

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**EL INCUMPLIMIENTO DE RÉGIMEN DE VISITAS COMO SUPUESTO
GENERADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

ARANTZA GARBICH CARRASCO

ASESOR

EDILBERTO JOSÉ RODRIGUEZ TANTA

<https://orcid.org/0000-0003-0248-7142>

Chiclayo, 2021

EL INCUMPLIMIENTO DE RÉGIMEN DE VISITAS COMO SUPUESTO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL

PRESENTADA POR:

ARANTZA GARBICH CARRASCO

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR:

Dora María Ojeda Arriarán

PRESIDENTE

Igor Eduardo Zapata Vélez

SECRETARIO

Edilberto José Rodríguez Tanta

VOCAL

Dedicatoria

Dedico este artículo de investigación de tesis a mis padres, Igor Garbich, Ketty Pacheco y Laura Carrasco, por ser ejemplo de perseverancia y lucha constante e inspirarme en el transcurso de mi carrera universitaria, impartíendome valores y principios hasta la actualidad;

A mis hermanos, Nicole, Mirella y Juan Francisco, por su apoyo incondicional a lo largo de mi vida

Y, de manera especial, para mis amigos Nicole Cervera, Tatiana Ramos y Eduardo Wester, por su amistad excepcional en todo momento.

Agradecimiento

A mi asesor, Edilberto José Rodríguez Tanta, por su disposición para resolver cada interrogante que tenía durante el desarrollo del presente artículo de tesis;

A mis guías Dr. Ever de la Cruz Gonzáles y Dr. Marco Alfredo Burga Alva por su apoyo incondicional a través de sus consejos, los cuales me han orientado durante el desarrollo de mi carrera profesional;

A mis amigos Aldahir Purisaca, André Gonzales y Juan Saavedra por estar presentes siempre apoyándome y ayudándome a crecer.

ÍNDICE

RESUMEN	6
ABSTRACT	7
INTRODUCCIÓN	8
I. REVISIÓN DE LA LITERATURA	10
1.1. Antecedentes	10
1.2. Bases teóricas conceptuales	13
1.2.1. Régimen de visitas	13
1.2.1.1. Concepto de régimen de visitas	13
1.2.1.2. Finalidad del régimen de visitas	14
1.2.1.3. Naturaleza Jurídica del régimen de visitas.....	15
A) Derecho – deber	15
B) Derecho subjetivo familiar	16
1.2.1.4. Características:	16
A) Titularidad compartida	16
B) Temporalidad y eficacia	16
C) Indisponible	16
D) Amplio	17
E) Otras características	17
1.2.2. La responsabilidad civil	17
1.2.2.1. Concepto de responsabilidad civil	17
1.2.2.2. Funciones de la responsabilidad civil	19
A) Función demarcatoria	19
B) Función compensatoria	20
C) Función distributiva	20
D) Función preventiva	20
1.2.2.3. Tesis sobre la reparación de los daños endofamiliares	21
A) Tesis denegatoria a la reparación de los daños endofamiliares	21
a.1) Sobre la denominada inmunidad familiar	21
a.2) Sobre la pretendida especialidad del Derecho De Familia	21
a.3) Sobre la proliferación de demandas banales	22

B) Tesis permisiva a la reparación de daños endofamiliares	23
II. METODOLOGÍA.....	23
2.1.1.Diseño de investigación	23
2.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos cualitativos	24
2.2.1.Método analítico	24
2.2.2.Análisis documental.....	24
2.2.3.Técnica de gabinete: Fichaje.....	24
2.2.4.Procedimientos.....	24
III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	25
3.1. Análisis de la responsabilidad civil en el derecho de familia nacional	25
3.1.1.Sobre el Tercer Pleno Casatorio Civil.....	28
3.2. Responsabilidad civil por incumplimiento de régimen de visitas	28
3.2.1.Sobre el incumplimiento del régimen de visitas	28
3.2.1.1. Supuestos de incumplimiento de régimen de visitas	29
A. Incumplimiento por omisión del padre obligado a cumplir con el deber de visitar al hijo	30
B. Incumplimiento por obstaculización del cumplimiento del régimen de visitas. ..	30
C. Incumplimiento derivado del rechazo por parte del hijo visitado.....	32
3.2.2.Los Presupuestos para la responsabilidad civil por incumplimientos de régimen de visitas.....	33
A) Antijuricidad	33
B) Daño	34
C) Nexo de causalidad	37
D) Factor de atribución	37
3.2.3.Legitimidad para obrar.....	38
3.2.4.Sobre la reparación.....	39
3.3. Propuesta.....	39
CONCLUSIONES.....	40
RECOMENDACIONES	40
LISTA DE REFERENCIAS.....	41

RESUMEN

El régimen de visitas es una institución del Derecho de Familia que tiene por finalidad estrechar los lazos entre el progenitor que no tiene la tenencia y el hijo, evitando su distanciamiento y favoreciendo el desarrollo del niño o adolescente; sin embargo, en diversos escenarios se pueden dar incumplimientos, los cuales podrían ser imputables al progenitor que tiene la tenencia o al visitante; dichos incumplimientos podrían derivar en un daño que terminaría por afectar la esfera emocional y/o psicológica del menor, así como sus derechos fundamentales. A pesar de ello, el ordenamiento jurídico vigente aparentemente no ha contemplado ninguna medida orientada a buscar la reparación del daño a favor del hijo, sino que, se ha limitado a regular como consecuencias del mismo, diversas sanciones y apercibimientos. Por otro lado, en el Código Civil se han establecido artículos que contemplan supuestos que podrían generar una indemnización, no obstante, esto se ve limitado a relaciones de pareja, dejando en estado de indefensión al resto de vínculos familiares. En razón de ello, resulta necesario hacer uso de las reglas generales de la responsabilidad civil para establecer al incumplimiento de régimen de visitas como supuesto generador de una indemnización, por tanto, al verificarse que dicho supuesto cumple con los presupuestos necesarios, es decir, antijuricidad, daño, nexo causal y el factor de atribución; se pueden fijar criterios que los abogados tomen en cuenta para interponer una demanda y los magistrados observen al resolver los casos afines.

Palabras claves: Régimen de visitas, responsabilidad civil, derecho de familia, daño, indemnización.

ABSTRACT

The visitation regime is an institution of Family Law whose purpose is to strengthen the ties between the parent who does not have it and the child has, avoiding their estrangement and favoring the development of the child or teenager; however, in many scenarios there may be breaches, which could be attributable to the parent who has the possession or to the visitor; Such breaches could lead to damage that would end up affecting the minor's emotional and / or psychological sphere, as well as their fundamental rights. Despite this, the current legal system apparently has not contemplated any measure aimed at seeking reparation for the damage in child favor, but has limited itself to regulating various sanctions and warnings as consequences thereof. On the other hand, the Civil Code has established articles that contemplate assumptions that could generate compensation, however, this is limited to couple relationships, leaving the rest of the family ties defenseless. For this reason, it is necessary to make use of the general rules of civil liability to establish the breach of the visitation regime as an alleged compensation generator, therefore, when verifying that said case complies with the necessary budgets, that is, unlawfulness, damage, causal link and the attribution factor; Criteria can be set that the lawyers take into account when filing a lawsuit and the magistrates observe when solving related cases.

Keywords: Visitation regime, civil liability, family law, damage, compensation.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad se puede evidenciar que en el Perú y en el mundo se han incrementado de forma considerable el número de divorcios, situación que termina afectando no solo a la pareja sino también, e incluso en mayor medida, a los hijos de dicho matrimonio. Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática, el total de divorcios inscritos a nivel nacional alcanzó la cifra de 15 mil 931, registrándose la mayoría (10, 272) en la provincia de Lima, mientras que en la región Lambayeque se registraron 298 divorcios (INEI, 2017, p. 26)

De acuerdo con las estadísticas expuestas en el párrafo precedente, se puede inferir que un porcentaje de estas parejas tenían hijos menores de edad. Asimismo, se deben contemplar otros supuestos de separación de padres con hijos que podrían darse, tales como: parejas de no casados, convivientes o aquellos que sin estar unidos por vínculo matrimonial o de convivencia han procreado hijos, quienes no están exentos de responsabilidades paternas, dado que, la separación de los padres no guarda relación absoluta con los deberes familiares y el ejercicio de la patria potestad, que no se pierde, sino que se ejerce de manera distinta a partir de la separación y con mayores exigencias.

Entonces, se puede acreditar que existen múltiples supuestos de disolución de matrimonios o de parejas que tienen hijos; en consecuencia, en esos casos, teniéndose en cuenta las necesidades del niño, se debió fijar, mediante un acuerdo o por medio de una sentencia judicial, cuál de ellos ejercerá la tenencia y quién un régimen de visitas, existiendo la amplia posibilidad de que se genere, por diversos motivos, un incumplimiento por parte del padre o madre responsable de visitar al hijo, ya sea por acciones del progenitor que tenga la tenencia o del padre o madre visitante.

Es así que, en el caso de la separación de los padres, estos ejercen su patria potestad de forma distinta, ya que, el que obtenga la tenencia, la ejercerá de manera directa, mientras que, el otro progenitor lo hará de forma indirecta, siendo el régimen de visitas una forma por la cual este último podrá mantener la vinculación con el hijo cumpliendo con sus deberes y contribuyendo al desarrollo personal, emocional y crianza del mismo, de allí que el incumplimiento del régimen establecido podría desencadenar dificultades en el niño.

Si uno de los padres se encuentra ausente de la vida de su hijo, a pesar de contar con un régimen de visitas que lo faculta a mantener una relación activa con él, se podrían llegar a provocar graves problemas en el hijo, que tendrán consecuencias que se materializarán no solo en su niñez, sino que podrían proyectarse, arrastrando sus efectos hasta su adolescencia, juventud y adultez, causando un daño realmente gravoso y considerable en el afectado, principalmente en su esfera personal.

De conformidad con estudios realizados sobre las consecuencias de la ausencia de alguno de los padres en la vida de los niños, tal como hacen referencia Estrada, Tabardillo, Everardo, Ramón, y Mejía (2014), se concluye que los principales problemas que se pueden desarrollar o manifestar son: soledad, falta de apoyo emocional y hasta económico, sensación de abandono, ira, desconfianza, dolor, impotencia, el sentirse diferente, baja autoestima, relaciones sociales deficientes, inseguridad y hasta falta de logros a nivel académico. Así también, la infracción del deber familiar de visitar a los hijos podría generar agresividad y rebeldía en los hijos.

Ahora bien, en el artículo 91° del Código de los Niños y el Adolescentes, se ha contemplado que el incumplimiento del régimen de visitas daría lugar a los apremios de la ley o hasta podría causar la variación de la tenencia; no obstante, la solución legal mencionada es solo una forma parcial de resolver el conflicto, ya que, en el ordenamiento jurídico peruano, no se ha establecido alguna medida que tenga por finalidad la reparación del daño perpetrado al hijo en razón de la transgresión cometida por el padre o madre culpable del incumplimiento del régimen de visitas.

Por consiguiente, al acreditarse el daño u hecho lesivo en agravio del hijo y teniendo en cuenta la premisa de que “todo aquel que causa un daño está obligado a repararlo”, correspondería fijar un resarcimiento a favor del hijo afectado. Se debe precisar que el daño causado no es un daño de carácter patrimonial; por el contrario, con la materialización del supuesto podrían generarse: daño a la persona, daño moral, y hasta daño al proyecto de vida. No obstante, a la fecha, la legislación y la jurisprudencia peruana no se han ocupado de establecer supuestos o criterios sobre responsabilidad civil con ocasión de las relaciones paterno-filiales y la infracción de los deberes propios a esta relación.

Frente a este escenario y dada la importancia de la situación problemática expuesta, se ha considerado necesario incorporar al incumplimiento de régimen de visitas como supuesto generador de responsabilidad civil, y se ha formulado el siguiente problema: ¿Cómo se deberá establecer el incumplimiento de régimen de visitas como supuesto generador de responsabilidad civil? En consecuencia, a fin de dar respuesta a dicho planteamiento, se ha establecido como objetivo general de la investigación: establecer el incumplimiento del régimen de visitas como supuesto generador de responsabilidad civil; mientras que, con la finalidad de lograr el objetivo general, se han planteado los siguientes objetivos específicos: analizar la responsabilidad civil aplicada en materia de derecho de familia y fundamentar la necesidad de incorporar el incumplimiento del régimen de visitas como supuesto generador de responsabilidad civil.

Asimismo, se ha establecido como hipótesis de la investigación la siguiente: Si la teoría de la especialidad del Derecho de Familia señala que esta materia cuenta con sus propias herramientas para solucionar los inconvenientes que se generen como consecuencia de la infracción de deberes familiares, entonces, se deberá establecer el incumplimiento de régimen de visitas como supuesto generador de responsabilidad civil

Consideramos que la propuesta de este trabajo de investigación cobra relevancia debido a que en nuestro ordenamiento jurídico poco se ha hablado acerca de la responsabilidad civil aplicada al derecho de familia en general, dejando casi sin desarrollo, tanto en la legislación, como en la doctrina y jurisprudencia, un tema tan importante como lo es la reparación por daños endofamiliares, siendo que dicha responsabilidad implicaría no solo las exigencias que pueda generar el juez en el proceso con las multas u otros mecanismos, sino que iría más allá, por cuanto se trata de un daño al desarrollo mismo de una persona. Asimismo, creemos que el establecer el incumplimiento del régimen de visitas como supuesto generador de responsabilidad civil podría cumplir, además de una función reparadora, una función preventiva para que los padres eviten el incumplimiento de sus deberes paternos,

I. REVISIÓN DE LA LITERATURA

En este capítulo se desarrollará el marco teórico – conceptual de la investigación, es decir, se expondrán las referencias bibliográficas consideradas y establecidas como antecedentes, así como las bases teóricas conceptuales del artículo.

