

_____ SALTA, 19 de agosto de 2016. _____

_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados “**R., M. A. c/ O., A. M. – REGIMEN DE VISITAS**”, Expte. N° 465.027/14 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil de Personas y Familia 4ª Nominación y de esta Sala Primera, Adscripción N° 2 y, _____

_____ **CONSIDERANDO:** _____

_____ **I.** Que vienen estos autos en virtud de los recursos de apelación interpuestos por la Sra. Asesora de Incapaces N° 8 en representación de la niña B. M. C. R (fs. 68) y por el accionante (fs. 70) en contra de la resolución de fs. 64/67 que rechaza el régimen de visitas deducido por este último. Los recursos son concedidos a fs. 78 de autos en relación y con efecto suspensivo. _____

_____ En el memorial de fs. 79/80 expone que la sentencia le agravia por cuanto no se ajusta a derecho. Expone que la *Aquo* omitió fundar su decisorio analizando las conductas y sentimientos de las partes. Destaca que en el decisorio nada se dice respecto los derechos de la niña B. M. C. R, los cuales se vulnerarían en caso de que no se le permita tener contacto con el padre, ello de conformidad a los tratados internacionales de jerarquía constitucional y la Convención de los Derechos del niño, por ello solicita se revoque la sentencia.

_____ A fs. 81/86 formula memorial el actor. Expone que agravia a su parte el decisorio por cuanto carece de fundamento, se aparta de la doctrina y arroja por la borda toda jurisprudencia sobre el tema. Señala que la resolución carece de fundamentación jurídica y fáctica toda vez que se basa en conjeturas y en los derechos del niño de la progenitora para violentar los derechos de su hija. Expone que si lo que preocupaba a la *aquo* era la situación entre las partes, pudo arbitrar medios tendientes a zanjar dicha cuestión; que la postergación de su derecho a conocer a su hija hasta tanto se limen las asperezas, tanto con la madre como sus padres, sin indicar el tiempo ni establecer ningún tipo de mecanismo de control, en la práctica se traduce en una absoluta negación de su derecho a conocer a su hija. Señala que la sentencia es injusta toda vez que contraría la Convención de los Derechos del Niño y la Ley 26.061 y por otra parte consagra y legitima la conducta tipificada y antijurídica de la demandada y su familia de obstruir el vínculo con su hija. Destaca que la *Aquo* le da

preeminencia a los derechos de la madre por sobre los derechos de la niña nacida, y que si bien es cierto que la Convención de los Derechos del Niño establece que los derechos de los niños deben prevalecer cuando entran en colisión con los de los adultos, en el caso de autos se trata de una tensión entre los derechos de dos personas menores de 18 años, con lo que la jueza debió hacer prevalecer el derecho de identidad y familia de la niña B. M. C. R. Por otra parte expone que si la sentenciante entendió que existe una colisión de derechos debió indicar cuáles son y los motivos de la preeminencia. Señala que yerra la *aquo* en su decisorio por cuanto la ley exhorta a la protección de la niña menor de edad; así, el artículo 646 del Código Civil y Comercial establece que es deber de los progenitores (sin distinguir entre menores de edad o no) respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con los abuelos, otros parientes o personas con las que tenga un vínculo afectivo. Por otra parte el artículo 639 consagra que la protección especial de los derechos del niño no es oponible por parte del progenitor adolescente con respecto a su propio hijo, sino que es éste último quien por su menor grado de madurez y desarrollo merece la más amplia protección que confiere el ordenamiento jurídico. Destaca la arbitrariedad de la sentencia por cuanto la *aquo* al fallar no ha tenido en cuenta las probanzas obrantes en autos, las que avalan su pretensión. Asimismo menciona que pretende introducir su propia moral en violación al principio de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional. Alega que la sentencia viola el derecho de igualdad de las partes en el proceso, toda vez que expone defensas a favor de la contraria que jamás fueron invocadas por la parte demandada y que también vulnera el principio de congruencia, por cuanto emite un fallo en contra de las pretensiones de las partes. _____

