, pág. 548.

quienes se ocuparon de su crianza desde que tenía 3 o 4 años de edad hasta que murió (sent. inédita N° 63/94). Y ello por cuanto se comparte con la juez *a-quo* que la familia no debe entenderse restringida a la familia legítima, ni dentro de la misma a los titulares de un derecho alimentario, sino comprendiendo, también, a la célula familiar de hecho, con un concepto sociológico, basado en la filosofía del art. 40 de la Constitución (cfr. Gamarra, *Tratado...*, T. XIX Vol. 1° p. 288), independientemente de los beneficios económicos que la reclamante hubiese podido perder por la muerte de su tío. Por consiguiente, aun cuando por sus edades (véase que el difunto nació el 14 de setiembre de 1923, fs. 2, y la actora nació el 9 de febrero de 1929, fs. 7) podría asimilarse el causante a un hermano de la accionante y no a un “padre de crianza”, la conclusión no varía, ya que lo que importa es la relación de afecto que entre ellos existía, siendo de destacar la actitud paternalista que el causante siempre asumió respecto a su sobrina (tal como surge de los testimonios rendidos en autos), actitud que, como la experiencia indica, es natural en el hermano varón respecto de su hermana, más aun, en el Uruguay de los años 1930 a 1960, tiempo en el que transcurrió la niñez y juventud de la actora y su tío¹⁰.

- En la sent. del T.A.C. 6° T., de 17 de julio de 2002, no se recoge el agravio referido a la falta de prueba del daño moral de la concubina y del hijo de la víctima, por cuanto la circunstancia de haber convivido la actora varios años como concubina con la víctima permite presumir, de acuerdo a las reglas de la sana crítica (arts. 140 y 141 C.G.P.), que existe un daño moral mínimo o standard, para apartarse del cual debe existir prueba tanto para su aumento como para su reducción. En este sentido, puede afirmarse que se trata de un daño “in re ipsa”. Tampoco resulta de recibo el agravio fundado en la condena a pagar indemnización por el daño moral sufrido por el hijo ya que no se probó su tristeza y sufrimiento. Se reitera que cuando los legitimados activos tienen un vínculo familiar o de parentesco como el que existe entre padres e hijos, cónyuges o concubinos, corresponde inferir o presumir, de acuerdo con reglas de razonabilidad, siguiendo el criterio de lo que normalmente acontece, un determinado daño moral mínimo o “standard” que siempre se padece en tales situaciones. Sólo en virtud de alegaciones respaldadas por pruebas en contrario producidas sobre el punto, el decisor puede apartarse de tales “standards” o mínimos indemnizatorios¹¹.

3. DAÑOS POR VIOLACIÓN DE LOS DEBERES EMERGENTES DEL MATRIMONIO

- El Código Civil no se ha ocupado de regular el resarcimiento de los daños y perjuicios que derivan de la ruptura del matrimonio. De manera contraria, lo ha hecho en lo referente a la nulidad matrimonial. Esto ha planteado en la doctrina la discusión acerca de la procedencia o no de reclamar los daños que pueda producir el divorcio o la separación personal.

No obstante, el legislador ha previsto la pérdida de las ventajas matrimoniales (art. 179) y de los alimentos congruos del art. 183 –y antes art. 182-. Asimismo, como consecuencia de la disolución del vínculo, los cónyuges pierden la condición de herederos

10 L.J.U., caso 13.652.

11 L.J.U., T. 126, 2002, suma 126076.

ab intestato y el derecho a porción conyugal (claro está que ello acontece tanto para el cónyuge culpable, como para el inocente).

- Un grupo de autores sostiene que no corresponde resarcimiento en ningún caso, dado que: 1º) los deberes derivados del matrimonio no tienen un contenido susceptible de apreciación pecuniaria; 2º) implicaría sancionar dos veces al responsable frente a un mismo hecho; y 3º) el Derecho de familia tiene ciertas especialidades o particularidades que hacen que no se apliquen en ese ámbito las normas generales de responsabilidad.

- La mayoría de los autores admite, en cambio, el resarcimiento de los daños, afirmando: 1º) la conducta dolosa o culposa de uno de los cónyuges en violación de una disposición legal y que causa un daño al otro cónyuge, genera responsabilidad; 2º) cuando los hechos que han dado origen al divorcio constituyen en sí mismos un acto ilícito, corresponde resarcir; 3º) la especialidad del derecho de familia no es obstáculo para aplicar reglas generales de reparación de daños, pues el deber de no dañar es más evidente las relaciones familiares que en las de cualquier otra rama del derecho. Por esa razón debe admitirse que sean reparados tanto los “daños morales” como los “patrimoniales”, derivados de los hechos ilícitos constitutivos de las causales de divorcio, aplicando la teoría general de la responsabilidad civil (en general, extracontractual).

- **Elementos para la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios.** *a) Hecho ilícito o antijurídico:* se debe tratar de actos que violen deberes previstos en forma expresa e implícita por el ordenamiento jurídico, tales como el adulterio, las sevicias e injurias graves o el abandono; *b) Imputabilidad:* es el factor de atribución subjetivo de responsabilidad dolosa o culposa que se concibe solamente en el *divorcio-sanción*, ya que aquí es donde se dan los comportamientos antijurídicos imputables a uno o a ambos cónyuges; *c) Daño:* debe existir un perjuicio material o moral susceptible de apreciación pecuniaria; *d) Relación de causalidad:* que el daño sea consecuencia del hecho antijurídico del otro cónyuge¹².