1.1. Antecedentes

Los antecedentes de estudio que se expondrán a continuación comprenden diversas fuentes escritas que guardan correspondencia con las figuras jurídicas contempladas como variables en la presente investigación, así como con el problema establecido. Estas fuentes serán citadas en el siguiente orden: en primer lugar, se enumerarán tesis de pregrado, mientras que, en la segunda parte se citarán algunas tesis de maestría, por último, se cerrará este acápite haciendo referencia a un libro que ha sido fundamental para el desarrollo de esta investigación.

Como primer antecedente, se encuentra la tesis de pregrado titulada “*Análisis en torno al incumplimiento del régimen de visitas su implicancia con la violencia familiar psicológica por omisión*”, en la cual la autora, Manayay (2019), concluye que el incumplimiento de régimen de visitas puede constituirse como un supuesto de violencia familiar psicológica por omisión, ya que, es una infracción a un deber inherente de la relación paterno –filial. Además, señala que el incumplimiento del régimen de visitas, dictaminado por juez o por acuerdo de los padres, genera daño al menor, llegando a desencadenar diversos problemas en el mismo, tales como: tristeza, agresividad, entre otros.

La investigación citada en el párrafo precedente, es importante para el desarrollo de este trabajo, debido a que, en ella se ve evidenciado y fundamentado objetivamente el daño producido a los hijos por parte de los padres como consecuencia del incumplimiento de régimen de visitas, siendo los datos expuestos por la autora fundamentales para el planteamiento del problema y la justificación de este trabajo.

Por otro lado, Delgado (2018) en su tesis de pregrado titulada “*Responsabilidad civil por la acción omisiva y pasiva de los padres en la filiación extramatrimonial*” concluye y reafirma que existe una obligación de parte de los padres de establecer y mantener una relación paterno-filial con sus hijos. Adicionalmente, señala que el daño efectuado por parte del padre o madre hacía alguno de sus menores hijos, como consecuencia de la acción omisiva o pasiva en la filiación extramatrimonial, constituye un daño de naturaleza moral, el cual, en concordancia con el ordenamiento jurídico actual, debería ser reparado.

Dicha fuente es importante para el desarrollo de este trabajo debido a que la temática de la investigación versa sobre la responsabilidad civil en el ámbito del derecho familiar por ocasión de los daños generados como consecuencia de la infracción de deberes que se coligen de las relaciones paterno filiales, siendo este punto, concordante con el estudio que se está desarrollando, en consecuencia, representa un aporte sustancial e importante que se debe tener en cuenta para el desarrollo del mismo.

En la misma línea de análisis que el autor previamente citado, Ortiz-Castañeda (2017) realizó en su tesis de pregrado, titulada “*Derecho de los hijos a una indemnización por daño moral ocasionado por el padre/madre culpable del divorcio*”; desarrolló y sustentó en bases conceptuales su problemática y variables de investigación, llegando a la

conclusión de que: “El daño moral –en el ámbito del derecho de familia– puede proyectarse como un daño al proyecto de vida; daño que implica el recorte y/o el fracaso de las posibilidades inherentes que tiene todo ser al venir al mundo.” (Ortiz- Castañeda, 2017, p. 59)

Esta referencia contribuye a nuestra investigación, ya que, versa sobre responsabilidad civil en materia familiar por daños ocasionados dentro de la esfera de las relaciones paterno filiales; por lo cual, genera un aporte sustancial para lograr precisar el daño a los hijos derivado del actuar de alguno de los padres, así como, determinar qué tipo de daño podría generarse por el mismo y establecer el cumplimiento de los presupuestos de la responsabilidad civil frente a este supuesto.

Por otro lado, Quispe (2017) desarrolló una investigación titulada *Incumplimiento del régimen de visitas de los hijos menores de edad, en los Juzgados de Familia de Lima-2015*, en la cual evidenció que el incumplimiento del régimen de visitas representa una vulneración a los derechos de los hijos, en ese sentido, concluye que resulta pertinente incorporar medidas sancionatorias ante dicho supuesto de incumplimiento de parte de los padres, centrando su trabajo con respecto al progenitor que tiene a su favor la tenencia.

Es preciso presentar la investigación citada como antecedente, debido a que, dicho trabajo se desarrolló con metodología cuantitativa, por ende, mediante la recolección de datos objetivos, recaudados mediante encuestas, se acredita la necesidad de establecer sanciones como consecuencia del incumplimiento de régimen de visitas, lo cual se colige directamente la problemática planteada en este artículo, y guarda correspondencia con los objetivos de esta investigación.

Por su parte Zurita y Poaquiza (2016) en su tesis de pregrado titulada “*El régimen de visitas y el derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos*”, desarrollan de manera precisa el régimen de visitas y el derecho de los hijos de conocer a sus progenitores y mantener una relación activa con los mismos, concluyendo, que más que el quebrantamiento de una resolución judicial, el conflicto que ocasiona este incumplimiento es que se deja en abandono los derechos de los hijos: niños, niñas y/o adolescentes, quienes finalmente además de tener que combatir las emociones que puedan desprenderse de la separación de los padres deben lidiar con el impedimento de mantener contacto con ambos progenitores.

Entonces, el antecedente precitado resulta relevante para la investigación en curso, ya que, en este se puede evidenciar, una vez más, el daño y vulneración a los derechos de los hijos generado como consecuencia del incumplimiento del régimen de visitas, en adición a ello, aporta diversas conceptualizaciones con respecto a la primera variable considerada para la investigación, es decir, la institución del régimen de visitas.

Así también, Chumpitaz (2016) en su trabajo para optar por el grado de magister nombrado “*El incumplimiento de régimen de visitas y la vulnerabilidad de los derechos fundamentales del niño*”, analiza el incumplimiento de régimen de visitas determinando que este incide directamente en la vulneración de los derechos fundamentales de los niños, resultando perjudicial para ellos, teniendo un efecto contrario al que se pretendía, siendo que, el régimen de visitas surgió en búsqueda de proteger el desarrollo emocional y psicológico de los hijos, con el objetivo de que su crecimiento se dé en condiciones normales.

Dicha referencia resulta importante para el desarrollo de esta investigación debido a que en el trabajo en mención se deja constancia y se evidencia la implicancia que tiene el incumplimiento del régimen de visitas en la vulneración de los derechos del niño. Así también, se debe precisar que el tema expuesto resulta relevante para determinar en el presente trabajo los siguientes presupuestos de la responsabilidad civil: daño y antijuricidad.

En este mismo orden de ideas, se cree conveniente considerar como referencia para esta investigación la tesis de maestría de Vivanco (2017) titulada “*Responsabilidad Civil en el ámbito del derecho de familia*”, en la que, el autor realiza un estudio sobre la procedencia de la acción de la responsabilidad civil extracontractual en el ámbito del derecho de familia, analizando los aspectos positivos y contrarios otorgados por la doctrina en cuanto a dicho supuesto y realizando el fundamento para el reconocimiento de la responsabilidad civil como régimen aplicable en las relaciones familiares en el ordenamiento jurídico chileno.

Esta investigación contribuye a nuestro trabajo, debido a que proporciona fundamentos en base a la doctrina y la realidad para el tratamiento de situaciones familiares dentro del ámbito de la responsabilidad civil, proporcionando opiniones e información relevante acerca de cómo debe realizarse y fundamentarse, a pesar de que no se haya contemplado en el desarrollo de dicho trabajo el supuesto específico de responsabilidad civil materia de esta investigación.

Por su lado, Bravo (2013) en su tesis para optar por el grado de magister titulada “*La Responsabilidad Civil con ocasión de las relaciones paterno-filiales*” realiza un desarrollo doctrinario de los diversos supuestos de responsabilidad civil ocasionada dentro de la esfera de las relaciones paterno -filiales de cara al ordenamiento jurídico chileno, tomando puntos importantes como el régimen de comunicación directa, figura que se colige con lo que en Perú se conoce como régimen de visitas; siendo que, en las conclusiones de su investigación precisa:

Los deberes familiares, incluyendo las relaciones paterno-filiales están sometidos a un régimen jurídico propio a su incumplimiento, dado por el Derecho de Familia, sin embargo, este no resulta suficiente para el resarcimiento de las víctimas por lo que deberá recurrirse a principios y categorías generales de Derecho civil, como la reparación de daños ante el incumplimiento de los deberes familiares que no se agotan en las sanciones. (p. 96)

Esta investigación resulta importante como antecedente, ya que, la temática abordada en ella es similar a la este trabajo, sin embargo, fue desarrollada de cara a un ordenamiento jurídico distinto; así también, en ella se establece que, aunque el Derecho de Familia tiene sus propias vías de actuación en caso de incumplimiento de los deberes familiares, resulta necesario que esta también tenga posibilidad de actuar mediante responsabilidad civil.

Como último antecedente fundamental se rescató el libro del doctor Torres (2016) titulado “*La responsabilidad civil en el derecho de familia*”, en el cual el mencionado autor desarrolla el tema de la responsabilidad civil en el derecho de familia, teniendo en cuenta, la doctrina peruana y las tendencias normativas nacionales acerca del tema, así también, formula y desarrolla algunos supuestos que podrían desencadenar responsabilidad civil, sin embargo, no hace referencia al supuesto específico que avoca esta investigación.

Esta investigación ha sido tomada en cuenta como referencia, debido a que, en dicha obra peruana, se abarcan diversos supuestos de responsabilidad civil y reparación aplicados al derecho de familia, así también, se hace referencia y desarrollan las distintas tesis de reparación de daños endofamiliares, lo cual, simboliza una pieza clave para el desarrollo de esta investigación y resulta de vital importancia para la misma.

1.2. Bases teóricas conceptuales

En este apartado se expondrá y desplegará el desarrollo conceptual de los términos jurídicos dispuestos como variables en nuestra investigación, es decir, se analizarán de forma breve y concisa el régimen de visitas y la responsabilidad civil.

1.2.1. Régimen de visitas

1.2.1.1. Concepto de régimen de visitas

La institución del régimen de visitas ha sido ampliamente conceptualizada por diversos doctrinarios a nivel internacional, entre dichos autores se encuentra Bossert (2004), quien lo define como aquel derecho que posee el hijo de mantener una apropiada comunicación con el familiar con quien no convive, precisando que, esta norma ampara tanto a los hijos concebidos en el núcleo matrimonial como a los hijos extramatrimoniales.

Por otro lado, Witthaus (1999) señala que es un derecho-deber que corresponde a los padres y en líneas generales se desarrolla mediante visitas efectuadas los fines de semana u otros días, considerando que durante las vacaciones podría traducirse en una suerte de tenencia compartida. Así también, Sidero (2000) afirma que el derecho de visitas no corresponde a una concesión a favor del padre que no ejerce la tenencia por parte del otro progenitor, por el contrario, señala que es un derecho y obligación continuar desarrollando todo el contenido de los derechos parentales.

Los conceptos expuestos en los párrafos precedentes resultan acertados, sin embargo, Varsi (2012) desarrolla una definición de régimen de visitas más solidificada, en la cual sostiene que:

El régimen de visitas es el derecho que permite la relación y comunicación constante entre padres e hijos, permitiendo así el desarrollo afectivo, emocional y físico del hijo, así como el fortalecimiento del vínculo paterno-filial. Jurídicamente visitar significa permanecer, vigilar, compartir, comprometerse; por lo tanto, sería más conveniente referirse como régimen de comunicación y de visita. (p. 311)

En ese mismo sentido, Canales (2014) señala que el régimen de visitas es el derecho que se materializa en la comunicación entre padres e hijos, permitiendo de esta forma el desarrollo tanto afectivo, como emocional y físico de los niños, así como el afianzamiento de la relación paterno filial. Por lo cual, este derecho termina por entenderse como la relación jurídica básica perteneciente al ámbito familiar identificada como el derecho-deber de mantener una adecuada comunicación y relación entre padres e hijos cuando, por diversos factores, no existe una convivencia permanente.

Por último, Méndez y D'Antonio (2006) afirman que el derecho a visitar y ser visitado implica no solo el derecho a visitar y mantener la relación de manera regular, sino que, incluye la comunicación entre ellos en su totalidad, la cual se logra compartiendo no solo

en el interior o el exterior de la residencia del visitado, sino mediante otros medios como por ejemplo el telefónico.

La jurisprudencia también se ha ocupado de desarrollar un concepto de la institución del régimen de visitas, siendo así, la Corte Suprema de Justicia del Perú en el primer fundamento de la Casación N° 856-2000- Apurímac, publicada en el diario oficial el Peruano el 08 de agosto del 2010, ha conceptualizado al régimen de visitas como “aquella figura jurídica que permite la continuidad de las relaciones personales entre el padre o la madre que no ejerza la patria potestad y sus hijos”

En este orden de ideas, se debe hacer énfasis en que este derecho no corresponde exclusivamente al padre que no convive con el hijo; sino que, su titularidad pertenece primordialmente al hijo, debido a que es mediante esta figura que se logra mantener la entereza de la relación paterno-filial, es decir, la unión más plena posible (Zannoni, 2006).

En suma, de todos los conceptos expuestos se concluye que el régimen de visitas es aquel derecho – deber del cual gozan tanto el padre que no ejerce la tenencia, o cualquier interesado autorizado por ley, y el hijo, a fin de que puedan relacionarse y mantener comunicación adecuada, para que el niño o adolescente pueda desarrollarse de forma óptima y se mantenga el vínculo paterno-filial, teniendo como límite a este derecho el interés superior del niño.

1.2.1.2.Finalidad del régimen de visitas

De los conceptos expuestos en las líneas superiores, se infiere que la finalidad esencial del régimen de visitas es mantener y estrechar los lazos entre el padre y el niño o adolescente, evitando su distanciamiento y favoreciendo el desarrollo del menor. Sobre este extremo Varsi (2012) sostiene acertadamente que el logro efectivo de la comunicación correcta con el hijo termina situándose como un aporte de los más valiosos durante su crecimiento, por consiguiente, ese contacto debe promoverse y facilitarse siempre que no interfiera con las responsabilidades educativas del niño ni con su relación con el padre que posea la tenencia.

