

Daños y Perjuicios derivados del Impedimento de Contacto con los Hijos.

..."Ante el incumplimiento del régimen de comunicación con los hijos por parte del progenitor no conviviente, tanto como, ante la conducta del progenitor conviviente, quien como en el fallo en comentario, obstaculiza permanentemente la comunicación con el no conviviente, la jurisprudencia ha aplicado una serie de sanciones o medidas conminatorias con el fin de compeler al cumplimiento del derecho de comunicación paterno filial y familiar."...

En el art. 557 del Cód. Civ. y Com. se establece que el juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado, medidas razonables para asegurar su eficacia. De acuerdo a la jurisprudencia y propuestas doctrinarias puede verse medidas diversas, tales como intimación al cumplimiento de lo establecido por convenio o sentencia; astreintes; multas civiles u otro tipo de penas o sanciones pecuniarias; cláusulas penales de origen convencional; sanciones penales por impedimento de contacto (Ley 24270); inscripción en registros de padres que obstaculizan el contacto (Kiper, Claudio, Creación del Registro Nacional para Progenitores que Impiden el Contacto, AR/DOC/4380/2016), entre otras.

CNCiv., sala H, 22/06/2021, ?S., D. c/ F., N. R. s/ daños y perjuicios?

En Buenos Aires, a 22 días del mes de junio del año 2021, hallándose reunidos los señores Jueces integrantes de la Sala "H" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia en los autos: "S., D. c/ F., N. R. s/Daños y Perjuicios - Familia", y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, el Dr. Claudio Marcelo Kiper dijo:

Contra la sentencia dictada en primera instancia, que hizo lugar a la demanda por la cual el actor reclamó la indemnización de los daños sufridos por el impedimento de contacto con sus hijos, expresan agravios ambas partes. La demandada contestó el traslado conferido.

La demandada se agravia de que se haya admitido la demanda. Sostiene que no hubo daño ni relación causal alguna, tampoco un obrar antijurídico, y que se omitió valorar los antecedentes del caso. Considera que el padre se desentendió de la situación de los hijos, y que no puso traba o impedimento al contacto. Dice que el progenitor, con su pasividad, consintió el traslado. Solicita que el caso se resuelva con perspectiva de género, ya que no se puede castigar a las mujeres por rehacer su vida. En subsidio, considera elevado el monto fijado en concepto de daño moral.

En cambio, el actor considera insuficiente el monto admitido en el fallo. Alega que se lo privó de retirar a sus hijos del colegio, de pernoctar con ellos, de tener un vínculo más fluido. En segundo lugar, cuestiona la tasa de interés fijada, y solicita que se aplique la tasa activa por todo el período.

Comenzaré por el examen de la responsabilidad.

La responsabilidad parental responde al ejercicio de una función que corresponde a ambos progenitores, destinada a satisfacer las necesidades de los menores de edad para su desarrollo, formación y protección integral, conforme a su superior interés, tal como se encuentra definida en el art. 638 del Cód. Civ. y Com.

El progenitor no conviviente tiene el derecho deber a una adecuada y fluida comunicación con el hijo (art. 652, Cód. Civ. y Com.), además del derecho y deber de colaboración con el conviviente (art. 653, Cód. Civ. y Com.) y el deber de ambos de informar al otro con carácter amplio sobre las cuestiones relevantes de la vida del hijo en lo que hace a la salud, la educación y otras relativas a su persona y sus bienes (art. 654, Cód. Civ. y Com.).

Ante el incumplimiento del régimen de comunicación con los hijos por parte del progenitor no conviviente, tanto como, ante la conducta del progenitor conviviente, quien como en el fallo en comentario, obstaculiza permanentemente la comunicación con el no conviviente, la jurisprudencia ha aplicado una serie de sanciones o medidas conminatorias con el fin de compeler al cumplimiento del derecho de comunicación paterno filial y familiar.

