



DE VIVA VOZ – ISSN 2545-8922



Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia del Neuquén

Av. Argentina 179 1° piso Of.41 - (8300) Neuquén. **Tel.:** (0299) 4481919

Web: www.magisneuquen.org.ar

Correo institucional: amyf@magisneuquen.org

Correo revista: revistadelaasociacion@gmail.com

2024 – Año 8. Volumen 7-8

Neuquén – Argentina

El presente texto es una ponencia presentada y compartida en las *VI Jornadas Provinciales de la Magistratura y la Función Judicial*, organizadas por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia del Neuquén en 2023.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROVENIENTE DEL ABANDONO AFECTIVO PATERNO: UN SUPUESTO ESCASAMENTE EXPLORADO

María Carolina Dorpinghaus¹

*El mundo no será destruido por las personas que hacen el mal
sino por las que se sientan a ver lo que pasa.*

Albert Einstein

ACLARACIÓN PREVIA

En primer lugar, pido disculpas por que el lenguaje que puede surgir en la presente puede resultar más coloquial de lo que habría de esperarse en una ponencia. Mi recorrido académico es humilde y lo que me motiva a escribir es compartir mis preguntas y despertar, si se quiere, en algunos de los que la reciban, la duda. Duda de si estamos haciendo bien las cosas y duda de si podemos hacer más.

Me permito al respecto citar primeramente el voto de la Ministra María Isabel Gallotti, del Superior Tribunal del Brasil, 13-6-2017:

El concepto de daño se altera con la dinámica social ampliándose cada día el conjunto de eventos cuya repercusión se deriva de aquellos que se consideran inherentes a la existencia humana. Situaciones antes consideradas como “hechos de la vida” hoy son tratadas como daños que merecen la atención del poder judicial,

¹ Secretaria de Violencia (MF 6) Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de la IV C. Judicial con Sede en Junín de los Andes. E-mail: carolina_dorpinghaus@hotmail.com

como la imagen y la intimidad.

INTRODUCCIÓN

Las preguntas que dan origen a este trabajo son en primer lugar, si el derecho de Daños y el Derecho de Familia son compatibles. ¿Cuál es la relación que guardan estas esferas del derecho?, ¿Cómo se relacionan a lo largo de la historia y cuál es la relación que guardan hoy?

El Derecho de las Familias se encuentra regulado en el ordenamiento legal argentino dentro del Código Civil y Comercial, por lo que es dable entender que el mismo se alimenta de sus principios generales. En estén sentido, cabe recordar, el general deber de no dañar. Así, la reparación de los perjuicios en cualquier ámbito, incluso en el ámbito de las relaciones de familia se torna ineludible si se dan los requisitos de la responsabilidad civil.

A más abundamiento, el art. 2° del mencionado Código establece que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. Es por ello que, para poder determinar si corresponde indemnizar los daños causados en el ámbito de la familia por sus integrantes, se debe recurrir a los *principios generales del derecho*, a los que *rigen las relaciones de familia* y a los *principios de la responsabilidad civil*.

Y así, habiendo contestado someramente a los interrogantes se abre paso una nueva pregunta, más concreta:

¿puede existir responsabilidad civil derivada del abandono afectivo paterno?

ANTECEDENTES

Las profundas voces que se dedican al derecho de las familias nos exhortan a preguntarnos “¿Qué derechos sí son jurídicamente reparables y cuales hacen a la autonomía de la voluntad o al artículo 19 de la Constitución Nacional?” (Herrera, [Centro de Capacitación Judicial Misiones], 6/7/2017. Una mirada contemporánea sobre los daños en las relaciones de familia). Ello haciendo referencia a los daños producidos en el seno de la familia.

Admiro la voz de Jorge Mosset Iturraspe y Graciela Medina que afirman que la regla es la responsabilidad por el daño causado, aun en las relaciones de familia y la excepción, sólo se da en circunstancias muy especiales. [No es ya posible caer en la idea de inmunidad familiar que esgrimiera antiguamente la jurisprudencia norteamericana].

Y es que las premisas de ambas áreas del derecho han cambiado sobre todo a partir del nuevo Código Civil y Comercial y la denominada constitucionalización y convencionalización del derecho privado y, muy especialmente del Derecho de las Familias.