Es decir, a pesar de que, como consecuencia de un divorcio, una separación u otras circunstancias, un niño conviva exclusivamente con uno de sus padres, es importante que mantenga un vínculo afectivo con ambos, debido a que esto será fundamental para su desarrollo psicológico; además, se debe tener en cuenta que mantener dicho vínculo de forma activa constituye un derecho del menor.

Por otro lado, Bustamante (2013) refiere que la finalidad con la cual se establece el régimen de visitas es generar relaciones familiares armónicas y continuas, asegurando el derecho del menor a crecer en un ambiente envuelto de afecto y seguridad; mientras que, Gallejos y Jara (2018) señalan que el propósito que se busca conseguir al fijar un régimen de visitas es la continuidad de las relaciones familiares, por lo que, su importancia radica en la necesidad de aseverar la solidaridad familiar, protegiendo a su vez, los legítimos afectos que provienen de este tipo de relaciones.

Además, para enfatizar y evidenciar la importancia del régimen de visitas como forma de mantener los vínculos familiares, la UNICEF (2004) señala que cuando un padre se muestra afectivamente cercano y disponible, esto se consolida como un factor promotor de la autoestima personal de los niños; siendo que, incluso termina por favorecer su

desarrollo psicomotor, representando una figura alternativa de apego y modelaje conductual. Asimismo, se ha evidenciado que dicho vínculo establecido en una etapa temprana del desarrollo del hijo, desemboca en menores índices de maltrato y abuso sexual.

Entonces, se concluye que con el régimen de visitas se busca especialmente salvaguardar los derechos del menor y su bienestar íntegro, de esta forma, resulta importante destacar lo precisado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0289-2010-PHC/TC que sostiene:

El disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud. En este sentido, el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia. (s.p.)

De esta forma el Tribunal Constitucional consolida el derecho del niño y adolescente de gozar de una familia, aseverando la necesidad de los menores de convivir con sus padres y recibir afecto de su parte, para que ellos puedan desarrollarse de forma integral y en un ambiente tranquilo, siendo que, esto constituye parte de sus derechos fundamentales.

1.2.1.3. Naturaleza Jurídica del régimen de visitas

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de visitas, se han reconocido diversas teorías y posiciones que han buscado establecerla, por ende, a continuación, se desarrollarán la más relevantes.

A) Derecho – deber

Como primera teoría aparece aquella que postula que el régimen de visitas tiene naturaleza de derecho- deber; al respecto, Botana (1990) sostiene que, bajo este supuesto, el sujeto activo del derecho de visitas sería el hijo, ya que, las visitas se constituyen a su favor; por consiguiente, el sujeto pasivo del derecho sería el progenitor visitante, es decir, los obligados a cumplir la obligación.

En ese contexto, el derecho de visitas se entendería como un derecho – deber entre hijos y padres, en consecuencia, se establece que no se trata de un derecho que el padre puede ejercitar cuando desee hacerlo; sino que, por el contrario, se instaura como una obligación que debe cumplir para que de esta forma se logre consumir con la verdadera finalidad del régimen.

B) Derecho subjetivo familiar

Acerca del régimen de visitas como un derecho subjetivo familiar, Varsi (2012) sostiene que tiene esta naturaleza debido a que es el derecho de las dos partes involucradas, visitante y visitado, de relacionarse conjuntamente; teniendo en cuenta que ambos poseen el mismo interés, es decir, la consolidación de los lazos familiares y el desarrollo de estos.

En este sentido, debe tenerse en cuenta el principio de corresponsabilidad parental, el cual es definido por Acuña (2013) como la participación activa, equivalente y permanente de ambos padres en la instrucción y crianza de sus hijos, indistintamente de que vivan juntos o separados, siendo que, ambos tienen la obligación de aportar en el cuidado personal de los hijos de forma igualitaria.

Consideramos acertada esta última postura, por cuanto, es importante reconocer que cuando se hace referencia al régimen de visitas no se habla exclusivamente de un derecho del padre; por el contrario, es un deber del mismo y, a su vez, es un derecho que no solo le corresponde a él, sino también al hijo, siendo este último el que goza de preeminencia en la relación, dado que el derecho de visitas siempre tendrá como límite y característica fundamental el interés superior del niño, constituyéndose en el centro de este derecho.

1.2.1.4. Características:

De acuerdo a Varsi (2012) el régimen de visitas se caracteriza por tener titularidad compartida, temporalidad y eficacia, indisponibilidad y por ser amplio. A continuación, se describirá cada una de las características enumeradas.

A) Titularidad compartida

El derecho de régimen de visitas, tal como se viene desarrollando, tiene titularidad compartida; es decir, beneficia a ambas partes, tanto al visitante como al visitado, por ende, este debe desarrollarse de manera correcta y con la colaboración del padre que posee la tenencia. Cabe precisar que si bien es cierto este derecho siempre se regirá de la mano del interés superior del niño, esto no quiere decir que se trate de un derecho exclusivo del hijo.

B) Temporalidad y eficacia

Sobre la temporalidad y eficacia del régimen de visitas, Varsi (2012) sostiene que el derecho de visitas debe ser cautelado y ejercitado de forma veloz y perentoria; siendo que, se trata de un derecho que tutela primordialmente la relación de padres e hijos que no viven juntos, por consiguiente, con el pasar del tiempo, si no se cultivan y crean lazos, las relaciones familiares podrían llegar a debilitarse y deteriorarse, perjudicando el vínculo entre el hijo y el padre.

C) Indisponible

El derecho de visitas es tan íntimo y natural que, dada su naturaleza, los visitantes beneficiados con un régimen no pueden cederlo, ni mucho menos renunciar a él, es decir, es indisponible. Cabe precisar que, en casos específicos, por causales de fuerza mayor debidamente motivadas, este derecho podría llegar a ser limitado o restringido para salvaguardar el interés superior del niño y su integridad física y/o psicológica.

D) Amplio

El derecho de visitas se caracteriza por ser amplio, al respecto Varsi (2012) señala que lo que se busca es resguardar la esencia de las relaciones humanas, en específico las familiares; por ende, este derecho le correspondería a las personas que demanden relacionarse entre ellas, con la finalidad de lograr el afianzamiento de los vínculos familiares, ya sea a nivel amplio o a nivel nuclear.

Entonces, el derecho de visitas no es exclusivo de padre e hijo, a pesar de que esta relación este dotada de cierta prevalencia, sino que, tal como lo establece el artículo 90° del Código de Niños y Adolescentes, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y hasta el segundo grado de afinidad, así como los no parientes en casos específicos, podrían configurarse como visitantes a fin de fortalecer los lazos familiares y de cara al interés del niño o adolescente.

E) Otras características

Adicionalmente a las ya mencionadas, Mejía y Ureta (como se citó en Cuba, 2018) señalan como características del régimen de visitas las siguientes:

- Pertenece a las relaciones paterno-filiales
- Este derecho tiene como finalidad exclusivamente que los padres se relacionen con los hijos; por tanto, no se discute ningún tipo de relación obligacional, entre otras.
- Es un derecho reconocido legalmente
- En la legislación peruana el derecho de régimen de visitas es regulado por el Código del Niño y el Adolescente, de manera precisa en el Libro III, Título I, Capítulo III.
- Es un derecho de carácter recíproco
- Este derecho no solo beneficia al visitante, sino que también al visitado.
- No es un derecho absoluto, por consiguiente, de existir un riesgo de violencia, se limitará este derecho, debido a que este se encuentra limitado por la seguridad del hijo.

1.2.2. La responsabilidad civil

1.2.2.1. Concepto de responsabilidad civil

La responsabilidad civil se entiende como aquella institución por la cual un sujeto se encuentra obligado a reparar cualquier tipo de daño que haya ocasionado por acción u omisión y le sea imputable; en ese sentido, esta figura puede desplegarse como consecuencia de distintas situaciones en diversos ámbitos y ramas del derecho.

El concepto de responsabilidad civil ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina, siendo de esta forma, Morales (2004) la define como aquel supuesto mediante el cual, el ordenamiento jurídico fija el deber de resarcimiento a otro cuando se da una vulneración de una situación jurídica que los atañe. Por su parte, Taboada (2003) afirma que:

La responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnización por daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria (principalmente contractual), o como resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional. (p. 34)

Entonces, podemos señalar que pueden darse diversos supuestos de hecho para se origine responsabilidad civil, teniendo entre ellos el incumplimiento de una obligación de origen voluntario, en el ámbito contractual o, por otro lado, como consecuencia de una conducta u omisión sin que sea requisito indispensable que medie entre los sujetos un contrato o vínculo obligacional alguno.

Al respecto, Alessandri (1981) señala que se genera responsabilidad civil, de acuerdo a las reglas del derecho civil, cuando existe un daño o perjuicio que una persona debe reparar por haberlo ocasionado, es decir, por resultarle imputable, lo cual se resume en “la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra” (p. 10).

Por su parte, Mosset (1992) afirma que la responsabilidad civil es nada más y nada menos, que el deber de una persona de indemnizar los daños que fueron causados, por quien vendría a ser el responsable, a otro, que se configuraría como la víctima. Mientras que, Martínez y Martínez (2003) también hicieron referencia a esta figura señalando que es definida por la mayoría de la doctrina como aquella obligación de enfrentar los efectos patrimoniales o económicos que se desencadenan a consecuencia de su actuar.

Ahora bien, bajo la premisa de que la responsabilidad civil puede desenvolverse en múltiples esferas jurídicas, Osterling y Castillo (2008) refieren que esta es una figura que puede desplegarse en cualquier ámbito de la vida de las personas como seres participantes de la sociedad; no obstante, esto dependerá de las características particulares de cada conflicto al cual se intente buscar solución.

En este escenario, Vidal (2011) se pronuncia al respecto y sostiene que la responsabilidad civil tiene dos regímenes distintos, el primero encargado de regular el resarcimiento del daño en virtud de la inexecución de las obligaciones contractuales; mientras que, el segundo deriva de un plano extracontractual.

En vista de ello y siguiendo la misma línea de pensamiento, Placido (2002) señala que cuando el daño se da ocasionado por el incumplimiento de una obligación, se origina responsabilidad civil contractual u obligacional; mientras que, si el daño se efectúa sin que medie obligación contractual alguna sino como consecuencia del incumplimiento del deber jurídico general de no causar daño a otro, se ocasiona responsabilidad civil extracontractual, precisando que, en el caso de la responsabilidad civil familiar, esta se encuentra dentro del segundo grupo.

En suma, de todos los conceptos expuestos precedentemente, se puede concluir que cuando se hace referencia a la responsabilidad civil se delimita a aquella figura por la cual los sujetos se ven obligados a reparar un daño ocasionado por ellos mismos, asumiendo las consecuencias derivadas de su actuar, siendo que, esta se puede desarrollar en un plano contractual o extracontractual, aún cuando el Tercer Pleno Casatorio concluye que la indemnización en la separación convencional tenía carácter legal por haberlo establecido la norma..

También, es importante señalar que, para que se llegue a configurar responsabilidad civil se deben cumplir y corroborar en la realidad ciertos elementos constitutivos; Espinoza (2016) señala que dichos elementos son: la ilicitud o antijuridicidad, el factor de atribución, el nexo causal y el daño. A continuación, se definirán brevemente cada uno de estos elementos:

- **Ilicitud o antijuricidad:** Con respecto a este elemento de la responsabilidad civil, Delgado (2018) refiere que la antijuricidad vendría a ser “la existencia de un daño injusto que lesione un derecho jurídicamente tutelable”. Por lo cual, se entiende a la antijuricidad como aquel quebramiento del ordenamiento jurídico como consecuencia de una conducta del sujeto imputable.
- **Factor de atribución:** Este elemento está compuesto por el dolo o la culpa; siendo que, en términos generales el primero es entendido como aquella intención de dañar, es decir, la intencionalidad de generar el mal, mientras que, la culpa, es entendida como el daño generado por conductas imprudentes, negligentes, entre otros.
- **Nexo causal:** Este elemento se identifica con la relación causa y efecto de los actos que podrían generar responsabilidad civil, es decir, la correspondencia entre ellos.
- **Daño:** El daño es el elemento fundamental para que se establezca un supuesto de responsabilidad civil, este es descrito por Barros (2006) como aquella lesión a cualquier interés cierto y legítimo de una persona, así como, el menoscabo de sus derechos. Por lo tanto, se entiende el concepto de daño como un perjuicio hacia una persona causado por otra, contraviniendo el ordenamiento jurídico.

1.2.2.2. Funciones de la responsabilidad civil

Como institución jurídica la responsabilidad civil ha sido extensamente desarrollada, por tanto, se han reconocido a nivel doctrinario algunas funciones propias de esta figura, entre las cuales destacan las siguientes: función demarcatoria, compensatoria, distributiva y preventiva; a continuación, se desarrollarán conceptualmente las funciones referidas.

A) Función demarcatoria

La responsabilidad civil tiene una función demarcatoria, en consecuencia, es ineludible diferenciar lo que se encuentra permitido de lo que está prohibido por el ordenamiento jurídico; sin embargo, no es preciso que todos los supuestos y circunstancias se encuentren tipificados, ya que esto sería lógicamente imposible, no obstante, es un requerimiento razonable que las personas puedan conocer las posibles secuelas de sus actos, lo cual está estrictamente cumplido y garantizado en materia penal dada la existencia de los tipos legales y el principio de legalidad que rige dicha rama del derecho.

Siendo así, Ortiz (2017) señala que esta función conlleva a que la sociedad pueda establecer y fijar líneas generales de comportamiento con la finalidad de no lesionar la libertad de los demás. Agregando que, en el ámbito civil, aunque no resulte exigible la tipificación, existen reglas que permiten generar conocimiento en los ciudadanos con la finalidad de evitar sorpresas desagradables, de este modo, quien es encontrado responsable de un daño, inmediatamente reconoce que su conducta fue incorrecta, lo cual sirve de ejemplo para esa persona y para los demás.