- Vinculado con lo anterior, también cabe aceptar la indemnización de los daños materiales y morales derivados del conocimiento por parte de quien se consideraba padre de que el hijo que tenía por propio no lo era y que fue procreado por la esposa en relaciones adultera o extraconyugal. Ello acarrea daño moral y además la posibilidad de reclamar los alimentos pagados para la manutención del hijo que se creía propio. Respecto a esto último se puede sostener que la acción es contra la madre, y no contra el hijo, dada la característica de irrepetibles de los alimentos.

4. RECLAMACIÓN DE DAÑO MORAL POR EL NO RECONOCIMIENTO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL

- Los órganos judiciales uruguayos no habían tenido oportunidad de pronunciarse sobre una cuestión que ha sido recibida en múltiples ocasiones por los tribunales argentinos con base en preceptos similares y en los cuales hay una marcada inclinación respecto su admisibilidad: la relativa a puntualizar si el no reconocimiento del progenitor

12 *Vid.*, sent. del T.A.C. 2º T., de 6 de marzo de 1989, pub. en *L.J.U.* caso 11297.

es un supuesto de responsabilidad aquiliana que suscita un derecho de compensación a favor del hijo natural de hecho¹³.

- Incluso la doctrina doméstica poco se ha referido al asunto; en este sentido, únicamente el aporte de SALABERRY, quien expone que en estos casos el padre se halla frente a un deber jurídico; es libre de realizarlo o no, pero en el caso de que no lo haga debe afrontar las consecuencias, es decir, es responsable jurídicamente; en tanto el hijo tiene el derecho a ser reconocido, posee un interés jurídicamente tutelado y la falta o negación del reconocimiento es una actitud ilícita que ocasiona la reparación del daño causado¹⁴. La autora restringe –juzgo que inmerecidamente– la reparación al caso en que sobrevino una declaración judicial de paternidad, dado que nada impide que el litigio sea incoado con absoluta independencia de la investigación de filiación, de manera que su resultado no altere el estado civil del actor.

Incluso, si bien la declaración judicial de paternidad o maternidad se halla sujeta a plazos de caducidad –*vid.* art. 198 del C.N.A.–, no ocurre lo mismo con la posibilidad de incoar una acción tendiente a requerir una indemnización por el no reconocimiento que no culmina a los 25 años de edad del hijo.

La materia atinente al surgimiento de la responsabilidad del progenitor que no reconoce a su prole no ha sido objeto de previsiones normativas en el ordenamiento vernáculo, por lo que son aplicables las reglas que principalmente en los arts. 1319 y siguientes del C.C.U. se determinan para la responsabilidad aquiliana en general. Por ese fundamento, son elementos imprescindibles para que se verifique su surgimiento: la presencia de un hecho ilícito perpetrado por acción u omisión derivado de la culpa o el dolo del progenitor, la provocación de un daño y la existencia de un nexo de causalidad entre aquel ilícito y el daño ocasionado.

- Actualmente en el C.N.A., el 28° dispone bajo el rótulo: (Derecho y deber a reconocer los hijos propios), que: «Todo progenitor tiene el derecho y el deber, cualquiera fuere su estado civil, de reconocer a sus hijos» y el art. 30 membretado «Capacidad de los padres para reconocer a sus hijos», señala que «todo progenitor tiene el derecho y el deber, cualquiera fuere su estado civil y edad, a reconocer a su hijo».

- La responsabilidad del padre surge cuando pudiendo reconocer a su hijo no lo hace y le provoca por esa omisión un daño que es resarcible. Se trata en todo caso de una responsabilidad subjetiva, que permite una reclamación por daño moral como por daños materiales, aun cuando es ostensible que con respecto a estos últimos, la pretensión no es en general asequible, en virtud de que el hijo cuenta en su arsenal con diversas acciones con las cuales llamar a responsabilidad a su progenitor y que lo van a tornar acreedor a una pensión alimenticia; es decir, las acciones de investigación de paternidad o maternidad reguladas por el C.N.A.

13 *Vid.* HOWARD, «Filiación natural de hecho», en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, N° 17, sección Doctrina, F.C.U., 2004, págs. 101-117.

14 SALABERRY, Elena, «Responsabilidad civil del padre por el no reconocimiento voluntario del hijo natural», *R.U.D.F.* N° 8, págs. 197 y 198.

Acaso, el ámbito más propicio para que emerja la responsabilidad civil es en lo concerniente al daño moral. La indemnización del daño moral es sin duda viable, en cuanto la privación de reconocimiento lacera el derecho que tiene el hijo a su identidad personal, esto es, a conocer sus orígenes y a tener fehacientemente atribuida una filiación determinada. El comportamiento omisivo del progenitor es un accionar ilícito consumado de manera negativa, en tanto infringe el deber de subyugarse a las responsabilidades emanadas de la procreación. Ese agravio extrapatrimonial, consistente en el no reconocimiento y, por ende, normalmente en la no asunción de las cargas que impone la paternidad o maternidad, le engendra variados perjuicios al hijo¹⁵, que al tener su origen en un accionar ilícito habilitan el derecho a su reparación¹⁶.