_____ Corrido traslado del memorial los representantes legales de la demandada (madre menor de edad) no contestan, por lo que a fs. 91 se da por decaído el derecho dejado de usar. _____

_____ A fs. 98/99 obra dictamen del Fiscal de Cámara Civil, Comercial y Laboral quien considera que corresponde hacer lugar a ambos recursos y revocar la sentencia de grado. _____

_____ A fs. 100 se llama autos para sentencia, providencia notificada y firme conforme notificación automática que obra la dorso de dicho folio. _____

_____ **II.** Que los recursos fueron interpuestos en término conforme constancias de fs. 67 vta., fs. 68 y fs. 70. _____

_____ **III.** Que para resolver como lo hizo y en lo sustancial la Sra. Juez de grado entendió que la actitud del actor anterior al proceso y durante el mismo resultó avasalladora de los derechos que en su calidad de niña tiene la madre de su hija. Asimismo considero que se acredita en autos una total insensibilidad por parte del accionante, quién sólo veló por su estricto interés.

_____ Respecto al régimen de visitas relacionado con el interés del actor en conocer a su hija consideró que dada, la corta edad de la (madre menor de edad), éste no puede prosperar, por cuanto se trata de una infante muy dependiente de su madre. Fundó su decisorio en la tirantez de la relación tanto entre el actor, la niña madre y su familia, haciendo hincapié en la edad de la madre demandada invocando la Convención de los Derechos del Niño. Sostuvo la *aquo* que si bien el actor tiene derecho a conocer a su hija, en autos ese derecho quedará postergado para cuando se limen las asperezas entre él y la familia de la madre de la menor, toda vez que fijar un régimen de visitas en esta oportunidad sería una fuente generadora de conflictos y resentimientos, destacando en todo momento que el actor se olvida que la demandada es una niña. _ _____

_____ **IV.** Que en primer lugar y en torno a la aparente colisión entre los derechos de la madre- niña (según lo expone la *aquo*) y los derechos de la niña B. M. C. R., cuadra señalar que si bien es cierto que la Convención de los Derechos del Niño, como el nuestra legislación de fondo consagran que se consideran niños –menores de edad- a todas aquellas personas menores de 18 años; el nuevo ordenamiento dispone en su parte pertinente que: “Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años”. _

_____ Dicha incorporación de la categoría de “adolescente” en el Código Civil y Comercial no es una mera cuestión nominal, sino que provoca concretos efectos jurídicos. En efecto, ubicarse en la franja adolescente genera una presunción de madurez para determinados actos que habilita su ejercicio

por la persona menor de edad, a pesar de su condición de minoridad. _____

_____ V. Que, sentada esta distinción, debe ponderarse que en autos si bien es cierto que la madre de la niña B.M.C.R es adolescente (menor de edad) y se encuentra protegida tanto por la Convención de los Derechos del Niño como por la Ley 26.061 (“Artículo 1º. Objeto. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina...”), ello no implica relegar los derechos de la niña recién nacida a conocer a su padre y formar un vínculo con él, toda vez debe primar su derecho de identidad por sobre los que su madre tiene en función de su edad. _____

_____ Además de ello, debe ponderarse que las consideraciones personales efectuadas por la sentenciante respecto de la actitud asumida por el accionante tanto en forma previa como durante el proceso revisten el carácter de meras conjeturas, toda vez que de los informes ambiental y psicológico realizados en autos obrantes a fs. 54/55 y fs. 58/59 surge que se encuentra estable psíquicamente, que los sentimientos hacia la pequeña son positivos y que el paso del tiempo sin contacto deviene en contra de la vinculación padre-hija. _