En este mismo sentido, Suzanne Carval, (citada en López, 2012), señala que la función demarcatoria, también denominada función normativa, se sitúa como la función originaria de la responsabilidad civil, por cuanto, mediante ella se faculta la producción de reglas generales que rijan el comportamiento de las personas, haciendo posible que la dinámica social funcione. Entonces, la función demarcatoria vendría a ser aquella encargada de delimitar el actuar de las personas, permitiendo discernir, concretar y diferenciar entre aquellas conductas que se encuentran permitidas o no por el ordenamiento jurídico, reconociendo que un comportamiento dañoso traería consecuencias.

B) Función compensatoria

Para cierta parte de la doctrina la función compensatoria es la más trascendental de las funciones de la responsabilidad civil, siendo que, se le conoce con distintas denominaciones como: función resarcitoria, compensatoria o indemnizatoria; de esta forma es que la responsabilidad civil interviene consecutivamente a que se haya producido un daño, con la finalidad de restablecer el *status quo*, es decir, devolver, en la medida de lo posible, las cosas a su estado original.

Por su parte, Markesinis (como se citó en Ortiz, 2017) refiere que en aplicación de esta función es que se permite al Derecho intervenir después (ex post) de que se haya generado el daño con la intención de reestablecer las cosas a su estado anterior (ex ante). Siendo que, esta función se colige directamente con el principio de reparación integral, que conjuntamente se encuentran ligados a la llamada justicia correctiva o conmutativa; mientras que, la responsabilidad civil objetiva se encuentra vinculada a la justicia distributiva,

Las ideas expuestas, permiten concluir que la función compensatoria de la responsabilidad civil supone la reparación del daño efectuado, en un intento de poder corregirlo y en medida de lo posible retornar las cosas a su estado preliminar, es decir, antes de que se perpetró el menoscabo; siendo más sencillo que se cumpla esta función en el caso de daños provocados en la esfera patrimonial de las personas.

C) Función distributiva

La función distributiva de la responsabilidad civil, tal como lo señala Ortiz (2017), normalmente no es presentada por la doctrina civil como una función apartada de la función compensatoria; no obstante, según la pauta que se adopte (culpa o responsabilidad objetiva), la responsabilidad civil, desempeña una u otra función de forma predominante, en consecuencia, es válido realizar la distinción y separarlas.

Por un lado, encontramos que la función compensatoria tiene como fundamento que aquel que genera un daño debe responder por el; mientras que, la función distributiva se desarrolla en el supuesto de que exista una regla de responsabilidad objetiva, es decir, se consienten algunas actividades lícitas debidamente reconocidas por el ordenamiento jurídico, las cuales podrían traer consigo un riesgo o peligrosidad inherente, sin que deba demostrarse la existencia de la culpa o dolo para tener el derecho a una indemnización; por ejemplo, lo que ocurre en el ámbito laboral.

D) Función preventiva

La función preventiva de la responsabilidad es aquella que, tal como lo dice su nombre, busca prevenir los daños; la prevención actúa correlativamente con el deber de las personas de evitar causar daños otros, entonces, tal como lo señala Calvo (como se citó en Alterrini, 2016) “La importancia de la prevención radica, pues, en que el sistema actúa ex ante, minimizando la producción de daños e incentivando la precaución en los comportamientos sociales” (p. 48).

En esta misma línea de pensamiento, es importante acotar, tal como lo hace Ortiz (2017), que la reparación del daño es más factible en el caso de que estos sean materiales, ya que, cuando se produce un daño de carácter no patrimonial es casi imposible que las

cosas puedan retornar a su estado anterior, en ese contexto, y ante esa imposibilidad es que la función preventiva adquiere aún más importancia y relevancia dentro de las diversas funciones de la responsabilidad civil.

De esta forma, se puede concluir que, si se prevén y desarrollan en el ordenamiento jurídico supuestos claros y concisos de responsabilidad, las personas podrán optar por actuar con más diligencia con respecto a sus deberes y derechos, con la finalidad de no incurrir en uno de estos supuestos; en consecuencia, la aplicación de la función preventiva se podría ver reflejada en una reducción en la producción de daños.

1.2.2.3. Tesis sobre la reparación de los daños endofamiliares

Sobre la aplicación de la responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia encontramos doctrina contrapuesta, en razón del carácter especial de la materia, siendo así, se han desarrollado dos tesis al respecto de la reparación de los daños ocasionados entre familiares: la denegatoria y la permisiva.

A) Tesis denegatoria a la reparación de los daños endofamiliares

a.1) Sobre la denominada inmunidad familiar

Esta posición tiene su fundamento en el hecho de que en las familias deberían primar los lazos de solidaridad y altruismo, los cuales podrían verse perjudicados ante la posibilidad de interponer algún tipo de demanda; entonces, solo podría interponerse esta última cuando se haya cometido un ilícito que perturbe la cohabitación familiar (Ferrer, 2011).

La inmunidad familiar según Patty (como se citó en Torres, 2016) se origina en la costumbre, es decir, se entiende como una regla moral la cual impedía que los problemas suscitados dentro de la esfera familiar se conviertan en materia de litigio, dado que, esto significaría la desnaturalización de los principios básicos familiares.

Tal como lo señala Vivanco (2017) la inmunidad familiar constituía la exclusión de la obligación de resarcimiento por los daños en sede intrafamiliar y fue desarrollada en dos vertientes: la inmunidad conyugal y la inmunidad entre padres e hijos, cabe precisar que, si bien dicha inmunidad no destruía el derecho a accionar contra el causante del daño, permitía plantear una defensa que impida el resarcimiento y/o indemnización.

No obstante, el derecho de familias ha evolucionado notoriamente con el pasar de los años, en consecuencia, se debe reconciliar el interés de unidad e integración familiar con las exigencias individuales de cada persona, teniendo en cuenta que no debe permitirse que una persona por pertenecer a un núcleo familiar cause algún daño y se exima de responsabilidad al respecto.

a.2) Sobre la pretendida especialidad del Derecho De Familia

Por otro lado, se adhiere como fundamento de la tesis denegatoria a la reparación de los daños endofamiliares a la llamada especialidad del Derecho de Familia, entendiéndose que esta rama del derecho cuenta con sus propias herramientas para solucionar disputas o inconvenientes que se susciten dentro de la esfera familiar, como consecuencia del incumplimiento o infracción de deberes familiares.

Al respecto de la especialidad del derecho de familia, Torres (2017) refiere que sería preciso que existan normas específicas que regulen los supuestos, alcances, procedencia y límites de los daños producidos entre familiares en relación a sus diversos vínculos y ejercicio de deberes, no obstante, el no reconocimiento en la literalidad de la norma se llega a sustituir con la aplicación del artículo 1969° del Código Civil, el cual reconoce y regula el deber general de no causar daño a otro.

Entonces, es cierto lo señalado por el autor, en cuanto a que el artículo 1969° del Código Civil vigente, es bastante amplio, en consecuencia, permite tutelar de forma íntegra todo tipo de daño, entre los cuales podrían incluirse los endofamiliares, a pesar de que no se encuentren expresamente detallados como supuestos taxativos dentro de ese cuerpo legal.

En este mismo orden de ideas, frente a este escenario, sobre la especialidad del derecho de familia Vivanco (2017) señala que es reconocido que la rama del Derecho de Familia tiene sus propios principios que deben ser aplicados a casos de la materia, característica que es compartida por otras ramas del Derecho Civil, no obstante, esto no es un motivo para sostener y defender la idea de que deben excluirse de su ámbito de aplicación otros principios de carácter general como las reglas de la responsabilidad civil.

Dicho argumento es compartido por Torres (2017), quién sobre ese mismo extremo refiere que si bien es cierto se aplica el principio de especialidad al Derecho de Familia, por el cual, esta disciplina cuenta con sus propios principios y reglas, esto no es impedimento para que en esta materias sean aplicados principios y/o reglas generales del Derecho Civil, en consecuencia, el pretendido argumento de especialidad no constituye un obstáculo para la aplicación de la responsabilidad civil general a las relaciones familiares.

a.3) Sobre la proliferación de demandas banales

Esta posición con respecto a la tesis denegatoria de la responsabilidad civil en daños endofamiliares, señala que si se acepta que estos sean resarcidos mediante la interposición de demandas se podría generar una proliferación de las mismas, así como, un abuso del derecho por parte de los sujetos en iniciar litigios carentes sentido y forma, lo cual derivaría en ser perjudicial para los órganos jurisdiccionales por el aumento de la carga de forma contundente e innecesaria.

Ante esta situación es que Torres (2017) señala que, en el caso sea permitida esta forma de reparación, será función de los magistrados determinar, teniendo como base a las normas sobre procedencia y admisibilidad del Código Procesal Civil, cuales acciones interpuestas cumplen los requisitos de ley o superan el juicio de responsabilidad. En consecuencia, en el mediano y largo plazo, se desarrollaría jurisprudencia consistente y suficiente, la cual ayudará a evitar la proliferación de demandas y casos de abuso del órgano jurisdiccional.

Nos encontramos de acuerdo, con la postura vertida en el párrafo precedente, dado que, la proliferación de demandas podría evitarse a través de medidas efectivas y la delimitación jurisdiccional y/o doctrinaria de los supuestos que originarían responsabilidad civil, además, esta no constituye una razón suficiente para establecer la negativa de la responsabilidad civil por daños endofamiliares; en este mismo sentido, Barceló (como se citó en Torres, 2017) afirma que el riesgo de la incrementación de

demandas ya referida puede aminorarse si se establece de manera adecuada en qué casos y bajo qué supuestos el daño será indemnizable.

B) Tesis permisiva a la reparación de daños endofamiliares

Entre los argumentos que respaldan la tesis permisiva a la reparación de daños entre familiares encontramos a la aplicación general de la responsabilidad civil extracontractual, es decir, dentro del ordenamiento jurídico nacional aplicar el artículo 1969° del Código Civil y la función de reparación de la responsabilidad civil entendida en base al dicho de “aquel que causa un daño está obligado a repararlo”.

Es así que los fundamentos antes expuestos han sido complementados por Torres (2017) quien señala que se han generado muchos cambios en el tratamiento de las relaciones familiares, específicamente, a partir de la segunda mitad del siglo XX, en consecuencia, ahora se hace referencia a una nueva familia que no se colige con la definición tradicional o clásica que predominaba antes, ya que, se ve impulsada la democratización y desacralización de los vínculos familiares, en consecuencia, se reconoce la inequidad que genera el dejar un daño sin reparación teniendo como pretexto el ser miembro de una familia, mientras que en realidad esto debería ser considerado un agravante.

Por ende, de ninguna forma el vínculo familiar es causa de justificación de daños causados por acción u omisión dentro del eje familiar, por el contrario, los agravan. Siendo así, son reparables siempre que se configuren los presupuestos generales de la responsabilidad: antijuricidad, daño, relación de causalidad y el factor de atribución. En este mismo sentido, Torres (2017) señala que, dentro de la familia, es innegable que algunas conductas, por acción u omisión, podrían llegar a generar daños, incluso debido a la naturaleza del vínculo, estos daños podrían resultar más nocivos, afectando derechos fundamentales como la identidad, integridad, reputación, entre otros.

II. METODOLOGÍA

2.1.1. Diseño de investigación

Para el desarrollo de una investigación, es necesario establecer el diseño de la misma, para poder seguir una pauta de los pasos que se seguirán, por lo tanto, se debe precisar que en este trabajo se ha optado por realizar una investigación bibliográfica cualitativa, ejecutando actividades como las siguientes:

- La delimitación del problema a investigar, es decir, como establecer el incumplimiento del régimen de visitas como supuesto generador de responsabilidad civil.
- Revisión exhaustiva del material bibliográfico, entre libros, tesis y artículos sobre las variables elegidas.
- Análisis e interpretación del material bibliográfico a fin de encontrar información relevante
- Elaboración de un sumario para esquematizar el tema, partiendo de los objetivos específicos.
- Identificar los aportes que brinda cada autor acerca del tema materia de investigación.

2.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos cualitativos

2.2.1. Método analítico

A través del método analítico se busca hacer una desintegración del objeto de estudio de la investigación, de manera que se pueda analizar la información contenida en el material bibliográfico y/o documental, relacionando y diferenciando las diversas teorías base del trabajo, de esta forma, concluyendo con propuestas teóricas fundamentadas. Por lo tanto, en esta investigación se utilizará el método analítico, con la finalidad de examinar las propuestas teóricas de acuerdo a los objetivos específicos que se persiguen en esta investigación.

2.2.2. Análisis documental

En esta investigación se ha utilizado el análisis documental, esto quiere decir que a través de un proceso intelectual se han extraído las nociones precisas de los documentos materia de análisis para la elaboración de esta investigación.

2.2.3. Técnica de gabinete: Fichaje

Dentro del trabajo esta técnica permitirá sistematizar el fundamento teórico de la investigación, para lo cual, se utilizarán como instrumentos las fichas textuales y bibliográficas, las cuales permitirán recabar toda la información necesaria para el desarrollo de la investigación.

Fichas textuales. Se resalta que existen diferentes fichas tales como fichas de resumen, de contenido, de parafraseo, de análisis, entre otras. En esta investigación se considera principalmente fichas textuales, las que por su naturaleza se adecuan a este trabajo, ya que, dicho instrumento sirve para transcribir ideas y conceptos de mayor relevancia en los textos que se utilizaron.

Fichas bibliográficas. Para la elaboración de este trabajo se han utilizado fichas bibliográficas para registrar los datos exactos de los libros, artículos o tesis empleadas como referencias bibliográficas, con la finalidad de tenerlas en cuenta en el desarrollo de la investigación.