- En este sendero, los argentinos MOLINA QUIROGA y VIGGIOLA afirman que “la filiación extramatrimonial no reconocida espontáneamente es reprochable jurídicamente, ya que el deber de reconocer al hijo es un deber jurídico, aunque el reconocimiento como acto jurídico familiar sea voluntario. El nexo biológico implica responsabilidad jurídica, y quien, por omisión, elude su deber jurídico de reconocer la filiación, viola el deber genérico de no dañar y asume responsabilidad por los daños que cause a quien tenía derecho a esperar el cumplimiento de ese deber jurídico”¹⁷. En similar derrotero, GREGORINI CLUSELLAS expresó que quien omite reconocer un hijo extramatrimonial incumple un deber, que es a la vez un derecho del hijo para el cual la ley lo habilita a accionar, generando daños con la omisión o negativa. Legalmente, si bien el reconocimiento es un acto jurídico voluntario unilateral, no por ello es discrecional del sujeto, quien deberá efectuarlo cuando se de la realidad biológico de que depende¹⁸.

Por su parte, MENDEZ COSTA agrega un argumento de disímil naturaleza para consolidar la postura de que el progenitor que no reconoce a su hijo incurre en responsabilidad. Según la autora, ‘el art. 1071 (del C.C. argentino) priva de amparo al ejercicio abusivo de los derechos tipificándolo por contrariar los fines que se tuvieron en mira al reconocerlos o por exceder los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. La ley admite el reconocimiento por el padre o madre extramatrimonial con la finalidad de facilitar y simplificar la determinación de la filiación del hijo y de dar cauce jurídico al cumplimiento de un indiscutible deber ético. Abstenerse del reconocimiento implica contradecir esos fines y obrar contra la moral y las buenas costumbres. Constituye, por lo tanto, un supuesto de acto abusivo, esto es, un caso de acto ilícito’¹⁹.

- El no reconocimiento de un hijo natural plasma una hipótesis de hecho ilícito come-

15 ZANNONI señala que la falta de reconocimiento impide al hijo ejercer los derechos que son inherentes al estado de familia; por ejemplo, no contar con el apellido paterno, ni con la asistencia, al menos material, del progenitor y no haber sido considerado su hijo en el ámbito de las relaciones humanas, (ZANNONI, Eduardo, *Derecho de familia*, T. II, Bs. As., Ed. Astrea, 2002, pág. 403).

16 Como ha sostenido GAMARRA, la ilicitud no exige necesariamente la violación de un derecho subjetivo, siendo suficiente con que se lesionen intereses jurídicamente protegidos, o la lesión de una situación jurídicamente relevante, esto es, calificada por una norma (GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XIX, Mdeo, 1981, págs. 286-287).

17 MOLINA QUIROGA, Eduardo y VIGGIOLA, Lidia E, *Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial*, obtenido en la página web de la Asociación de Abogados de Buenos Aires: www.aaba.org.ar.

18 GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, *Daño moral. Su reparación y determinación en la negativa de filiación*, L.L., T. 1995-E, pág. 12.

19 MENDEZ COSTA, María Josefa, *Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente*, L.L., T. 1989-E, pág. 576.

tido por omisión que genera responsabilidad. El progenitor que culposa o dolosamente incurre en esa conducta contraviene sus obligaciones y como es evidente debe responder por ello a través de la indemnización de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que su omisión acarrea.

Como se ha sostenido reiteradamente por los tribunales argentinos, si bien el reconocimiento o la inscripción en el Registro Civil se hace mediante un “acto voluntario” de emplazamiento, no quiere decir que se tenga derecho a no reconocer a un hijo engendrado —en caso del hombre- o alumbrado —en caso de la mujer-. No puede decirse que el demandado no tuviese ninguna obligación de reconocer a su hija. Todo lo contrario, los derechos de una persona están limitados por los derechos de los demás; la filiación y el apellido consiguiente constituyen atributos de la personalidad del menor que no pueden serle desconocidos legalmente. La falta de reconocimiento del hijo propio engendra un hecho ilícito que hace nacer, a su vez, el derecho a obtener un resarcimiento en razón del daño moral que pueda padecer el hijo. La filiación extramatrimonial no reconocida espontáneamente es reprochable jurídicamente y el hijo tiene derecho a un resarcimiento del agravio moral²⁰. Y en otro dictamen se expresó que, considerando que la filiación y el apellido son atributos de la personalidad que no pueden ser desconocidos legalmente y que el orden jurídico procura la concordancia entre el vínculo biológico y el jurídico, aquel que elude voluntariamente su deber jurídico resulta responsable de los daños ocasionados a quien tenía el derecho a ser emplazado en el estado de familia respectivo y resultó perjudicado por la omisión del reconocimiento espontáneo²¹.

- Por consiguiente, debe concluirse en que, sea por aplicación del principio de que todo aquel que con su actuar ilícito genera un daño está en la obligación de repararlo (art. 1319 del C.C.U.) o por el empleo de la teoría del abuso del derecho (art. 1321), el progenitor de hecho que actuando culposa o dolosamente no atribuye a su progeñe la filiación jurídica que le corresponde genera una hipótesis de daño resarcible.

- Pero para que la indemnización sea procedente, es menester atender a la conducta asumida por el progenitor, dado que se trata de un supuesto de responsabilidad subjetiva, es decir, que solamente aflora cuando actúa de manera dolosa o culposa. Por esa razón, si bien existe daño, éste no es indemnizable en aquellas hipótesis en que el progenitor desconocía la existencia de su hijo (*v. gr.* porque no le fue notificado por el otro progenitor), es un discapacitado intelectual o se encontraba en alguna de las hipótesis obstativas que el C.C.U. preveía para el reconocimiento.