En el art. 557 del Cód. Civ. y Com. se establece que el juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado, medidas razonables para asegurar su eficacia. De acuerdo a la jurisprudencia y propuestas doctrinarias puede verse medidas diversas, tales como intimación al cumplimiento de lo establecido por convenio o sentencia; astreintes; multas civiles u otro tipo de penas o sanciones pecuniarias; cláusulas penales de origen convencional; sanciones penales por impedimento de contacto (Ley 24270); inscripción en registros de padres que obstaculizan el contacto (Kiper, Claudio, Creación del Registro Nacional para Progenitores que Impiden el Contacto, AR/DOC/4380/2016), entre otras.

Se afirma que, en última instancia, cuando todo lo anterior haya fracasado y no se haya logrado compeler al cumplimiento del deber de comunicación, podrá entablarse una demanda por daños y perjuicios cuando se encuentren acreditados los presupuestos de la responsabilidad civil (Galletti, Judith, Las sanciones frente al incumplimiento del deber de comunicación. El principio de igualdad en las relaciones familiares y los roles de género, RCCyC 2021 - abril-, 98).

Según este enfoque, la posibilidad de acudir al reclamo indemnizatorio constituiría la última ratio, cuando no se ha podido vencer la resistencia del otro progenitor.

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

En esta inteligencia, se sostuvo que en el ámbito familiar deben analizarse con criterio restrictivo las pretensiones indemnizatorias por daños y perjuicios, porque debe priorizarse la persistencia y estabilidad de los vínculos entre sus miembros y la solidaridad y respeto. Se debe tratar de evitar la judicialización de los conflictos entre padres e hijos y hallar las posibles soluciones con la cooperación y participación de sus protagonistas. Se señaló en la ocasión que admitir una indemnización por daños y perjuicios a favor del progenitor sería devastador sobre la revinculación, así como que la ausencia de dolo en la actitud restrictiva de las visitas no configuraba una actitud antijurídica en tanto existían pruebas de voluntad conciliatoria, el rol del padre no fue cuestionado y se probó que el propio hijo no accedía a contactarse con el progenitor (CNCiv., sala D, "L., J.C.O. y otro c. V., P. s/ daños y perjuicios", 27/10/2010, sumario 20603 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

Para otra visión, el derecho de daños debe perfilarse y actuar como un medio idóneo que brinde respuestas adecuadas, a través del resarcimiento justo, a los menoscabos padecidos por la víctima en su esfera familiar, en los diferentes casos atendiendo a las distintas circunstancias, el cual también constituye un fuerte factor disuasivo en el futuro. Por este motivo, la admisión del resarcimiento del daño cumple, en estos supuestos, la doble función por cuanto, a la par que posibilita la reparación de los perjuicios sufridos por las víctimas, en un caso determinado, establece y propicia parámetros de conductas sociales que deben ser evitadas por los miembros de la sociedad (ver sobre el tema la reseña que hacen Fillia, Laura y Medina, Graciela, Violencia por impedimento de contacto y responsabilidad por daño, DFyP 2019 -julio-45).

En lo personal, tengo varias dudas sobre el traslado del régimen de responsabilidad civil a este tipo de situaciones. En mi voto en disidencia en el fallo plenario del 20/09/1994 en el que, por mayoría, se admitió la reparación del daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio (G., G. G. c. B. de G., S., L. L., 1994-E, 538; JA, 1994-IV-549, como punto de partida, propuse un análisis no jurídico al entender que "Se trata de un fenómeno humano que engloba un sinnúmero de factores derivados de una relación intersubjetiva, que no admiten un abordaje, desde la ciencia jurídica, que prescinda sin más de sus particulares atributos, ampliamente estudiados por otras disciplinas. No puedo, por las razones que expondré seguidamente, aplicar aquellos principios de derecho común destinados a la generalidad de las relaciones jurídicas". Agregué que "Estudiada la dinámica familiar a la luz de los referidos enfoques teóricos, la noción de la culpabilidad se debilita en gran medida, ya que la interacción entre los cónyuges establece una trama que se retroalimenta y modifica en forma permanente, cualquiera sea la manera en que los esposos acuerden sus pautas de comunicación, lo cierto es que el fenómeno se produce, siempre, entre dos personas que, de esta forma, generan un vínculo de cuyo contenido ambos son responsables. El amor o el odio pueden, o no, ser correspondidos, pero, para que exista una relación disfuncional que, finalmente, provoque una fractura que haga imposible la convivencia, es preciso que dos personas adopten posturas que posibiliten el acaecimiento de tales hechos".