2.2.4. Procedimientos

Teniendo en cuenta los objetivos que se persiguen con esta investigación, para la composición de la misma se han llevado a cabo los siguientes procedimientos:

- Análisis de la realidad problemática materia de investigación, es decir, el incumplimiento del régimen de visitas.
- Planteamiento del problema, el cual versa sobre, establecer el régimen de visitas como supuesto generador de responsabilidad civil.
- Elaboración de los objetivos: general y específicos, que se coligen con el planteamiento del problema
- Recopilación y selección de documentos relevante de acuerdo a la temática del trabajo de investigación

- Lectura analítica aplicando la técnica del fichaje.
- Redacción final del informe.

III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1. Análisis de la responsabilidad civil en el derecho de familia nacional

En la doctrina nacional, legislación y jurisprudencia, son contados los casos en los cuales se han contemplado supuestos vinculados a la infracción de deberes familiares que originen una indemnización o responsabilidad civil; siendo que, en el país existe casi exclusivamente desarrollo sobre este tema relacionado a daños con ocasión de la ruptura de las relaciones de pareja, como aquel derivado del divorcio, dejando de lado los menoscabos ocurridos en los demás tipos de vínculos familiares, incluyendo las relaciones paterno filiales.

No obstante, se debe recalcar que la falta de pronunciamiento por parte de la jurisprudencia y doctrina mayoritaria sobre la responsabilidad civil originada en la esfera familiar, entre miembros que no sean pareja, no representa un impedimento para que en el caso que se origine algún tipo de daño entre los mismos, ya sea como consecuencia de una acción o por omisión de deberes familiares, se apliquen las reglas generales de la responsabilidad civil previstas en nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, se concluye que la responsabilidad civil entre familiares, de cualquier orden, se ubica dentro de la categoría de responsabilidad civil extracontractual, debido a que, no se produce como consecuencia de la transgresión de una obligación de carácter contractual; por el contrario, se origina como resultado de una infracción a un deber derivado de las relaciones familiares y del incumplimiento del precepto general de *no causar daño a otro*, recogido en el artículo 1969° del Código Civil.

Frente a este escenario, es oportuno señalar que el hecho de que exista una cláusula general que regula el daño, no quiere decir, que cada vez que se infrinja un deber propio de las relaciones familiares se tendrá que dar lugar al reclamo de una indemnización, siendo que, estos posibles casos siempre se encontrarán supeditados a que se cumplan efectivamente los presupuestos de la responsabilidad civil, es decir, la antijuricidad, el factor de atribución, el nexo causal y, fundamentalmente, el daño.

Por otro lado, a pesar de que a nivel nacional no existan pronunciamientos sustanciales acerca de la materia, Arce (2015) señala que, existen diversos daños generados en el ámbito familiar que son aceptados y reconocidos por la doctrina internacional mayoritaria, entre los cuales se encuentran los siguientes:

- Daños por nulidad de matrimonio,
- Daños por ocultamiento de SIDA
- Daños por fraude en la sociedad conyugal,
- Daños por el incumplimiento de la obligación alimentaria,
- Daños causados por el incumplimiento del régimen de visitas
- Daños causados por el abandono de los hijos
- Daños derivados del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar

- Daños causados por el exceso en el ejercicio del derecho de corrección respecto de los hijos
- Responsabilidad por los daños derivados de la violencia familiar
- Responsabilidad por lesiones al ejercicio de la patria potestad
- Responsabilidad de los padres por los daños producidos por sus hijos
- Daños y perjuicios derivados de la ruptura de esponsales
- Daños por enfermedades transmitidas genéticamente a los hijos, entre otros.

En consecuencia, a efectos de comparar la realidad y poder lograr conclusiones acertadas, es preciso hacer un recuento de los artículos del Código Civil vigente que contemplan una reparación y/o indemnización por daños generados con ocasión de las relaciones familiares:

- **Artículo 240°**, el cual regula la ruptura de esponsales, señalando que, frente al incumplimiento de la promesa de matrimonio formalizada, por culpa de uno de los promitentes, aquel estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al otro o a terceros.
- **Artículo 257°**, que señala que en caso la oposición al matrimonio se declare infundada, quien la formulo quedará obligado al pago de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, siendo el Juez, quien fije prudencialmente el monto teniendo en cuenta el daño moral.
- **Artículo 283°**, el cual alude al daño generado por la invalidez del matrimonio, siendo que, frente a este supuesto resultan aplicables las disposiciones sobre indemnización de daños y perjuicios previstas en el caso de divorcio.
- **Artículo 313°**, que regula que en el caso de que el cónyuge administrador del patrimonio social genere daños y perjuicios a consecuencia de su actuar doloso y culpable deberá indemnizar al otro.
- **Artículo 326°**, el cual señala que en caso la unión de hecho concluya por decisión unilateral el juez podrá conceder una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos a la parte perjudicada.
- **Artículo 345°-A**, que recoge la indemnización en el caso de divorcio por separación de hecho, señalando que el juez deberá velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado y sus hijos, por lo cual, señalará una indemnización por daños u ordenará la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal a favor del mismo.
- **Artículo 351°**, referido a la reparación prevista a favor del cónyuge inocente que se vea perjudicado a consecuencia del daño moral ocasionado por el divorcio que no le es imputable.

Vale decir, que en virtud de la lista antes expuesta, se acredita, que nuestro Código Civil desarrolla, casi exclusivamente, daños derivados de las relaciones de pareja, por cuanto, estos podrían ser catalogados como daños típicos; mientras que, los otros daños entre familiares, tales como que se generen dentro del ámbito de las relaciones paternales filiales, que carecen de desarrollo normativo, en vista de que no se encuentran expresamente regulados, pasarían a formar parte de los daños atípicos

Entonces, resulta oportuno analizar la causa de la ausencia de desarrollo y pronunciamiento de parte de los órganos jurisdiccionales y la doctrina mayoritaria acerca de los daños que en buena cuenta han sido aceptados por la doctrina internacional; siendo que, no existe un fundamento que resulte lógico para lograr justificar que se deje a los familiares en estado de indefensión, teniendo en cuenta la condición privilegiada de

persona que los atañe, y además se exima de responsabilidad a otro sujeto sobre daños que le resultan imputables.

Sobre el particular, Delgado (2018) señala que “deberíamos tener una regulación más detallada y específica respecto a los daños ocasionados dentro del núcleo familiar, más aún si es la misma Constitución que reconoce en el Estado la obligación de proteger a la familia y a sus miembros” (p. 49); criterio que compartimos parcialmente, a pesar de que, tal como se viene precisando, en los casos que no se cuente con regulación expresa resultarían aplicables los principios y reglas generales de la responsabilidad civil, no obstante, en vista de la realidad esto no es de uso común.

De acuerdo con Arce (2015), de la revisión de jurisprudencia nacional resulta que de la cantidad de demandas interpuestas con pretensiones relativas a la responsabilidad civil entre familiares, en su mayoría solo se contemplan indemnizaciones por daños y perjuicios derivados del divorcio, tendencia que se sigue en todos los juzgados a nivel nacional, y podría atribuirse a la escasez de conocimiento y capacitación por parte de los abogados litigantes, quienes no contemplan la posibilidad de añadir estas pretensiones en sus escritos de demanda de forma principal o accesoria según corresponda de cara al caso.

Por otro lado, Torres (2017) imputa la carencia de desarrollo jurisprudencial acerca de los daños intrafamiliares a, no solo los abogados quienes desconocen la variedad de daños que pueden generarse dentro de este núcleo, sino que, también la atribuye a la timidez que demuestran muchos magistrados al momento de aplicar el derecho e impartir justicia en un caso en concreto, ya que, de acuerdo a la opinión del citado autor los jueces no van más allá de la norma expresa, es decir, no formulan pronunciamientos sin una norma que en su literalidad los respalde.

Aunado a ello, siguiendo la misma línea de desarrollo, se señala como una razón adicional a la falta de regulación expresa de todos los supuestos sobre este tipo de responsabilidad civil, ya que, contamos con una regulación irrisoria de estos daños, lo cual, sumado a las razones antes mencionadas, se ve reflejado en el panorama actual, porque al no tener una norma que respalde su pretensión, muchos sencillamente no se atreven a solicitarlas ante algún órgano jurisdiccional, dejando a las personas con una justicia incompleta sobre una pretensión que resultaría totalmente válida.

Cabe señalar que, a pesar de que la falta de regulación expresa es enunciada como un fundamento, este criterio resulta cuanto menos discutible, debido a que, teniendo en cuenta el dinamismo característico de las relaciones familiares y la sociedad en sí misma, resultaría imposible prever en la normativa todos los supuestos de daños endofamiliares que podrían dar lugar a una reparación civil, más aún, podría resultar incluso innecesario en virtud de que en todos esos casos podrían resultar aplicables los principios generales de la responsabilidad civil ya previstos.

Entonces, concluimos que en el ordenamiento nacional aún falta mucho por desarrollar de cara a la responsabilidad civil entre familiares, por cuanto, sobre esa temática general casi todo el desarrollo normativo y pronunciamientos judiciales versan sobre los daños con ocasión de las relaciones de pareja, estableciéndose como las razones principales de estos vacíos a las siguientes: en primer lugar, se encontraría la falta de capacitación por parte de los abogados, sobre todo los litigantes, como segundo fundamento se ubica la timidez de los jueces y por último, a la falta de regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico, donde gran parte de los interesados se rigen por la literalidad de la norma.

3.1.1. Sobre el Tercer Pleno Casatorio Civil

A pesar de no ser menester de esta investigación, es necesario, a forma de aclaración, hacer un repaso, en líneas generales, de un precedente judicial vinculante de gran importancia a nivel nacional: el Tercer Pleno Casatorio Civil, en el cual se resuelve la Casación N° 4664-2010- Puno, siendo la pretensión materia de análisis la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil en los procesos sobre divorcio por causal de separación de hecho, siendo así, en este caso se llegaron a fijar reglas que los magistrados deben tener en cuenta para la determinación de la indemnización.

De esta forma, se tiene que entre las conclusiones a las que se arribó en dicho precedente judicial, se establece que la indemnización regulada en el artículo 345-A no tiene una naturaleza resarcitoria, por lo tanto, no representa un caso de responsabilidad civil. En consecuencia, no se encuentra encasillado en la tipología contractual o extracontractual, sino que, se trata de una mera obligación legal que haya su fundamento en la equidad y la solidaridad familiar, aclarando que frente a este supuesto no resultan aplicables las reglas de la responsabilidad civil, por lo que, se decanta por una indemnización de tipo legal, es decir que ha sido recogida en la ley cuya naturaleza es diferente, a efectos de equilibrar al más perjudicado.

En adición a ello, cabe acotar que en el precedente en mención se consagra y recalca que el juez se encuentra habilitado para fijar de oficio en la sentencia de divorcio por separación de hecho la indemnización o la adjudicación preferente de los bienes a favor de uno de los cónyuges, en caso esta no haya sido contemplada dentro de las pretensiones de demanda o en la reconvenición, lo cual se aplicará, siempre que se haya cumplido durante el proceso con acreditar la condición del cónyuge más perjudicado, esto en aras de velar por su estabilidad económica y corregir un evidente desequilibrio económico.

3.2. Responsabilidad civil por incumplimiento de régimen de visitas

Ahora bien, tal como se ha venido recalcando a lo largo de las páginas que componen este trabajo, las reglas generales de la responsabilidad civil podrían ser aplicadas a la rama del Derecho de Familia como consecuencia de daños entre familiares, entonces, a fin de lograr el aporte que se busca con esta investigación es necesario desarrollar los supuestos de incumplimiento de régimen de visitas en aplicación de estas reglas de uso general previstas en el Código Civil.

No obstante, para poder desplegar de manera adecuada e idónea los presupuestos e implicancias que tendría la responsabilidad civil por incumplimiento de régimen de visitas, es ineludible, determinar cómo y cuándo se está frente a un incumplimiento del derecho de visitas, acarreado el daño, aunado a ello se debe precisar que consecuencias establece el ordenamiento jurídico de cara a esta situación.

3.2.1. Sobre el incumplimiento del régimen de visitas

El régimen de visitas es un derecho tanto del padre como del hijo, no obstante, existen diversas situaciones y supuestos que pueden conllevar a que concurra un incumplimiento del régimen fijado; sobre este particular se debe precisar que el ordenamiento jurídico nacional se ha ocupado, mediante el artículo 91° del Código de los Niños y Adolescentes,

en fijar las consecuencias del incumplimiento del régimen de visitas, siendo el tenor del citado artículo el siguiente:

Artículo 91°: El incumplimiento del Régimen de Visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la tenencia. La solicitud de variación deberá tramitarse como una nueva acción ante el Juez que conoció del primer proceso.

Entonces, se puede concluir que el régimen de visitas debe cumplirse en los términos dispuestos por el órgano jurisdiccional, respetando horarios, días y forma de cumplimiento, de manera que, en caso que no se cumpla, se aplicarían las consecuencias previstas en la legislación, por lo tanto, el Juez podrá disponer los apercibimientos y apremios de ley e incluso, en caso de incumplimiento reiterado, podría llegar a variarse la tenencia.

De esta forma, teniendo en cuenta lo expuesto en el párrafo precedente, se debe hacer una precisión acerca de los apremios de ley a los cuales se hace referencia en el citado artículo 91°, siendo que, dichos apercibimientos se encuentran prescritos en el artículo 181° del Código de los Niños y Adolescente, el cual señala que:

Artículo 181°: Para el debido cumplimiento de sus resoluciones el Juez puede imponer los siguientes apercibimientos:

- Multa de hasta cinco unidades de referencia procesal a la parte, autoridad, funcionario o persona;
- Allanamiento del lugar; y
- Detención hasta por veinticuatro horas a quienes se resistan a su mandato, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar.

En conclusión, ninguna de las consecuencias del incumplimiento de régimen de visitas previstas en la legislación se encuentra destinada a reparar el daño emocional perpetrado al menor por parte del progenitor responsable del incumplimiento, por lo tanto, se evidencia que estas resultan insuficientes, ya que, solo poseen un carácter sancionador para el culpable del incumplimiento en busca de lograr satisfacer el cumplimiento de la medida.