_____ Respecto al deber de comunicación del padre no conviviente con la niña cuadra señalar que el artículo 652 del Código Civil y Comercial establece: “Derecho y deber de comunicación. En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo”. Por su parte el artículo 653 dispone: “Cuidado personal. Deber de Colaboración. En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar: a. la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro; b. la edad del hijo; c. la opinión del hijo y d. el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo. El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente”. A su turno el artículo 654 regula el deber de información. “Cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo”. _____

_____ Así, la obligación de mantener el contacto entre el progenitor no

conviviente e hijos es doble, tanto para aquel que efectivamente no convive con el hijo, como a quien se le hubiera asignado —excepcionalmente— el cuidado unilateral. Esta bilateralidad surge en forma explícita del juego de los artículos 652 y 653, inciso “a”, Código Civil y Comercial, y no se limita sólo al contacto, es decir a compartir períodos de tiempo en forma autónoma y libre entre ellos. _____

_____ En efecto, el artículo 654 impone una mayor intensidad en esta comunicación. Cada progenitor debe mantener informado al otro respecto a las cuestiones relacionadas con la vida de sus hijos. Sin dudas, un ejercicio funcional de la responsabilidad parental incluye esta obligación recíproca de compartir la información relacionada a los hijos, pues difícilmente sea posible tomar decisiones respecto de ellos si se carece de información. Sin embargo, es importante la explicitación de este deber mutuo pues implica obligar a los progenitores a procurar mantener la necesaria unión parental aún con posterioridad a la pareja afectiva entre ellos. Esta finalidad es reforzada por la última parte del artículo 653 Código Civil y Comercial al disponer que, aún en los supuestos de cuidado personal unipersonal, el otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaborar con el progenitor conviviente en el cuidado del hijo. _____

_____ En los cuatro incisos referidos *supra* se establecen los estándares que ya fueran señalados por la doctrina y jurisprudencia y que se utilizaron para flexibilizar el vetusto marco legal del viejo Código Civil. En efecto, la actitud facilitadora de un progenitor respecto al contacto de su hijo con el otro fue fundamento, en varios precedentes jurisprudenciales, para disponer un cambio de “tenencia”, pues las actitudes injustificadamente obstruccionistas y resistentes a un adecuado desarrollo del vínculo parental con el progenitor no conviviente implican no sólo un incumplimiento del ejercicio de la responsabilidad parental, sino infringir un daño psicológico a los hijos, atentatorio a su superior interés en juego. (conf. Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso. “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo II, pág. 500/501, 1ra. Edición - julio 2015, Infojus). _____

_____ Por su parte el artículo 11 de la Ley 26.061 establece “el derecho de

todo niño a conocer a sus padres biológicos y a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando estos estuvieren separados”. _____

_____ Así y teniendo en cuenta lo expuesto *supra* y en aras de resguardar el interés superior de la niña B.M.C.R, este Tribunal entiende que debe prevalecer su derecho a conocer a su progenitor y formar vínculo con él y su familia, máxime cuando no se advierten de autos circunstancias que tornen inviable tal acercamiento paterno/filial. _____

_____ Por ello corresponde revocar la sentencia de fs 64/67 y en consecuencia acoger la pretensión de fijación de un régimen de visitas, se que se desarrollará de acuerdo a las pautas que disponga la Sra. Juez de anterior instancia. _____

_____ **VI.** Que las costas, atento a la naturaleza de la cuestión que se ventila, se imponen por el orden causado (art. 71 del C. P. C. y C.). _____

_____ Por ello, _____

_____ **LA SALA PRIMERA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL,** _____

_____ **FALLA:** _____

_____ **I. HACIENDO LUGAR** a los recursos de apelación interpuestos a fs. 68 y fs. 70 y, en consecuencia **ACOGIENDO** la pretensión de fijación de un régimen de visitas, el que se desarrollará de acuerdo a las pautas que disponga la Sra. Juez de anterior instancia. _____

_____ **II. MANDAR** se registre, notifique y oportunamente bajen los autos al Juzgado de origen. _____