Se plantea Marisa Herrera si es posible extender algunas, varias o todas las afirmaciones esgrimidas a otros ámbitos que involucra el cruce entre el derecho de daños y el derecho de familia? En otras palabras, ¿los daños por el incumplimiento de los deberes derivados de la responsabilidad parental quedarían al margen de esta perspectiva de análisis y los resultados a los cuales se arriba? ¿Cuáles serían las similitudes y diferencias de ambas tipologías de daños (derivados del divorcio y de la responsabilidad parental)? para que lo sostenido pueda o no serle extensivo a este último (Herrera, Marisa, Responsabilidad civil y Responsabilidad parental: daños por la obstrucción del derecho de comunicación entre padres e hijos. Los límites del Derecho, L.L. 2011-A-1091).

De lo que no puedo dudar es que, impedir u obstruir, sin justificación, de manera deliberada, el contacto del hijo con el otro progenitor importa un acto contrario a derecho.

Sin perjuicio de esta introducción, considero relevante sintetizar lo ocurrido en el presente caso.

Las partes contrajeron matrimonio en 2002, y se separaron en 2015. De dicha unión nacieron A. (2004) y B. (2010).

En el expediente 52997/2015, fue el aquí actor quien relató que tuvo en sus comienzos un matrimonio feliz, hasta que la convivencia no fue posible. Dijo allí que "si bien nuestra relación se quebró de alguna manera, no ocurrió lo mismo con nuestros hijos.

Priorizamos siempre sus intereses y desde ya, ellos son nuestro eje en todas las decisiones que tomamos (...) estamos en presencia de

un cuidado personal compartido" (ver fs. 2 vta, de dicha causa). La progenitora, al responder la acción, si bien negó la existencia de un régimen de custodia compartido, relató el tiempo en el que los menores compartían con su padre (fs. 42, expte cit.).

El 24 de agosto de 2016 las partes suscribieron un convenio, según el cual los "cuidados personales" estarían a cargo de la madre, y se estableció un régimen de comunicación (fs. 124, expte 52997/2015), que fue alterado tiempo después.

El aquí actor no cumplió en oportunidades con el pago de los alimentos pactados, lo que generó actuaciones judiciales para obtener que se hicieran efectivos de manera compulsiva (ver, por ej, fs. 270/1, expte 35907/2016).

Por otro lado, la madre mudó su domicilio, junto a sus hijos, sin la conformidad de la otra parte, lo que trajo aparejado varias dificultades. El padre promovió las actuaciones caratuladas "impedimento de contacto", ante la Justicia Nacional en lo Criminal. También promovió en el año 2018 un proceso para obtener la disminución de la cuota alimentaria (77764/2018).

Por su parte, la aquí demandada inició, en Octubre de 2015, una denuncia por violencia familiar. Allí se relata que los menores solían pasar los fines de semana con sus abuelos paternos en Baradero. Manifestó la incidentista, en otras cosas, que el padre le hablaba mal de ella a sus hijos. Según su versión, el padre no le permite comunicarse con sus hijos cuando están con él. En noviembre de 2016 los menores fueron entrevistados y relataron estar a gusto con su padre cuando están con él, a la vez que extrañaban a su mamá, y lamentaban las peleas de sus padres. En febrero de 2017, el padre retornó a su hijo A. antes de cumplirse el período asignado de vacaciones. En la audiencia realizada en junio de 2017 ambos progenitores se comprometieron a concurrir al Centro de Psicología de esta Cámara. Obran copias de chats intercambiados entre las partes que prueban las dificultades para comunicarse, para combinar un régimen de vacaciones, y otras desavenencias y reproches mutuos. En reiteradas oportunidades la madre se quejó de no poder comunicarse con sus hijos en el tiempo que pasaban con el padre. La juez le impuso una multa al padre por no asistir a la terapia antes ordenada. B. fue entrevistado por la psicóloga, quien puso de manifiesto psicopatologías ya instaladas, y que cada progenitor culpaba al otro de la situación. En un momento A. dejó de ver a su padre, y contó que aquél lo llamaba y lo insultaba. Por su lado, el padre, ante la mudanza de sus hijos a Citibell, pidió que la madre los llevara a esta Capital los viernes y los retirara el domingo (expte 75426/2015).