3.2.1.1. Supuestos de incumplimiento de régimen de visitas

Las causas, formas y razones que terminan por derivar en un incumplimiento del régimen de visitas pueden ser muy variadas y diversas, aun así, es posible darles y establecer una cierta sistematización de las mismas, dado que, se trata de conductas similares de incumplimiento, no obstante, debe tenerse claro quiénes son los obligados y cuáles vendrían a ser sus deberes para el cumplimiento de este derecho.

De esta forma, Godoy (2017) sostiene que ambos padres tienen obligaciones comunes, tales como mantener una relación civilizada y respetuosa, así como evitar afectar al niño o provocar que tenga una mala opinión sobre alguno de sus padres, siendo que, lo más importante es respetar el régimen de visitas acordado o impuesto en el sentido de acatar

de manera prudente y debida el calendario previamente establecido y procurar la atención básica que necesita el niño durante estas visitas.

En virtud de ello y teniendo en cuenta las distintas circunstancias que podrían configurarse, se pueden establecer tres supuestos clave de incumplimiento del régimen de visitas: el primero por omisión, relativo al progenitor que no ha sido beneficiado con la tenencia del niño por cuanto se encuentra obligado a cumplir con el deber de visitar al hijo; el segundo por acción, relativo al progenitor que tiene el cuidado personal del niño y el tercero por rechazo del niño visitado. A continuación, se desarrollarán cada uno de estos supuestos de forma completa.

A. Incumplimiento por omisión del padre obligado a cumplir con el deber de visitar al hijo

Cuando uno de los progenitores, por común acuerdo o en virtud de una sentencia judicial, no es beneficiado con la tenencia, se otorgará un régimen de visitas a su favor, sin embargo, este podría incumplirlo. Como primera hipótesis de incumplimiento de parte del padre o madre visitante, se encuentra la posibilidad de que sencillamente este no tenga interés ni voluntad alguna en mantener el vínculo, por lo tanto, no busca tener contacto con su hijo; siendo que, frente a esta situación no se pueden plantear muchas soluciones o alternativas debido a que no se puede obligar a alguien a querer a otra persona.

Asimismo, podría plantearse una segunda hipótesis al señalar que también existiría incumplimiento cuando el régimen entablado no se respeta, es decir, se vulneran los términos previamente acordados, en cuanto al horario, periodicidad o días en los que se debió cumplir. Al respecto Godoy (2017) ejemplifica esta situación refiriendo que:

A modo de ejemplo, cuando quien debía recoger a su hijo o hija un día viernes a las 18:00 horas y lo recoge a las 21:00, o debía dejarlo de vuelta en su casa y no lo hace a la hora acordada. Así también puede ocurrir que, durante el desarrollo del régimen, en el tiempo que el niño o niña está con su padre no cuidador, no reciba los cuidados adecuados para su edad, tales como la alimentación, ni tampoco se cumpla con las labores de crianza y educación, como lo exige el principio de corresponsabilidad, como, por ejemplo, ayudar con las tareas para el colegio u otras actividades extraprogramáticas. (p. 44)

De esta manera concluimos que el incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor que no tiene la tenencia no se configura exclusivamente cuando este a consecuencia de su indiferencia o a manera de castigo para el otro padre o madre, no cumple con las visitas acordadas, sino que, también se genera cuando no se cumple a cabalidad según lo acordado y en adición a ello desempeñando conjuntamente con el derecho a visitar las funciones propias que conllevan este régimen, como lo son las labores de crianza, ayuda en las tareas educativas, entre otros.

B. Incumplimiento por obstaculización del cumplimiento del régimen de visitas.

Por otro lado, el segundo supuesto general acerca del incumplimiento de régimen de visitas, es aquel imputable al progenitor que tiene la tenencia, siendo que, este último

podría crear obstáculos para que el visitante no pueda ejercer el derecho que le corresponde. Esta obstaculización esta normalmente vinculada a los intereses propios de la persona que tiene la tenencia del hijo y se puede ver reflejada en diversas acciones, por ejemplo, cuando el progenitor programa actividades con el hijo en los días y horarios que se deberían cumplir las visitas, también cuando este cambia de domicilio sin comunicarle al otro padre, entre otros supuestos; en ese sentido, se desarrollarán los más relevantes.

Respecto de este tipo de incumplimiento Gómez (2011) señala que un caso bastante típico de incumplimiento relativo al progenitor que tiene la tenencia se da con el síndrome de alienación parental (S.A.P.), el cual es especialmente grave debido a que puede generar consecuencias a largo plazo que se verán reflejadas en el hijo; este síndrome consiste en que uno de los progenitores con la finalidad de obstaculizar o destruir los vínculos del niño con el otro padre transforma la conciencia del niño, lo cual puede resultar en que este último sienta rechazo, desprecio y enemidad hacia el progenitor no conviviente e incluso esto se puede extender al resto de su familia.

Entonces, el síndrome de alienación parental (S.A.P.) se va dando mediante la instigación de forma abierta o encubierta por parte del padre que tiene la tenencia del menor, quien a través de palabras y acciones consigue que sus hijos sientan temor, rechazo, resentimiento con respecto a su otro progenitor, siendo que, incluso es reconocido como un tipo de violencia psicológica en agravio de los niños y adolescentes, se postula que esto se suele dar cuando se está debatiendo la tenencia de los hijos en un proceso judicial, sin embargo, esto no es óbice para que se cuándo medien otras circunstancias como el régimen de visitas. Por su parte, Varsi (como se citó en Torres, 2016) señala como la sintomatología de este síndrome la siguiente:

- Impedimento de parte de uno de los progenitores a que el otro, en este caso el visitante, ejerza su derecho de relacionamiento con sus hijos
- Despreciar e insultar al progenitor que no tiene la tenencia en presencia de los hijos
- Denigrar la imagen del progenitor visitante frente a los hijos
- Interferir en el régimen de visitas, lo cual, se traduciría en el tema que nos atañe, es decir, el incumplimiento
- Implicar el propio entorno familiar y/o amigos en los ataques del progenitor
- Subestimar los sentimientos de los hijos hacia el otro progenitor
- Incentivar o premiar el rechazo hacia el otro progenitor, es decir, el visitante
- Influir en los niños con mentiras sobre el otro progenitor
- No comunicación de hechos importantes en la vida del hijo al padre que no tiene la tenencia
- Toma decisiones importantes sobre la vida del menor sin previa consulta del otro cónyuge
- Crítica a la profesión o situación financiera del progenitor en presencia de los hijos
- Obligar al hijo a optar entre el padre o madre

Asimismo, siguiendo esta línea de desarrollo, Manayay (2019) sostiene que, en el ámbito psicológico del hijo, en adición al síndrome de alienación parental (S.A.P.), se puede encontrar la padrectomía, que es definida como el alejamiento forzado del padre,

es decir, el cese del rol paterno y declinación total o parcial de los derechos de los padres ante los hijos, por lo cual, esto genera un impacto negativo en el menor. Esta situación se puede ejemplificar en los casos en los que el progenitor que ha sido beneficiado con la tenencia, aprovechándose de la situación en la que se encuentra, aleja al menor de su otro padre llevándolo a vivir a otra ciudad a fin de truncar y la relación paterno filial que se podría forjar.

Por otro lado, se adiciona como otra hipótesis de incumplimiento relativo al progenitor que tiene la tenencia, cuando se recurre a artimañas legales para obstaculizar el cumplimiento de las visitas, al respecto Godoy (2017) refiere lo siguiente:

También como caso de incumplimiento, se incluyen aquellos conflictos entre los padres que derivan en que el padre o madre que ejerce el cuidado personal realiza denuncias o interpone demandas basadas en hechos falsos a fin de perjudicar al padre o madre no cuidador, con el objetivo de desprestigiar su imagen y lograr con eso que se suspenda el régimen comunicacional, lo que constituye una grave falta a la preocupación por el interés superior del niño. (p. 45)

Nos encontramos de acuerdo con lo referido por la autora, por cuanto, en muchas oportunidades los padres pueden llegar a hacer uso malicioso de las herramientas jurídicas que poseen realizando denuncias basadas en hechos falsos con la única finalidad de obstaculizar el cumplimiento del régimen de visitas y con ello generar un quebrantamiento del vínculo paterno filial existente o que se esté formando.

La situación expuesta en el párrafo precedente puede ser ejemplificada con el siguiente caso: una madre debido a las rivalidades que tiene con su ex pareja plantea una denuncia por violencia familiar en agravio suyo y de su menor hijo, entonces, como consecuencia de dicha denuncia se dictan medidas de protección a favor de la madre y el hijo, suspendiéndose el derecho de visitas, teniendo en cuenta que este siempre favorecerá al menor y, en este caso el visitante, su padre, le esté causando daño se podría llegar a interrumpir el régimen de visitas en virtud del interés superior del niño.

Entonces, en resumen, se reconoce como segundo supuesto del incumplimiento de régimen de visitas aquel derivado de la obstaculización por parte del progenitor que tiene la tenencia, el cual obstruye el cumplimiento del régimen de visitas con la finalidad de truncar el desarrollo de la relación paterno filial o por razones vinculadas a problemas existentes entre los mismos padres, siendo que, dentro de esta hipótesis de incumplimiento podemos encontrar al síndrome de alienación parental y a la padrectomía.

C. Incumplimiento derivado del rechazo por parte del hijo visitado

Es importante reconocer que, así como el incumplimiento del régimen de visitas puede suscitarse como consecuencia directa o indirecta de una acción u omisión del progenitor que tiene la tenencia o aquel que ha sido favorecido con el régimen de visitas, también podría ocasionarse un incumplimiento derivado del rechazo explícito por parte del niño o adolescente visitado de mantener una relación activa con el visitante.

Frente a este escenario, es necesario analizar y evaluar de forma aislada y completa cada caso en concreto para poder determinar de manera acertada y oportuna cual es el origen del rechazo de las visitas por parte del hijo, puesto que, podría tratarse de un caso de síndrome de alienación parental (S.A.P.) no apreciable a simple vista, lo cual, sí podría resultar imputable al progenitor que tiene la tenencia.

No obstante, con ello no se pretende establecer como regla general, que siempre que nos encontremos frente a un supuesto en el que el hijo se muestre reacio a recibir las visitas preestablecidas, se trate de un caso de síndrome alienación parental, dado que, los acontecimientos y atmosfera del grupo familiar pueden ser diversos y variables, más aun teniendo en cuenta el dinamismo propio de las relaciones familiares, por lo cual, pueden existir numerosos factores que conlleven al niño a optar por tomar esa postura.

En suma, cabe concluir que en el caso de que el incumplimiento se derive del rechazo por parte del hijo a recibir y establecer una relación con uno de sus padres, se tendrá que realizar una investigación exhaustiva y suficiente para encontrar la razón que motive esta conducta por parte del hijo, la cual podría ser imputable al progenitor que tiene la tenencia o ser consecuencia de acontecimientos aislados, como haber recibido malos tratos por parte del padre visitante, haber sido testigo de violencia perpetrada por el mismo o cualquier otro motivo que se podrá develar fruto de la investigación pertinente.

3.2.2. Los Presupuestos para la responsabilidad civil por incumplimientos de régimen de visitas

Ahora bien, habiéndose establecido previamente las hipótesis generales que podrían conllevar a que se dé un incumplimiento del régimen de visitas, se pasará a desarrollar los presupuestos de la responsabilidad civil.

A) Antijuricidad

Se entiende por antijuricidad a la lesión de un bien jurídico o interés tutelado, se debe precisar que nuestro ordenamiento jurídico regula el derecho de régimen de visitas en el artículo 88° del Código del Niño y el Adolescente, que sostiene: “Los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos.”. Esto de concordancia con lo establecido en el artículo 9° inciso 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, firmada y aceptada por el Perú, que establece que “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.”

Entonces, en virtud de que el derecho de visitas más que un derecho de los padres, resulta ser prioritariamente de los hijos, se establece que los progenitores asumen el deber de promover y cuidar el cumplimiento del mismo, es decir, por su parte el padre o madre visitante debe concurrir a las visitas preestablecidas en los términos acordados o dispuestos por el Juez competente; mientras que, el padre que tenga la tenencia debe dar todas las facilidades para que las visitas se desarrollen sin dificultades ni obstaculizaciones que terminen por serle imputables.

En consecuencia, al generarse un incumplimiento del régimen de visitas, en cualquiera de los escenarios establecidos en las líneas anteriores, se estaría constituyendo una

vulneración a los derechos del hijo, puesto que, a través de un comportamiento ilícito que contraviene el ordenamiento jurídico, se estaría lesionando el interés del menor, incumpléndose con los deberes propios de las relaciones familiares, fracturándose el vínculo paternofilial, constituyéndose indiscutiblemente la antijuricidad en este supuesto.

Asimismo, es preciso añadir que a través del comportamiento omisivo del visitante u obstructor de parte del progenitor que tenga la tenencia, también se estaría transgrediendo el artículo 4° de la Constitución Política del Perú, en el cual se reconoce la protección especial por parte del Estado hacia la familia, los niños y adolescentes, en ese sentido, se vulnera el derecho del hijo a tener una familia y no ser separado de ella.

B) Daño

En virtud del supuesto materia de análisis, en la presente investigación se abordará exclusivamente el daño de carácter extrapatrimonial, en específico el daño moral, el cual es entendido como aquella lesión directa a la esfera personal de la víctima, lo cual no implica directamente un menoscabo a nivel pecuniario, por el contrario, implica un detrimento a nivel sentimental, que genera dolor físico o moral. En ese mismo sentido, Torres (2016) señala que “es aquél que involucra la aflicción que sufre una persona siempre que ello suponga cierta perturbación de su personalidad o de su dignidad humana, por ejemplo: depresión, vergüenza, inseguridad, inferioridad, desequilibrio psicológico, adicciones, incapacidad, deshonor, etc” (p. 127).