5. DAÑOS Y PERJUICIOS GENERADOS EN EL AMBITO DE LA PATRIA POTESTAD

- La jurisprudencia es consonante en que el incumplimiento por parte de los padres de los deberes que tienen atribuidos puede conducir a que deban indemnizar a sus hijos por los daños y perjuicios que les causasen. En este sentido, en la sent. n.º 195, de 18 de agosto de 2004, dictada por el T.A.F. de 2º Turno (Silbermann —red.—, Pérez Manrique,

20 Pub. en *LL.*, T. 1989-E, págs. 575-577.

21 Fallo pub. en *LL.*, T. 1995-E, págs. 10 y ss.

Cantero), se estimó que es indudable que es viable una reclamación por el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, sea por acción u omisión, como generativa de responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados. Ahora bien, en el caso concreto se juzga que no existe relación causal entre la falta de cuidados materiales, afectivos y socioeducativos (producidos por la omisión de los deberes referidos) y los padecimientos materiales y morales (disolución de su matrimonio por divorcio y aflicción psíquica –neurosis-) padecidos por la reclamante. Ello en virtud de que ésta fue criada por sus abuelos maternos –a quien su madre confirió la tenencia-, con quienes fue feliz y se colmaron sus necesidades²².

Por el contrario, en la sent. n.º 115, de 3 de mayo de 2006, del mismo tribunal (Pérez Manrique –red-, Cantero, Silbermann; Maggi, Baccelli y Monserrat –discordes), se juzgó que en el caso se habían configurados todos los elementos de la responsabilidad civil del padre, en virtud de que se acreditó una actitud ausente, en aspectos elementales de atención y cuidado (rendimiento escolar, atención de la salud), y en las áreas que refieren a la estricta comunicación humana desde lo afectivo (cumpleaños, fiestas tradicionales, llamadas telefónicas, etc.), lo cual le ocasionó daños al hijo reclamante. En tal dirección se probó que éste padeció dificultades de integración social, que sus rendimientos escolares no son muy satisfactorios y de los estudios psicológicos emergió que existió un daño a la vida de relación, radicada en la psiquis del actor, que lo acompañará toda su vida en la medida en que no se reconstruyan los vínculos con su padre²³.

• En un caso, que llegó a ser fallado en casación por la S.C.J., en que el padre obligado a prestar alimentos vació voluntariamente su patrimonio, a través de varias enajenaciones de inmuebles a favor de su hermana, lo cual llevó a que fueran procesados en vía penal como autor y coautora del delito de estafa, se lo condenó en vía civil al pago de los daños morales que padecieron sus hijas y a los daños materiales que les ocasionó la ocultación de bienes entre el periodo que va desde la fijación original de la pensión y la demanda de aumento de ésta. Ello por cuanto, como consecuencia del proceder del padre, sus hijas «percibieron ingresos por debajo de los que en verdad les hubieran correspondido si se tienen en cuenta los bienes propiedad del demandado que fueron ocultados, en perjuicio de los legítimos derechos alimentarios de las actoras». Asimismo, en atención a la magnitud de los perjuicios sufridos por las accionantes en el plano anímico, como el desalojo del que fuera su hogar, la imposibilidad económica de continuar estudiando en los colegios privados a los que asistían, la pérdida de afiliación a la mutualista médica, entre otros, se fijó una indemnización por daño moral a favor de las hijas en primera instancia que fue elevada en segunda instancia y mantenida por la S.C.J. Asimismo, el órgano judicial se encarga de aclarar que la indemnización de los daños materiales «no se trata de un aumento de pensión, sino de una indemnización, por lo que las actoras no tuvieron y debieron percibir. ... Los daños tienen que ver con la ocultación de bienes y la importancia que esta conducta [del padre] tuvo para la fijación de la pensión. Por otro lado, con respecto a la tía de las menores afectadas (hermana del demandado principal a la cual éste transfirió sus bienes), la condena a resarcir el daño moral no está fundada en la extensión de las obligaciones alimentarias a su persona, por

22 Pub. en *A.D.C.U.*, T. XXXV, sec. Jurisprudencia sistematizada, f. 551, F.C.U., 2005, págs. 261-262.

23 *A.D.C.U.*, T. XXXVII, sec. Jurisprudencia sistematizada, f. 571, F.C.U., 2007, págs. 250-251.

ser tía de las menores –para lo cual no está legitimada pasivamente-, además de tratarse de una cuestión que pertenece al ámbito del derecho de familia, sino que esta indemnización se basa en el hecho ilícito surgido de la ocultación de bienes en perjuicio de las actoras, de la que fue coautora»²⁴.