Como si fuera poco, en el expte 52999/2015/1, la madre obtuvo autorización judicial para viajar con sus hijos a España en abril de 2020.

La demandada alega no haber hecho ninguna acción antijurídica. Esto no es aceptable, pues ya esta Sala se pronunció con anterioridad sobre el punto, y dicha decisión se encuentra firme.

Esta Sala resolvió, en el Expte Nro. 90173/2017 caratulado: S., D. C/ F., N. R. S/Medidas Precautorias, el 28 de agosto de 2018, que "el cambio de domicilio de los hijos y de colegio es una cuestión que deben decidir los dos progenitores conjuntamente y de común acuerdo puesto que ambos son titulares de la responsabilidad parental. Esto quiere decir, básicamente, que ambos tienen una responsabilidad como padres que conlleva obligaciones de cuidado y educación del hijo, pero también derechos. Entre estos derechos está el de decidir sobre las cuestiones relevantes en la vida de los hijos y la modificación del establecimiento educativo es una de ellas. Por ello, con independencia de quien tenga atribuido el cuidado personal se requiere el consentimiento de ambos para adoptar la decisión del cambio de la institución educativa.

(...) no surge que la progenitora hubiere efectuado una comunicación fehaciente al progenitor poniéndolo en conocimiento del cambio de jurisdicción y del colegio de los niños, más precisamente a la localidad de La Plata.

(...) F. N. R. en forma unilateral decidió modificar el centro de vida de A. y B., trasladando su domicilio a La Plata y por vía de consecuencia el cambio del colegio de los niños. La actitud de la progenitora no puede ser avalada por este Tribunal, puesto que los conflictos existentes entre los ex cónyuges deben resolverse por la vía del derecho y no por vías de hecho, máxime si como se advierte en la especie las partes tenían una conflictiva familiar judicializada en distintas causas que tramitan por ante el Juzgado Nacional en lo Civil N° 106 con competencia en cuestiones de familia y donde se podría haber acudido solicitando la pertinente autorización judicial.

(...) la progenitora actuó en forma incorrecta al tomar decisiones unilaterales y sin consultar al progenitor de los niños (...) A. en la actualidad no tiene dialogo con su padre y tampoco se cumple a su respecto el régimen de contacto.

Ahora bien, así como este Tribunal pone de manifiesto el actuar incorrecto de la Sra. F. N. R., no se puede dejar de valorar la incidencia de lo petitionado por el progenitor Sr. S. D. respecto de los niños B. y A. que son los reales destinatarios de la medida cautelar solicitada y los que sufren las consecuencias de las incorrectas decisiones de los progenitores quienes, al no poder mínimamente tener un canal de dialogo adulto y responsable realizan conductas nocivas en detrimento de sus hijos".

(...) El padre no ha demostrado haber intentado tomar contacto con el hijo en los últimos tiempos. En definitiva, así como la progenitora actuó en forma incorrecta al tomar decisiones unilaterales y sin consultar al progenitor de los niños, no podemos dejar de señalar que el accionante tampoco indagó sobre la actual situación de B. y A. y si realmente querían concurrir nuevamente al

Colegio Guadalupe.

(...) Resultaría una actitud adulta, seria y comprometida que el progenitor -más allá del litigio y las desavenencias que mantiene con su ex cónyuge- pudiera entender que resulta de vital importancia mantener un vínculo paterno filial y permitirse en forma genuina y desinteresada concurrir a La Plata a encontrarse con sus hijos y recomponer el vínculo -en particular con A.- lo que sin dudas redundara en beneficio de ambos".