A propósito de lo antes descrito, resulta evidente que, en el caso del incumplimiento del régimen de visitas, existe un grave daño moral en agravio del menor, entendido como aquel daño de carácter no patrimonial producido en la esfera de los sentimientos o sensibilidad de la víctima. Entonces, teniendo en cuenta la importancia de las relaciones paterno y materno filiales en la vida de los niños, niñas y adolescentes, resulta innegable que el incumplimiento del régimen de visitas, y de los deberes inherentes a este, resulta lesivo para el ámbito sentimental de los hijos, quienes muchas veces no pueden entender el motivo de este rechazo o ausencia.

Incluso, el incumplimiento podría llegar a afectar la salud psicofísica de los niños y adolescentes; tal como refieren Estrada, Tabardillo, Everardo, Ramón, y Mejía (2014), los principales problemas que se pueden desarrollar como consecuencia de la ausencia de uno de los padres en la vida de sus hijos son: soledad, falta de apoyo emocional y hasta económico, sensación de abandono, ira, desconfianza, dolor, impotencia, el sentirse diferente, baja autoestima, relaciones sociales deficientes, inseguridad y hasta falta de logros a nivel académico. Así también, Manayay (2019) realizó un análisis de las consecuencias que podrían emanar de dicho incumplimiento, recopilando entre ellas las siguientes:

- Agresividad y rebeldía en los niños: sobre el particular Manayay (2019) sostiene que los niños entre los dos y seis años, se encuentran desarrollando su personalidad, aprendiendo a discernir entre lo que es y no es correcto, por ende, es necesario que exista un acompañamiento por parte de ambos progenitores, por el contrario, en los casos en los no existe dicho esta compañía, la ausencia termina por desencadenar sentimiento como resentimiento, inseguridad y baja autoestima en los menores, lo cual termina por generar agresividad y rebeldía en ellos.
- Trastorno de estrés postraumático: este trastorno se caracteriza por presentarse como consecuencia de un evento altamente estresante para una persona, por ejemplo,

cuando un niño siente la ilusión de ver al progenitor visitante, sin embargo, este no llega a la visita pactada, sin mediar alguna razón que justifique dicha ausencia, en ese sentido, el niño percibe dicho evento como una mala experiencia que conllevó dolor. Es así como, esta condición puede generar consecuencias a largo plazo que mermen en la personalidad de los niños, ya que, pueden desarrollarse síntomas a nivel psicológico: falta de afectuosidad, dificultad para concentrarse en la escuela, falta de madurez, y a nivel físico: dolores de cabeza y de estómago. (Manayay, 2019)

- Baja autoestima: la autoestima es aquella percepción y valoración que tiene alguien de sí mismo, su importancia radica en que es parte del bienestar y estabilidad emocional. El entorno familiar es uno de los más influyentes al moldear la personalidad de los niños, es así como los valores, conocimientos y hábitos que ellos desarrollen estarán directamente relacionados con su vida familiar, por lo tanto, al existir una desintegración en este núcleo se sufre una pérdida de identidad severa. Los niños y adolescentes con autoestima baja no perciben su valor, reteniendo información negativa sobre sí mismos, por lo cual, se encuentran frecuentemente a la defensiva y perciben como un ataque las reacciones de las personas, en consecuencia, se les dificulta tener relaciones sociales sanas y tener un buen desempeño académico.

En efecto, los perjuicios antes descritos se originan como consecuencia de la infracción del deber de respetar el régimen comunicacional establecido a favor del menor, lo cual resulta en que el hijo se vea privado de su derecho a tener una vida en familia y a su vez se perjudique su desarrollo integral ocasionándose secuelas que se implanten en su personalidad y puedan trascender a futuro generando que el daño trascienda. Además de ello, cabe acotar que también se estaría produciendo una infracción en la obligación de los padres de velar por sus hijos, cuidándolos y procurando su bienestar integral.

Ahora bien, con respecto a la acreditación del daño, al tratarse de un caso de responsabilidad civil, recaerá en la víctima la obligación de probarlo, en ese sentido, este podría ser acreditado con informes psicológicos donde consten los resultados de las evaluaciones pertinentes practicadas al menor, sin embargo, dicha probanza podría no ser suficiente para algunos juzgadores, en consecuencia, postulamos que dicha probanza debería sostenerse en presunciones o indicios, más aún teniendo en cuenta el tipo de daño que se está analizando, ya que, es indubitable el sufrimiento y aflicción de un niño, niña o adolescente que se sienta rechazado por parte sus padres.

Al respecto, Howard (2017) hace un recuento interesante de algunas sentencias emitidas por tribunales uruguayos, en los cuales se otorgan indemnizaciones por daños entre familiares, no obstante, solo recogeremos las que se encuentren vinculadas a esta investigación, es decir, en las que se haya resuelto otorgar una reparación a favor de los hijos por parte de alguno de los padres, entre las cuales encontramos las siguientes:

- El Tribunal de Apelación de Familia Uruguayo en la sentencia N° 115, de fecha 03 de mayo del 2006, se pronunció acerca de un caso en el cual se logró evidenciar a través de estudios psicológicos que un hijo había padecido diversos daños como: dificultad de integración social, rendimiento académico no satisfactorio, entre otros, como consecuencia de la actitud ausente del padre en distintas áreas de su vida como las de atención, cuidado y comunicación. Estableciendo el órgano jurisdiccional que en el citado caso se habían configurado todos los elementos de la responsabilidad

civil, por lo tanto, correspondía fijar una indemnización a favor del hijo. (Howard, 2017)

- Así también, en la sentencia N° 52/2013 de fecha 13 de septiembre del 2013 el Tribunal de Apelaciones de Primer Turno de Uruguay consideró que los daños y perjuicios ocasionados por el padre como consecuencia de su incumplimiento de los deberes de sostén, cuidado y educación son indemnizables, siendo los fundamentos fácticos de dicho caso que el padre de la niña cumplía sus visitas esporádicamente y aportaba “lo que podía” para su sustento, por lo tanto, al cumplir doce años la hija encuentra en su padrastro la figura paterna que buscaba y se niega a continuar el contacto con su padre biológico. No obstante, el tribunal estimo que, aunque no quedaron secuelas de alguna psicopatología en la niña, ello no quiere decir que en su momento no se generó sufrimiento en la hija derivado de la conducta del padre, entonces, habiéndose acreditado en el caso el daño ocasionado por el incumplimiento de los deberes familiares se terminó por fijar una indemnización a favor de la menor.

En consecuencia, habiendo analizado las sentencias citadas precedentemente, resulta reprochable que, en nuestro país, aun teniendo el daño moral regulado de manera literal en el Código Civil, no exista desarrollo jurisprudencial similar; por cuanto, se deja en estado de indefensión al menor y sus intereses a pesar de que existe una lesión indiscutible a sus sentimientos y posiblemente consecuencias negativas en su esfera psicológica.

Por otro lado, en la jurisprudencia internacional, se han desarrollado aún más fallos en los cuales los tribunales han considerado indemnizables los daños por obstaculización del régimen de visitas ocasionados al padre visitante, entre dichas ejecutorias encontramos:

- La sentencia N° DFA-0010-000608/2015 - SEF-0010-000088/2015, del 22 de junio de 2015, dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno de Uruguay, caso que tiene por fundamentos fácticos los siguientes: ocurre que el día del cumpleaños del hijo de las partes, la madre, quien tenía la tenencia, no cumplió con entregar al niño al padre visitante, quien le había organizado una fiesta con motivo de su onomástico, por lo tanto, el padre reclama los daños materiales, es decir, los gastos de la fiesta y el daño moral padecido a consecuencia de no haber podido estar con su hijo el día de su cumpleaños, finalmente, el tribunal opta por condenar a la madre al pago de la pretensión, por cuanto, tal como quedo establecido en el III Congreso Internacional de Derechos de Daños realizado en el año 1993 en Buenos Aires la privación de una comunicación adecuada con los hijos por parte del progenitor que tiene la tenencia es una conducta antijurídica, en consecuencia, hace nacer el deber del autor de indemnizar los daños ocasionados al otro progenitor, asimismo, se precisa que la indemnización tiene una finalidad preventiva, resarcitoria y sancionadora. (Howard, 2017)
- En este mismo sentido, el Tribunal de Monza en Italia con sentencia de fecha 08 de julio del 2004 condeno al padre obstaculizador al pago de la suma de cincuenta mil euros por concepto de daño moral y existencial a consecuencia de los perjuicios derivados de las acciones obstaculizadoras que impidieron el desarrollo del vínculo materno- filial. (Torres, 2017)

- Por otro lado, los señores vocales de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires Argentina, con fecha 12 de febrero del 2019, resolvieron un caso de indemnización por daños y perjuicios derivados de la obstaculización de régimen de comunicación por parte de la madre, siendo que, a pesar de que en primera instancia le habían otorgado un monto indemnizatorio, el actor solicita este sea incrementado, reconociendo una suma mayor por el daño psíquico, el tratamiento psicológico, los gastos de farmacia y asistencia y daño moral. En consecuencia, teniendo en cuenta las particularidades del caso se terminó por incrementar la indemnización por daños en los extremos de daño moral y psíquico a las sumas de \$555.000 y \$500.000 respectivamente y elevar la suma admitida por gastos de farmacia y asistencia a \$2.500.
- Por su parte, la Sala B de la Cámara Nacional Civil de Argentina con fecha 11 de agosto del 2015, en el caso: D. R. D., P. vs. G. Z., P. s./ Régimen de visitas, se resuelve sin más que en caso de producirse cualquier incumplimiento el Tribunal podrá disponer aplicar una multa de \$ 10.000 por cada uno de los actos de incumplimiento, la cual se devengará en beneficio de la contraparte, es decir, a favor del hijo o del otro progenitor (como se citó en Díaz, 2020).

Existiendo una variedad de casos en los cuales se otorga una reparación a favor del padre o madre que resulta agraviado al verse privado de concretar su derecho de visitas a su hijo; entonces, en ese mismo sentido es necesario el desarrollo de jurisprudencia que reconozca el daño a los niños o adolescentes que se encuentren en este mismo supuesto, viéndose imposibilitados de mantener un vínculo con sus progenitores. Además, cabe reconocer las particularidades de los pronunciamientos citados, por cuanto, en ellos se han indemnizado y reconocido desde daños psíquicos, hasta gastos de farmacia y terapias psicológicas.

En consecuencia, queda evidenciado que existen perjuicios generados a los hijos por la infracción de los deberes familiares en cuanto a las relaciones paterno filiales, por lo cual, es ineludible que la reparación de estos daños sea contemplada por nuestro ordenamiento jurídico, más aún, teniendo en cuenta que uno de los principios rectores del Derecho de Familia es el interés superior del niño.

C) Nexo de causalidad

El nexo de causalidad hace referencia a la relación que existe entre la acción imputable a un autor y el daño que se ha generado, entonces, en el supuesto materia de análisis se deberá verificar que el daño ocasionado al hijo se dé como consecuencia de la omisión por parte del padre visitante de cumplir con responsabilidad y diligencia sus visitas o de la obstaculización del cumplimiento del régimen por parte del progenitor tenedor.

D) Factor de atribución

En este caso, al encontrarnos frente a responsabilidad civil de naturaleza subjetiva, el factor de atribución en cuanto al incumplimiento de régimen de visitas como supuesto generador de responsabilidad civil será el dolo, entendido como la intención de causar el daño o la culpa grave, entendida como la negligencia por la cual se cometió el daño, siendo grave en virtud del tratamiento especial y privilegiado que deberían tener los deberes familiares. No obstante, creemos que este presupuesto debe flexibilizarse,

bastando que se suscite la antijuricidad y la acreditación del daño en cada caso, debido a la naturaleza interna del mismo.

3.2.3. Legitimidad para obrar

Con la finalidad de poder determinar la legitimidad de los progenitores para interponer una demanda de responsabilidad civil por incumplimiento de régimen de visitas, se deberá establecer en primer lugar quién se encuentra en ejercicio de la patria potestad del hijo, ya que, esto se corresponderá directamente con quien tiene la legitimidad para representar válidamente los intereses del hijo conforme a ley.

En este contexto, se debe evaluar la situación teniendo en cuenta las hipótesis de incumplimiento establecidas previamente. Entonces, es necesario remitirse al primer supuesto planteado en esta investigación: el incumplimiento de régimen de visitas imputable al progenitor visitante, siendo que, en este caso es claro que el padre que tiene la tenencia, y la patria potestad, se encuentra legitimado para interponer la acción en representación de su hijo menor de edad.

No obstante, en el escenario del segundo supuesto, es decir, el incumplimiento que le sea imputable al progenitor que tenga la tenencia por acciones obstaculizadoras, podría llegar a surgir algún tipo de conflicto, ya que, de ahí se pueden desprender dos hipótesis: la primero cuando el padre visitante aún ostente la patria potestad y la segunda cuando el padre visitante no se encuentra en ejercicio de la patria potestad.

En cuanto a la primera hipótesis formulada, que el progenitor aún se encuentre en ejercicio de la patria potestad, no habría problema alguno, ya que, este podría interponer la demanda de indemnización por daños y perjuicios en representación de su hijo, e incluso en nombre propio, por los daños que se le puedan haber generado como consecuencia de la obstaculización.

La segunda hipótesis, difiere totalmente de la primera, debido a que podrían presentarse casos en los cuales el padre visitante no tenga la patria potestad en ejercicio, sino que esta se encuentre suspendida, por ejemplo, en los casos en los que se haya aplicado el artículo 340° del Código Civil que regula los efectos de la separación de los cónyuges con respecto al ejercicio de la patria potestad señalando que: “(...) el padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos”.