En esta misma dirección, en un fallo se consideró que son indemnizables los daños y perjuicios causados por incumplimiento del padre de los deberes de sostén, cuidado y educación. En el caso se probó que los padres de una niña se separaron cuando contaba con ocho años de edad y a partir de ese momento, el padre visitó a su hija esporádicamente, aportando para su sustento «lo que podía». Hasta que, cuando la niña cumple los doce años, ante el desinterés de su padre, encuentra en el padrastro y en el padre de éste, la figura paterna de que carecía y se niega a continuar el contacto con el progenitor demandado. Como consecuencia de ello, la adolescente pierde todo vínculo con la familia paterna, especialmente la abuela, pero también con otros familiares. Incluso, al disolver la sociedad conyugal que integraba con la madre de la menor se vendió el bien que constituía el hogar conyugal. La decisión judicial, citando abundante doctrina, estima que aun cuando no quedaron secuelas de una psicopatología instalada en la menor, ello no implica ausencia de sufrimiento, que es en definitiva lo que determina que exista una lesión en el derecho y da lugar a la ilicitud y a la reparación del daño moral padecido. En el fallo se indica que «tal sufrimiento es relevado claramente en la pericia. En autos existen elementos suficientes para concluir en la causación del daño, tanto como en la conducta culpable del apelante. Detrás del fundamento de la obligación de reparar, está ese comportamiento contrario al del buen padre de familia, desajustado a la norma, que con intención o bien con culpa (no actuación de acuerdo a los parámetros de un buen padre de familia para la evitación del daño) se lleva a cabo en perjuicio del otro a quien efectivamente haya causado un daño. Mas en el caso de la especie, dado que se está frente al no ejercicio de derechos subjetivos familiares, de los que se ejercen en el contexto de las relaciones jurídicas familiares como facultades o poderes para la protección de intereses ajenos, es decir no propios de su titular». Y se señala, citando a ORDOQUI que, «dentro del género daño a la persona, se analizan varias especies dentro de las que aparecen, como ya se dijera, el daño moral, el daño psicológico, el daño estético, el daño a la vida de relación, e inclusive, como se está desarrollando, el daño existencial. La violación de los deberes de familia, como ocurre, por ejemplo, con el no reconocimiento de los hijos, con el no cumplimiento de los deberes de manutención o de asistencia... se traduce en un daño existencial que lesiona el proyecto de vida tanto de los hijos como de los esposos. ... El daño existencial se traduce en la obstaculización total o parcial del proyecto de vida determinado al que legítimamente aspira el perjudicado. No se podrá desarrollar actividades, tener contactos de afecto, educación, esparcimiento... la potencialidad lesiva del ilícito va más allá del patrimonio, del cuerpo, de los sentimientos y afecta el desarrollo existencial y la calidad de vida de la persona». A raíz de lo expuesto, atento a que se está ante un daño por incumplimiento del deber de sostén, cuidado y educación que se inicia a la edad de ocho años de la actora, en el cual se acreditó la ruptura del vínculo y el sufrimiento del proyecto de vida que le es connatural, se fijó una indemnización a favor de la menor en la suma de \$ 300.000²⁵.

24 Sent. de la S.C.J. n.º 334/1995, de 14 de junio de 1995 (ALONSO DE MARCO, MARABOTTO, TORELLO, MARIÑO, CAIROLI –red.-).

25 Sent. del T.A.F. de 1º Turno n.º 52/2013, de 18 de setiembre de 2013 (BENDAHAN –red.-, BACCELLI, DÍAZ SIERRA).

6. INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS

• La importancia de las comunicaciones de los niños y adolescentes con aquel de los padres a quien no se le confió la custodia cotidiana y la familia ampliada de éste está fuera de debate²⁶. Pero ello no sólo desde la perspectiva de los adultos visitantes, sino en lo primordial para la adecuada formación afectiva de los menores involucrados. Lo expresado porque es evidente que la ruptura de la convivencia matrimonial o de hecho carece de entidad para destruir el conjunto de vínculos que se genera no sólo entre los padres y sus hijos, sino también entre éstos y los componentes de la familia de aquéllos. De modo que, mediante la implementación de un régimen de comunicaciones se trata de impedir que la crisis familiar conduzca a la ruptura de relaciones entre quienes se hallan ligados por un vínculo de parentesco, y entre sujetos que han forjado un lazo afectivo que es conveniente que persista (art. 38 del C.N.A.)²⁷.

Es patente que los hijos, que son las víctimas inocentes de los conflictos familiares que afligen a los adultos, son los que están en la situación más débil para afrontar las consecuencias del quiebre de la familia en la que convivían. A raíz de ello, la adopción de medidas tendientes a desbloquear las dificultades que les permitan mantener los vínculos afectivos con aquellos que no conviven diariamente es misión fundamental para los operadores jurídicos, en especial para los tribunales encargados de fallar sobre estas cuestiones. Con la figura de las visitas se procura evitar que el padre no custodio se transforme en un extraño para sus hijos, facilitando que se genere o se conserve una corriente de afecto, comprensión y conocimiento entre ellos y, en tanto sea posible, se puedan vencer las asimetrías que resultan de que uno de los padres ejerza la custodia y viva cotidianamente con sus hijos, mientras que el otro carece de la posibilidad de mantener contactos diarios.

Desde la perspectiva expuesta, la implementación de un régimen que permita los contactos en la familia desmembrada constituye un derecho de los niños y adolescentes, más que de los adultos, sean los propios padres, los parientes o personas allegadas con las que ha generado un vínculo afectivo. Como derivación de lo dicho, las visitas se fijan atendiendo al interés primordial de aquéllos y sólo puedan ser excluidas o restringidas cuando existan circunstancias reales que se traduzcan en perjuicios para los propios menores.