Pues bien, queda claro que existe una relación hartó conflictiva entre los ex cónyuges. También que la demandada, de manera unilateral, alteró el centro de vida de los menores.

¿Es suficiente esto para admitir un reclamo de daño moral? No puedo sentar reglas, ya que la respuesta, me parece, depende de las circunstancias de cada caso. Sin duda procedería la acción si se advirtiera una oposición insalvable, insoportable, infranqueable, al contacto de los menores con el otro progenitor, como ha sido evaluado en un caso distinto por otro tribunal (ver sala K, F., D. E. c. D., L. V. s/ daños y perjuicios, 12/02/2019).

La obstrucción injustificada de contacto es un hecho grave y perjudicial que no puede ser tolerado. No sólo en resguardo del derecho del progenitor, sino en el interés superior de los niños a tener una relación valiosa y positiva con ambos progenitores.

Ahora, en este caso, no veo configurada esa situación de obstrucción, pues no hubo, o no surge de las causas promovidas entre ellos, una oposición a dicha mudanza. Advierto que la madre ha viajado en numerosas oportunidades a esta ciudad para tratar de cumplir con el régimen oportunamente establecido. Ha habido dificultades, como surge de las distintas causas judiciales, pero no tengo elementos suficientes para concluir en una conducta recalcitrante de obstrucción. Incluso se han dispuesto medidas de revinculación para mejorar la relación del padre con sus hijos.

Esta Sala ha resuelto casos de alteración del centro de vida, y dispuso la restitución. En el caso, ello no fue reclamado y, además, no puedo soslayar que la distancia a la que se mudaron los menores (localidad de La Plata) no es tanta como para configurar un impedimento de contacto.

El actor sólo se opuso al cambio de colegio, lo cual fue rechazado por esta Sala. Dicho cambio de colegio, admitido finalmente en consideración al interés superior de los menores, no puede ser equiparado a un impedimento de contacto.

En la referida causa sobre medidas cautelares, se observa que el 6 de abril de 2018, el Defensor Público de Menores propició hacerle saber al progenitor "que deberá cumplir con el régimen de comunicación en tiempo y forma, evitando generar expectativas en los niños, priorizando la relación personal entre padre e hijo y sin la presencia de terceros al momento de concretarse los encuentros".

La juez de primera instancia, al resolver dicho expediente, consideró prudente "exhortar a ambos progenitores a procurar los máximos esfuerzos para mejorar los vínculos coparentales en pos del bienestar de sus hijos, a lo que cabe agregar el requerimiento formulado al progenitor por el Sr. Defensor Público de Menores en el dictamen de fs. 37 párrafo segundo" (sent del 19/4/2018, luego confirmada por esta Sala).

También surge de dicha causa que en algunas oportunidades fue la progenitora quien denunció incumplimientos al régimen de contacto establecido.

En suma, creo que las dificultades que tiene el actor para contactarse de manera sana y provechosa con sus hijos es producto de la conflictiva situación que mantiene con la madre, y a hechos a él imputables. Ambos han contribuido a generar esta situación lo que, a mi entender, excluye la posibilidad de obtener un resarcimiento. Basta observar las causas promovidas sobre alimentos (expte 35907/2016), violencia familiar (expte 75426/2015), entre otras.

Por todo lo expuesto, voto para que se revoque la sentencia apelada, y que se rechace la demanda. Las costas de ambas instancias se imponen por su orden, dadas las particularidades del caso, y que el actor pudo creerse con derecho a demandar como lo hizo.

El Dr. Fajre y la Dra. Abreut de Begher, por las consideraciones expuestas por el Dr. Kiper, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores Jueces por ante mí, que doy fe.

José Benito Fajre - Liliana E. Abreut de Begher - Claudio M. Kiper.

Y VISTO, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide: revocar la sentencia apelada, y que se rechace la demanda. Las costas de ambas instancias se imponen por su orden.

Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública, dependiente de la CSJN (conf. Ac. 15/13), notifíquese y, oportunamente, archívese.

José Benito Fajre - Liliana E. Abreut de Begher - Claudio M. Kiper.