En este punto, es menester hacer mención a la sentencia del Tribunal de Roma, que data del 13 de junio del 2000, en la cual se resuelve un caso de indemnización por daños ocasionados por la madre en agravio del padre y el hijo, por impedir las visitas, siendo la particularidad del caso que, el órgano jurisdiccional, a pesar de reconocer que efectivamente había un daño, rechazó condenar a la madre al pago correspondiente por los daños sufridos por el hijo, porque el padre no se encontraba facultado a representar sus intereses, ya que, no tenía la patria potestad en ejercicio. (Torres, 2017)

Entonces, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico peruano, frente al supuesto en que el padre o madre visitante no tenga la patria potestad en ejercicio, será necesario que se designe un curador procesal en nombre del hijo para que represente sus intereses, de correspondencia con el artículo 61° del Código Procesal Civil.

3.2.4. Sobre la reparación

Habiéndose determinado la responsabilidad, analizando los elementos de la responsabilidad civil, corresponderá examinar y determinar la cuantificación del daño que ha sufrido el hijo, para lo cual, el juez deberá hacer uso de su discrecionalidad y de la valoración equitativa a la que se refiere el Código Civil en el artículo 1332°, ya que, al tratarse en primer lugar de un daño de carácter moral su valoración será muy subjetiva y dependerá estrictamente de las particularidades del caso en concreto y como estas sean expuestas.

Entonces, la indemnización deberá contener la reparación al daño de la esfera sentimental del niño o adolescente y, de ser el caso, los daños a nivel psíquico que se hayan desarrollado en el menor, teniendo en cuenta también los gastos destinados a cubrir las terapias psicológicas que sean necesarias para revertir los efectos dañosos y otros factores como la edad y perfil del menor; siendo que, será fundamental que en la demanda se realice justificación detallada del monto requerido por concepto de indemnización.

No obstante, el hecho de que estos tipos de daños no sean cuantificables en exactitud, no quiere decir que el magistrado podría arbitrariamente fijar una suma de dinero irrisoria o excesiva como concepto de indemnización, por el contrario, haciendo uso de la debida motivación, deberá enunciar y detallar en la sentencia los motivos y razonamientos que lo llevaron a tomar dicha decisión con respecto al quantum indemnizatorio, de lo contrario estaría vulnerando el debido proceso, en ese sentido será necesario que la jurisprudencia unifiquen criterios que se apliquen a este tipo de casos.

Cabe precisar que, si bien cierto lo que se busca, es la reparación del daño que injustamente ha tenido que sufrir el menor y devolver en medida de lo posible las cosas a su estado original, al fijar una indemnización como consecuencia del incumplimiento de régimen de visitas, también se estará abarcando la finalidad preventiva, generando, en el mejor de los casos, que el infractor cambie su conducta. En esta línea de ideas, compartimos lo señalado por Makianich de Basset (como se citó en Torres 2017): “la agresión al bolsillo – la víscera que más duele -, puede transformar en seres razonables a quienes no están dispuestos a entender razones” (p. 359).

3.3.Propuesta

Ahora bien, ha quedado más que evidenciado que el incumplimiento del régimen de visitas ya sea por obstaculización de parte del progenitor que tiene la tenencia o derivado de la omisión del padre o madre visitante, es capaz de generar daños graves en el niño o adolescente que se ve privado de las visitas, por cuanto, estos daños deben ser reparados. No es apropiado dejar en estado de indefensión al hijo, quien necesita para su adecuado desenvolvimiento la participación activa de ambos progenitores en su vida y, en su defecto, requiere un resarcimiento.

No se evidencia que sea necesario añadir una norma que en su literalidad disponga que como consecuencia del incumplimiento de régimen de visitas se dará lugar a una indemnización, por cuanto, frente a este supuesto resultan aplicables las reglas generales de la responsabilidad civil; siendo que, incluso se ha demostrado que este supuesto de incumplimiento cumple con todos los elementos necesarios para que se constituya la

responsabilidad civil, es decir, antijuricidad, daño, nexo de causalidad y factor de atribución.

Asimismo, frente a este contexto, proponemos que se aplique algo análogo a lo que sucede en Argentina, es decir, siempre que exista una posibilidad de que la conducta del demandado no cambie, en la sentencia que se otorgue la indemnización por el daño derivado del incumplimiento, adicionalmente, se fije una suma de dinero exacta que se cobre cada vez que se constituya una nueva infracción al régimen de visitas, la cual tendrá naturaleza de reparación y que finalmente se devengará en beneficio de la parte afectada, es decir, del hijo.

No obstante, para la aplicación de esta propuesta, será necesario implementar estos criterios en las sucesivas capacitaciones dirigidas hacia todos los operadores de justicia que componen el Poder Judicial, con la finalidad de que eviten caer en el desliz de aplicar de forma extremista el principio de legalidad y especialidad del Derecho de Familia, privándose de utilizar de manera sistemática las alternativas que ofrecen nuestras normas jurídicas en materia de responsabilidad civil y Derecho de Familia.

CONCLUSIONES

1. El régimen de visitas es una institución que coadyuva a mantener activos los vínculos entre el progenitor que no tiene la tenencia y los hijos, siendo reconocido por la doctrina mayoritaria como un derecho fundamental de los niños, por cuanto, conservar esta relación es importante para su desarrollo normal.
2. En el ordenamiento jurídico nacional no se ha desarrollado de manera suficiente la responsabilidad civil como consecuencia de la infracción de deberes familiares, siendo que, solo se han contemplado indemnizaciones por daños originados dentro de las relaciones de pareja, dejando de lado el resto de supuestos que se podrían configurar como los daños con ocasión de las relaciones paterno o materno – filiales.
3. No es necesario incorporar o modificar una norma añadiendo como consecuencia del incumplimiento de régimen de visitas la responsabilidad civil, siendo que, el principio de especialidad del derecho de familia no es óbice para que a esta rama del derecho se le apliquen disposiciones generales contenidas en el Código Civil. Además, se ha evidenciado que el supuesto analizado cumple con todos los presupuestos necesarios, es decir, la antijuricidad, el daño, el nexo causal y el factor de atribución, por lo tanto, es posible incoar una demanda con esta pretensión, pero teniendo como eje al niño o adolescente.

RECOMENDACIONES

A fin de mantener la protección integral de los niños, es necesario que se continúen investigando plenamente las infracciones a los deberes familiares propios de la patria potestad que podrían devenir en daños de naturaleza moral o psíquica a los hijos, siendo que, en el caso que en esos supuestos se cumplan los presupuestos necesarios, podrían generar responsabilidad civil.

También, es preciso que se siga indagando en cuanto a las exigencias de los presupuestos de la responsabilidad civil aplicados al Derecho de Familia, ya que, estos podrían flexibilizarse dada la naturaleza de las relaciones familiares, aplicándose criterios similares a los expuestos en el Tercer Pleno Casatorio, variándose la naturaleza de la indemnización.

Aunado a ello, creemos pertinente que se dispongan sanciones más drásticas como consecuencia del incumplimiento de régimen de visitas, por cuanto, es necesario garantizar el bienestar integral de los menores; entonces, se podría implementar un registro en el cual se consignen los datos del padre o madre incumplidor y a su vez el legislador formule las modificaciones pertinentes para que este no pueda acceder a cargos públicos.

LISTA DE REFERENCIAS

1. Acuña, M. (2013). El principio de corresponsabilidad parental. *Revista de derecho*, 20(2), 21-59. <https://n9.cl/m9woi>
2. Alessandri, A. (1981). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Imprenta Universal
3. Alterini, J. (2016). Las Funciones de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación en Wust, G. (Ed.), *Estudios de derecho privado su visión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 45-58). Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires. <https://n9.cl/v115>
4. Arce, C. (2015). *La filiación extramatrimonial y la responsabilidad civil* [Tesis para optar por el título profesional de Abogado, Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga]. <https://n9.cl/mmilq>
5. Barros, E. (2006). *Tratado de responsabilidad civil extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile
6. Bossert, G. (2004). *Manual De Derecho De Familia* (6° edición). Astrea.
7. Botana, G. (1990). Notas sobre el derecho de visita. *Revista Jurídica de Navarra*, (10) 117-134. <https://n9.cl/utns>
8. Bravo, D. (2013). *La Responsabilidad Civil con ocasión de las relaciones paterno-filiales* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso]
9. Bustamante, E. (2013). El régimen de visitas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Gaceta Constitucional*, (64), 13-15
10. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. (2019). MJ-JU-M-117407-AR. F., D. E. contra D., L. V. <https://n9.cl/5lmj>
11. Canales, C. (2014). Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia en M. Torres (Ed), *Patria Potestad, Tenencia y Alimentos* (pp. 101-115). Gaceta Jurídica
12. Corte Suprema de Justicia. (2010). Casación N° 856-2000- Apurímac de 08 de agosto del 2010
13. Chumpitaz, C. (2016). *El incumplimiento de régimen de visitas y la vulnerabilidad de los derechos fundamentales del niño* [Tesis de maestría, Universidad Inca Garcilazo de la Vega]. Repositorio Institucional UIGV
14. Corte Suprema de Justicia. (2010). Casación N° 856-2000-Apurimac
15. Cuba, A. (2018). *La prohibición del régimen de visitas por incumplimiento de obligaciones alimentarias como interés superior del menor* [Tesis para optar al grado de Abogado. Universidad Cesar Vallejo, Trujillo]. <https://n9.cl/c67y>

16. Díaz, D. (12 de noviembre del 2020). Consecuencias de incumplimiento del régimen de comunicación. Blog Grupo Professional. <https://n9.cl/u9pl9>
17. Delgado, G. (2018). *Responsabilidad civil por la acción omisiva y pasiva de los padres en la filiación extramatrimonial* [Tesis para optar al grado de Abogado. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. <https://n9.cl/i72q>
18. Espinoza, J. (2016). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. (8° ed.). Instituto Pacífico
19. Estrada, A., Tabardillo, B., Everardo, O., Ramón, L., & Mejía, A. (2014). El impacto del padre ausente en la vida de ocho estudiantes universitarias. *Revista científica y profesional de la Asociación Latinoamericana para la Formación y la Enseñanza de la Psicología*, 2(5), 111-124. <https://n9.cl/pc69o>
20. Ferrer, J. (2011). Relaciones familiares y límites del derecho de daños. *Idret Revista para el Analisis del Derecho*. <https://n9.cl/1td5w>
21. Godoy, P. (2017). *Consecuencias aplicables al incumplimiento del régimen de relación directa y regular entre progenitores e hijos* [Tesis para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile]. <https://n9.cl/xx42>
22. Gómez, M. (2011). La relación directa y regular como efecto de la ruptura. *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, (4), 119-131
23. Howard, W. (2017). Panorama Jurisprudencial de la Responsabilidad en el derecho de Familia. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, (30), 171-188. <https://cutt.ly/Yhn0axk>
24. Instituto Nacional de Estadística e Informática INEI, (2018) *Perú: Natalidad, Mortalidad y Nupcialidad 2017 (Departamento, provincia y distrito)*. Lima. <https://n9.cl/ey47>
25. Gallejos, Y. y Jara, S. (2018). *Manual de derecho de Familia*. Lima. Jurista Editores E.I.R.L.
26. López, E. (2012). *Manual de responsabilidad civil*. Buenos Aires, Argentina: AbeledoPerrot S.A.
27. Martínez, G., y Martínez, C. (2003). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Temis S.A.
28. Manayay, V. (2019). *Análisis en torno al incumplimiento del régimen de visitas su implicancia con la violencia familiar psicológica por omisión* [Tesis de pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo].
29. Mendez, M. y D'Antonio, D. (2006). *Derecho de familia* (Tomo III). Editores Buenos Aires.
30. Morales, R. (2004). Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones. *Revista jurídica del Perú* (55), 137 –157
31. Mosset, J., Gherzi, C. y otros. (1992). *Responsabilidad Civil*. Editorial Hammurabi S.R.L.
32. Ortiz-Castañeda, C. (2017). *Derecho de los hijos a una indemnización por daño moral ocasionado por el padre/madre culpable del divorcio* [Tesis de pregrado, Universidad de Piura]. <https://n9.cl/op7jz>
33. Osterling, F. y Castillo, M. (2008). Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades: sida y responsabilidad. *Derecho & Sociedad*, (20), 251-266. <https://n9.cl/fqvqq>
34. Placido, A. (2002). *Derecho de Familia* (2° ed.). Gaceta Jurídica.
35. Quispe, D. (2017). *Incumplimiento del régimen de visitas de los hijos menores de edad, en los Juzgados de Familia de Lima-2015* [Tesis de pregrado, Universidad Cesar Vallejo].
36. Siderio, A. (2000). Género, tenencia y régimen de visitas. *La Ley S.A.E*, (38). <https://n9.cl/93yg>

37. Taboada, L. (2003). *Elementos de la responsabilidad civil*. (2a ed.). Editorial Jurídica Grijley
38. Torres, M. (2016). *La responsabilidad civil en el Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica S.A.
39. Tribunal Constitucional del Perú. (2010). Sentencia recaída en el expediente N° 0289-2010-PHC/TC. Nora Rosario Heredia Muñoz a favor de su menor hijo contra Corte Superior de Justicia de Lima. 06 de diciembre. <https://n9.cl/xl50c>
40. UNICEF. (2004). *La equidad se juega en la primera infancia*. *Infancia*. Documento de trabajo N° 4. <https://n9.cl/u8qge>
41. Varsi, E. (2012). *Tratado de derecho de familia: Derecho familiar patrimonial relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*. Gaceta Jurídica.
42. Vidal, F. (2001). La responsabilidad civil. *Derecho PUCP*, (54), 389 –399. <https://n9.cl/eknap>
43. Vivanco, P. (2017). *Responsabilidad Civil en el ámbito del derecho de familia* [Tesis de maestría, Universidad de Concepción de Chile]. <https://n9.cl/ird3v>
44. Witthaus, R. (1999). *Divorcio por presentación conjunta*. Astrea
45. Zannoni, E. (1998). *Derecho de Familia*. Editorial Astrea
46. Zurita, J. y Poaquizza, A. (2016). *El régimen de visitas y el derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos* [Tesis de pregrado, Universidad Técnica de Ambato]. <https://n9.cl/787qe>