• Actualmente han perdido vigencia las posturas que se pronunciaban en el sentido de que las visitas constituían un derecho del visitante, dado que como ocurre en materia de relaciones paterno-filiales se trata de un derecho-función, puesto que, si bien supone una atribución de facultades, éstas se confieren para un mejor cumplimiento de los deberes que tiene asignados el padre que se beneficia con su instauración: velar por sus hijos, controlar sus actividades, supervisar su educación, etc. Por ello, en el presente, es más adecuada su consideración como derecho-deber, con lo cual existen dos aspectos

26 El tema de las comunicaciones y visitas lo he analizado en otras ocasiones; *vid. El interés del menor en las crisis familiares: guarda, comunicaciones y visitas*, UM, 2012, págs. 567-912 y «El derecho-deber de visitas», *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 22, sec. Doct., págs. 161-191.

27 En esa línea argumental, desde antiguo, se sustenta en la doctrina francesa que la idea directriz de la jurisprudencia fue la de crear un *droit de nature purement affective*, situado por consecuencia en un plano diferente de aquel en que se colocan los derechos relativos a la protección jurídica y a la dirección del menor (VINEY, Geneviève, «Du droit de visite», *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 1965, pág. 250).

fundamentales que se deben apreciar en él: en primer lugar, que la visita es un derecho del niño y no sólo del visitante –padre, pariente o allegado–; y en segundo término, que el interés del menor será el que determine su concesión y amplitud.

- Cuando quien impide las visitas es padre custodio, las penalidades que se le pueden imputar son las siguientes: a) variación del régimen de tenencia, cuando ello no perjudique el interés del menor; b) las penas económicas (medidas económicas o *astreintes*) que imponga el juez de oficio o a solicitud de parte, y cuyo producido beneficiará al menor; c) posibilidad de que pierda la patria potestad; y d) una sanción penal en caso de que incurra en el delito previsto por el art. 279 B del Código Penal que se denomina «*Omisión de los deberes inherentes a la patria potestad*» y que se tipifica cuando alguno de los padres omite el cumplimiento de los deberes de asistencia inherentes a su función, «poniendo en peligro la salud moral o intelectual del hijo menor».

La principal obligación que tiene sobre sí el guardador o custodio habitual es de tipo negativo y consiste en no llevar a cabo conductas obstaculizadoras para la adecuada vinculación entre el beneficiario de las visitas y el menor. Empero, junto a esa obligación primordial, existen otras, que también son susceptibles de ser incumplidas por parte de aquél y que son las que pueden dar lugar a un acatamiento indebido o con atraso, como por ejemplo no adoptar las medidas apropiadas para que se lleven a cabo las visitas o no hacerlo en el tiempo correspondiente. Pero además de estos comportamientos que en buena medida pueden ser conceptuados como tangibles, es posible que existan otros, acaso más difíciles de advertir, que habitualmente no superan el entorno hogareño, que también suponen un incumplimiento del régimen y que consisten en influir en la voluntad del menor, de modo que se niegue o sea renuente a una vinculación afectiva con el visitador (en este rumbo, la configuración del «*Síndrome de Alienación Parental*» constituye una muestra extrema y por demás prototípica de lo que estoy expresando)²⁸.

Es evidente que, en el Derecho de familia, en especial cuando están implicados menores de edad, no siempre es posible adoptar íntegramente la figura de la ejecución forzosa, con el amplio contenido con que es recibida en la doctrina procesalista. Ello, primordialmente, por la naturaleza no patrimonial de las obligaciones en juego. Junto con ello, cabe señalar que la especial naturaleza de las relaciones familiares conduce a que si bien los incumplimientos que se producen a los deberes que nacen dentro del ámbito de la propia familia puede traer aparejada la imposición de sanciones de tipo económico, lo realmente trascendente no es la conquista de una suma de dinero, sino el mantenimiento de las relaciones en su seno, a fin de obtener un pacífico y correcto desarrollo de sus componentes.

- Es claramente visualizable que quien debe soportar el derecho-deber instaurado tiene obligaciones positivas (facilitar los encuentros y el régimen de comunicación, entre otras) y negativas (no obstaculizar las reuniones, no generar en el menor sentimientos de encono hacia el visitante, etc.). El incumplimiento de estos deberes puede conducir a que se impulsen variaciones a título de sanción en las relaciones con el menor, como, por ejemplo, reformar el régimen de guarda y custodia asignado, cuando ello no perjudique los intereses de éste.

28 Vid. al respecto: HOWARD, «El síndrome de alienación parental», en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año XIII (2014), N° 25, sec. Doctrina, págs. 129-158.

Atento a lo expuesto, carecen de trascendencia a la hora de analizar las responsabilidades del padre custodio por los incumplimientos de las comunicaciones fijadas, aquellas argumentaciones o excusas sustentadas en la falta de predisposición de los hijos para contactar con el visitante, especialmente cuando se trata de menores de corta edad, dado que corre de su lado, en virtud del contacto cotidiano que mantiene con éstos, el deber de procurar que esas visitas se desarrollen en modo satisfactorio.

- Además, como es conocido, todo ordenamiento jurídico interdicta las prácticas de justicia por mano propia, de manera que si el guardador considera que la negativa del menor a comunicarse con aquellos que no disfrutaban de su contacto diario es justificable, o los contactos son perjudiciales para éste, la vía a seguir transcurre necesariamente por la modificación judicial de las medidas dispuestas o acordadas, pero no por la obstaculización unilateral e inconsulta de las comunicaciones.