Sin entrar en todas las modificaciones, actualizaciones y profundizaciones a las que ha dado lugar esta gran reforma. Puedo, en lo que hace a la interrelación entre el Derecho de Daños y el Derecho de las Familias, distinguir tres etapas. Al decir de Mariel Molina de Juan

a) Impunidad, hace referencia al momento histórico en el que el grupo familiar estaba por encima de la persona. La familia como base de la sociedad. (Tesis de la especialidad).

b) Transición, ¿La vida en familia es un cheque en blanco a sus integrantes? Es la etapa del debate...cuando nos empezamos a preguntar. Comienza a hacerse hincapié en los factores de atribución.

c) Integración, La persona toma relevancia como sujeto de protección y preocupación en la función preventiva. También aparece la función punitiva.

PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. RECORDATORIO

Al respecto y porque no se trata del objeto de estudio del presente no me detendré a analizar los presupuestos en cuestión, sino simplemente a recordarlos y, únicamente me detendré en el primer de ellos, en tanto hace a la cuestión de interés.

1) Antijuridicidad.

En forma general dice Ossola que “la antijuridicidad sólo es referible a las conductas del hombre”, es decir, que la misma “pertenece a la conducta, y no al daño”; y que precisamente esa conducta, ese “obrar de una persona es antijurídico cuando, confrontando con las normas que regulan la vida en sociedad, vulnera alguno de sus preceptos” (1). Pero dependiendo de cada sistema de responsabilidad civil, esa antijuridicidad podrá adoptar diferentes formas. Por ejemplo, existen algunos en donde

ella se encuentra regulada mediante figuras ilícitas típicas (el BGB alemán y los sistemas del Common Law); al tiempo que en otros se asientan sobre la base de una cláusula general de no dañar (el Código Civil francés y el italiano, entre otros). Lo primero es propio de los sistemas formalistas y subjetivos, mientras que lo segundo lo es de los que se inclinan hacia una concepción preferentemente material y objetiva de la antijuridicidad. En nuestro país, bajo el imperio del Código Civil derogado se adoptaba una visión más acorde al primer grupo, aunque con el tiempo ello fue cambiando, hasta el momento en que se produjera la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, en el que claramente se ha tomado partido por la otra concepción. (Fiorenza, A A (2018) *La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil resarcitoria en el nuevo Código*, Rubinzal Culzoni Online, sección Doctrina, bajo la cita RC D 147/2018 Id SAJ: DACF180193).

Esto no es un dato menor ya que justamente en las relaciones de familia, muchos autores aun sostienen que para que se dé el presupuesto de antijuridicidad debe tratarse de una conducta tipificada.

2) Factor de Atribución. Subjetivo.

3) Daño: Algunas de las cuestiones al respecto que se pueden destacar es la necesidad de que se trate de un daño cierto, personal, los intereses reclamados lícitos.

4) Relación de causalidad adecuada *entre la conducta antijurídica y el daño* reclamado.

DAÑOS EN LAS RELACIONES DE FAMILIA. REFERENCIA

En el derecho de daños en las relaciones familiares existen dos planos. Uno externo y otro interno, en el que aplican las normas del derecho de daños a los aspectos familiares. El primero refiere a la regulación de los daños que se pueden establecer entre los miembros del grupo familiar y terceros –responsabilidad objetiva–. El segundo, es aquel que regula los posibles daños entre los miembros de un grupo familiar, siendo que la presente, como adelanté, tiene por objeto de estudio este último plano.

Ahora bien, este plano interno a su vez, puede ser subdividido en, daños (a) “regulados” [daños por nulidad matrimonial o por falta de reconocimiento de hijos] y (b) “no regulados”. Siendo que no creo equivocarme cuando sostengo que siempre se tratará de una responsabilidad extracontractual –responsabilidad subjetiva–.

(a) Dentro de los regulados se encuentra una categoría ampliamente reconocida por la ley, doctrina y los tribunales argentinos –reclamación de daño moral al padre biológico que voluntariamente no reconoce a su hijo y a quien necesariamente hay que iniciarle un juicio de filiación– [dentro de los supuestos de daños regulados, hay otros]. Se ha dicho al respecto en un juicio de filiación:

La madre es damnificada directa a raíz de la lesión de los intereses espirituales generados, no solo por la indiferencia del padre del menor sino por su rechazo expreso, lo que seguramente produjo repercusiones negativas en el entorno familiar y social. No puede ignorarse que el

desconocimiento del demandado de sus obligaciones parentales de contribuir a la formación, el cuidado y la educación del hijo, obligó a la actora a asumir sola las responsabilidades morales que la ley y la naturaleza imponen compartir, circunstancias –todas ellas- que han generado un exceso de tareas, tensiones, angustia, dolor y afectación en su honor que configuran el deber de resarcirla como víctima directa, necesaria e inmediata del perjuicio producido por su conducta (CNCiv, Sala L, 20-10-2016, “CRE y otro c/ CFA s/ filiación” Fuente: La violencia en las relaciones de Familia, Autora: Aida Kemelmajer de Carlucci, Año 2022).

Está claro que en este supuesto la antijuridicidad surge de lo normado por el art. 587 del Código Civil y Comercial.

(b) Si bien, tengo claro que el supuesto mencionado, como digo, está dentro de los “regulados” me pregunto si, el daño que causa la falta de reconocimiento difiere tanto del perjuicio que causa en la vida del infante, niño/a y o adolescente, en abandono afectivo paterno. Y esta fue la pregunta que me lleva a involucrarme con esta temática.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL DESAMPARO DEL HIJO

¿Qué es el abandono afectivo paterno? Se trata de un padre que reconoce, que, a lo mejor, incluso pasa alimentos, pero que no quiere ver al hijo, no quiere pasar tiempo con él, no lo educa, no conoce a sus amigos, no lo lleva a la escuela ni piensa qué tendrá

ganas de comer a la noche.

En este sentido, y en función de que la ley manda, infiero que “crecer sin saber quién es mi padre”, produce un daño en la vida de la persona humana, más concretamente en el derecho a la identidad.

Ahora bien, saber quién es mi padre, pero tener conciencia que este simplemente elige no cuidar de mí, acaso, ¿no produce también, un claro daño? Se discute en la especie, el daño extrapatrimonial que puede generar un padre con esta conducta-omisión y la necesidad de que el mismo sea reparado. La discusión se abre mayormente porque esta reparación no está específicamente regulada, tipificada. Y muchos, sostienen, que ésta conducta disvaliosa (del padre) encuentra reparación en la fijación de una cuota alimentaria y en la pérdida de responsabilidad parental.

La respuesta a todas luces es, sin embargo, afirmativa. Es decir, la reparación del daño causado por la conducta disvaliosa, y antijurídica descripta no encuentra suficiente respuesta en la fijación de una cuota alimentaria ni en la pérdida de responsabilidad parental.

Vale, sin embargo, hacer la aclaración que esto que yo expongo tan certeramente, no es tan claro ni en el ámbito profesional, ni doctrinario ni jurisprudencial. En principio no existe muchos materiales académicos ni antecedentes jurisprudenciales respecto al *tema que trato*. Ni a nivel Nacional y mucho menos en nuestra provincia.

Esto me resulta más curioso cuando descubro que dentro de las categorías mencionadas –daños no regulados– se

encuentra incluido, por ejemplo, el daño causado por impedimento de contacto del progenitor conviviente al otro progenitor que no es otra que la contracara de la situación que planteo: *aquel padre que no mediando ningún impedimento simplemente decide no participar en la vida de su hijo*. Sin embargo, no corresponde ahora ingresar en el análisis de esta cuestión.

Para sostener entonces la idea que propongo comparto dos casos jurisprudenciales cuyo análisis tuve el gusto de escuchar de la mano de la Dra. Kemelmajer de Carlucci y que abordan concretamente la cuestión:

i) Tribunal Superior de Brasil: Resumen. El abandono y desprecio de un padre a su/sus hijos, puede dar lugar a la procedencia de la indemnización por daño, en tanto esa conducta resulta antijurídica por incumplimiento del general deber de no dañar e incumplimiento a sus deberes parentales.

Esta solución cuadra perfectamente con nuestro ordenamiento jurídico, (nacional, legal, suprallegal) pero específicamente por aplicación de los arts. 1716 y 646 del Código Civil. Así, no hace falta la norma específica que tipifique la necesidad de reparar.

Y es que, cuando hablamos de un padre *biológico y reconociente* que simplemente *decide* no participar activamente en la vida de su hijo/a: pasar tiempo con él; ocuparse de su cuidado diario; educación, amistades, salud, pareciera que estamos hablando de padre que ha elegido o no ha podido amar.

Entiendo, reitero, muy por el contrario, que se está frente una conducta lesiva de un derecho e incumpliendo un deber (el principio de no dañar y la obligación impuesta por el art. 646 CCC).