- La sent. n.º DFA-0010-000608/2015 - SEF-0010-000088/2015, de 22 de junio de 2015, dictada por el T.A.F. de 1er. Turno (Díaz Sierra –red.-, Bendahan y Merialdo) resuelve un interesante litigio en materia de comunicaciones y visitas, que se enmarca en las consecuencias patrimoniales que se derivan del incumplimiento del régimen implementado a fin de mantener las vinculaciones paterno-filiales²⁹. La plataforma fáctica del caso se sitúa en que el día del cumpleaños del descendiente común, la madre a quien se le confirió la custodia no entregó al niño para que comunicase con su padre, cuando éste había organizado una reunión para el festejo, a raíz de lo cual reclama los daños materiales (cotillón, etc.) y morales que padeció. La madre, por su lado, decidió realizar una celebración por el aludido cumpleaños, a sabiendas de que en ese horario –de acuerdo a transacción homologada judicialmente- correspondía que el niño estuviese con su padre. En primera instancia, la Sede *a quo* desestima la demanda resarcitoria; sin embargo, apelado el fallo el tribunal *ad quem* admite la reclamación y condena a la madre demandada al pago de los rubros pretendidos. Para el tribunal, «no hay lugar a dudas que el solo hecho de no estar con su hijo el día de su cumpleaños –cuando de acuerdo a la transacción homologada judicialmente- tenía derecho a hacerlo, provoca un daño irreparable moralmente, el cual surge *res ipsa loquitur*, por lo que como se dijera en tanto ello implica el incumplimiento de los deberes jurídicos establecidos, como acto ilícito hacer nacer la responsabilidad civil del autor de indemnizar el daño que produce al otro». Asimismo, se consideró que en cuanto al daño material alegado por el reclamante, los documentos que presentó no fueron impugnados en legal forma (art. 170.3 del C.G.P.), sino que a lo sumo se hicieron alegaciones sin consistencia y con intención de sembrar dudas, pero que no logran enervar la prueba documental. En los fundamentos del fallo, la Sala cita a Mosset Iturraspe, admitiendo que la regla, aun en las relaciones de familia, es la responsabilidad por el daño causado, mientras que la excepción, con base en circunstancias muy especiales, lo es la irresponsabilidad. Asimismo, se toma en consideración lo expuesto en la doctrina argentina por Medina quien considera que el de visitas “...es un derecho subjetivo, es decir, un poder atribuido a la voluntad para la satisfacción de un interés jurídicamente protegido. Como todo derecho subjetivo, puede ser ejercido coactivamente». Y el fallo también se sustenta en lo recomendado en el 3er. Congreso Internacional de Derechos

29 La sent. la comenté en «La responsabilidad generada por incumplimiento del régimen de visitas», pub. en *Rev. Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, T. IV, 2016, sec. Taller de Jurisprudencia, págs. 225-230.

de Daños realizado en el año 1993 en Buenos Aires, en el sentido de que “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 hacer 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 incumplimiento de los deberes que legal y judicialmente se le imponen al custodio origina una hipótesis de hecho ilícito cometido normalmente por omisión que genera responsabilidad, por lo que –como corolario- su autor debe responder mediante la indemnización de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que su proceder acarrea.

La materia atinente al surgimiento de responsabilidad indemnizatoria por el comportamiento de aquel de los padres (o acaso otras personas) que asume conductas obstaculizadoras a efectos de que un menor no mantenga contactos adecuados con el otro padre (o también con otros miembros de la familia ampliada de éste) y que causa daños a éste, no ha sido objeto de previsiones normativas expresas; sin embargo, son de aplicación al caso las reglas que se determinan para la responsabilidad en general –la sentencia se inclina en concreto por la aquiliana-. Por ese fundamento, son elementos imprescindibles para que se verifique su surgimiento: la presencia de un hecho ilícito perpetrado por acción u omisión derivado de la culpa o el dolo del guardador, la provocación de un daño y la existencia de un nexo de causalidad entre aquel ilícito y el daño ocasionado.

En estas hipótesis, es ostensible que la responsabilidad del padre custodio nace cuando impide injustificadamente los acercamientos de su hijo con aquellas personas a las cuales se les ha reconocido en vía convencional o judicial la posibilidad de mantener esos contactos, lo cual provoca daños que son resarcibles³⁰. Y ello tanto cuando el impedimento de contacto se verifica en forma más o menos reiterada, como en los supuestos en que tiene lugar en ocasiones especiales, como el cumpleaños del niño, del padre o las fiestas tradicionales.

- Se trata en todo caso de una responsabilidad subjetiva, que es más propensa a permitir una reclamación por daño moral que por daños materiales, aun cuando no es de desconocer que es dable que éstos también concurren, como acontece en la sentencia indicada.