En el ámbito familiar en el que cada miembro tiene la obligación de dar lo mejor de sí, de acuerdo con sus propios dones y a su vez tiene derecho a esperar lo mejor de los demás. Eso se logra cuando en la familia cada uno vive para el bien de los demás. Se destruye cuando sus miembros o alguno de ellos se cierran en el egoísmo o en su individualidad.

ii) Al respecto el Juzgado de Niñez y Adolescencia y Familia N° 1 de Chaco – 26/10/2022 “Por 17 años fue discriminado, despreciado y desatendido por el demandado, quien sabía de su existencia, de su espera, de su deseo de adquirir experiencia del amor de un padre para que cuando a él le toque, tenga la posibilidad de hacerlo; que otros hicieron un esfuerzo para que él no sufriera, pero no lo sustituyeron, que tiene su apellido, que en toda la escuela primaria y secundaria al tomar asistencia lo llamaban S.C. recordándole que era su hijo, que se lo grabó en lo más profundo que tenía un padre, mejor dicho un progenitor porque padre no fue, que él no lo cuidó de ninguna enfermedad, no estuvo en sus operaciones, ni celebró o festejó ningún momento alegre, no lo llevo a la cancha, no lo invitó a pescar o a ir a una carrera, que su tiempo de infancia pasó, que ahora también pasa la adolescencia que ya llega la madurez y que no hay manera de asumir el daño que le generó. Que ha sido víctima de su

progenitor en su integridad y en su salud psicofísica, en sus afecciones espirituales y que eso interfiere en su futuro siendo necesario para él que el demandado repare el daño provocado.

De esta forma considero que el objetivo principal que nos propongo es visualizar el daño que causa el abandono afectivo paterno en la vida de los Niños, Niñas y Adolescentes y por otro lado, la importancia de que este daño sea reparado, por aquel que lo causa. No se trata aquí de sacar un provecho económico sino de otorgar la reparación integral como conjunto de medidas que busca contribuir a devolver a las víctimas de este abandono, en lo posible, a la situación en la que estaban antes de que ocurriera el mismo. Que tengan intactas todas sus potencialidades.

Como *conclusión* podemos recordar que: El niño dice tú a su madre y a su padre y en ese tú, al ser acogido por ellos toma conciencia de su yo. Dice tú en lenguaje afectivo que es el único que entiende y el único en que puede expresarse. Si no encuentra acogida a ese tu colectivo que pronuncia, el día de mañana caerá en la neurosis de inseguridad o de soledad o de incapacidad para las relaciones normales con los demás. Sera una personalidad desequilibrada.

Negarle al cuidado el *carácter* de obligación legal significa violar el amparo constitucional de protección a los niños y adolescentes *Aquí no se discute el amor, sino la imposición biológica y jurídica del cuidado, que es un deber jurídico, corolario de la libertad de las personas para engendrar o adoptar hijos.*

En consecuencia, propongo, brevemente:

-Como especialistas en derecho de las familias, u operadores jurídicos del fuero, debemos adherir a la idea de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, de que corresponde indemnizar todo daño causado entre los integrantes de la familia, porque el estado de familiar no sirve de soporte para convalidar la impune perpetración de delitos y cuasidelitos. Sin embargo, debemos estudiar seriamente la materia porque el límite entre la carencia del amor o no saber amar y el verdadero incumplimiento al deber de no dañar es muy fino

-Debemos dejar de temer la idea de que se plante un juicio de daños en nuestro fuero, entendiendo que además de conocer la teoría de la responsabilidad civil tenemos todas las herramientas para analizar los casos concretos dentro de nuestra área de especialidad. Con visión humana, perspectiva de género, perspectiva de vulnerabilidad y derechos humanos.

-Dudar de lo que sabemos y estudiar, cada vez más.

Haber dudado de los primeros principios propios es la marca de un hombre civilizado (Oliver Wendell Holmes).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Herrera, M. (2011). Responsabilidad Civil y Responsabilidad parental: daños por la obstrucción del derecho de comunicación entre padres e hijos. *La Ley* 2. Kemelmajer de Carlucci, A (2022) “La violencia en las relaciones de Familia”. Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni.

Kemelmajer de Carlucci, A y Molina de Juan, M (2023) “Daños

en el Derecho de las Familias” Curso asincrónico, Wolap.

Medina, G. (2008). *Daños en el Derecho de Familia*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Plovanich M (2010), *La Responsabilidad Civil de los Padres*, Córdoba, Ediciones De La Academia Nacional De Derecho Y Ciencias Sociales De Córdoba.

Tanz y Fossaceca (h) Comisión N° 3 de Daños derivados de las relaciones de Familia (2015): RESPUESTAS DEL DERECHO DE DAÑOS AL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE COMUNICACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD PARENTAL Fossaceca (h).

Tavip, G y Alonso del Rio, P, (2020) El Daño a los hijos por las acciones u omisiones de sus progenitores, *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal Culzoni.

Tribunal Superior de Justicia de la República de Brasil, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de junio de 2011, exp. 2009/0193701-9.

Valverde C, (1995), “Antropología Filosófica”, Valencia, Edicep. Fuente: *Revista de Derecho de Daños*. Rubinzal Culzoni.