Si bien por lo general la conducta asumida por el infractor es dolosa, esto es, tiene intención de vulnerar la relación entre visitante y visitado, es posible también que nazca la responsabilidad en los supuestos en que actúa en modo negligente, de forma que no

30 La doctrina es conteste en que el padre conviviente tiene la obligación de facilitar el contacto del no custodio con sus hijos, poniendo todos los medios a su alcance para que tenga lugar un normal desenvolvimiento del régimen de visitas. Por ende, no sólo debe abstenerse de poner obstáculos que directa o indirectamente dificulten las comunicaciones, sino que debe agotar todas las posibilidades de que disponga a fin de propiciar y favorecer las comunicaciones (RAMOS MAESTRE, «La responsabilidad civil por el incumplimiento del derecho de visitas», en AA.VV., *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (Coordinador: MORENO MARTÍNEZ), Madrid, Ed. Dykinson, 2012, pág. 394).

se alcanza el resultado perseguido de obtener la vinculación (por ejemplo, el custodio traslada su residencia a otra localidad dificultando las visitas o acepta negativas injustificadas de un hijo pequeño de no comunicar con su padre)³¹.

- Ahora bien, aun cuando la reclamación indemnizatoria normalmente va a ser llevada a cabo por iniciativa del padre que se ve privado de los contactos adecuados con sus hijos, es palmario que –en tanto la conducta obstaculizadora del custodio del mismo modo perjudica a éstos-, también están legitimados para incoarla. Claro está que ello, en variadas hipótesis, aparece como una posibilidad más ilusoria que real, dado que el custodio, además de sus comportamientos obstaculizadores, suele intervenir en la psiquis de los menores para convencerlos de que su actitud se destina a la mejor protección de los intereses de éstos, por lo que conforman una suerte de alianza que hace difícil los reclamos en el sentido que vengo analizando. Sin embargo, juzgo que en el caso que nos ocupa nada hubiese impedido que el padre reclamara por sí y en representación de su hijo por el perjuicio causado por el proceder materno, o en su caso, cumpliendo con lo dispuesto en el art. 263 del C.C., pidiendo que se conceda licencia para dicha demanda y se nombre un curador *ad litem* al menor.

Como he dejado escrito, el terreno más propicio para que emerja la responsabilidad civil es en lo concerniente al daño moral, en donde es del todo procedente una reclamación. Ello por cuanto la privación para uno de los padres de los contactos con sus descendientes configura una conducta censurable, que jurídicamente no es indiferente para el ordenamiento, en razón de que causa innumerables perjuicios tanto a los adultos implicados en el conflicto familiar, como a los menores que –normalmente de modo involuntario- forman parte de él. Por cierto, el agravio extrapatrimonial consiste en la imposibilidad que padece aquel integrante de la familia, ahora distorsionada, que se ve impedido de mantener contactos con los menores que conformaban aquella, de forma que, para el caso de los padres, ese proceder obstaculizador lleva no sólo a que se vean impedidos de mantener los vínculos afectivos con su prole, sino también de participar en la formación y desarrollo de ésta.

7. OTROS CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES FAMILIARES

- Como no puede ser de otra manera, la mención de los supuestos de responsabilidad civil resultantes de las relaciones conyugales expuesto tuvo carácter meramente enunciativo, dado que son infinitos los casos en que puede haber un resarcimiento de los daños y perjuicios causados. En este sentido, es patente que son procedentes las reclamaciones cuando se viola cualquier derecho de la personalidad de un cónyuge (o concubino) por parte del otro componente de la pareja (*v. gr.* en los supuestos de violencia doméstica, agresiones sexuales, afectación de la intimidad, incumplimiento del deber de asistencia recíproca, etc.).

31 En la doctrina española se sostiene que en estos casos se requiere dolo o culpa grave (valga por todos: RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2009, pág. 280).

- En el ámbito de relaciones paterno-filiales, junto a los casos indicados son indemnizables también las afectaciones a los derechos personalísimos de los hijos llevados a cabo por parte de los padres (o incluso de los terceros ajenos al grupo familiar). En este rumbo, el exceso en el ejercicio del derecho de corrección de que gozan los padres por la utilización del castigo físico o cualquier tipo de trato humillante (*vid.* ley 18.214, de 9 de diciembre de 2007); la provocación de daños en la psiquis de los hijos por el trato que les dispensan; los abandonos inmotivados y culpables; «si por sus costumbres depravadas o escandalosas, ebriedad habitual, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudieren comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de sus hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la ley penal» (ord. 6º del art. 285 del C.C.); la imposición de trabajos que exceden sus aptitudes y les causan daños, entre infinidad de hipótesis más, pueden generar la responsabilidad civil de los ascendientes más próximos.

8. CASOS DE INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES FAMILIARES

- Existen diferentes conductas que se asumen en el terreno familiar que no generan responsabilidad, aun cuando se produzca un daño:

1. Violación de la fidelidad en el concubinato. La ley 18.246 no exige la fidelidad entre los concubinos, pero sí que la relación sea exclusiva³².
2. Incumplimiento de los esponsales. Art. 81 del C.C.: «Los esponsales o sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es un hecho privado, que la ley somete enteramente al honor y conciencia del individuo y que no produce obligación alguna en el foro externo. No se puede alegar esta promesa ni para pedir que se efectúe el matrimonio ni para demandar indemnización de perjuicios».
3. Por demandar el divorcio o la separación judicial de bienes, dado que se trata de un derecho potestativo de cada uno de los cónyuges.

32 Sent. N° DFA-0010-000813/2015 - SEF-0010-000124/2015, de 7 de agosto de 2015 (DÍAZ SIERRA -Red.-, BENDAHAN -Disc.-, MERIALDO, MARTÍNEZ CALANDRIA), pub. en Rev. *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, T. IV, 2016, sec. Jurisprudencia sistematizada, págs. 352-353.