Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

Autos: "Recurso de Queja en autos: "V. , F. M. s/ Adopción Simple s/ Incidente de Ejecución de Sentencia" (Expte N° 36/08 CANO)" (Expte N° 21373-R-2008).----------

Rawson, 02 de Septiembre de 2.008.-

------ **VISTO:**----------

------ Estos autos caratulados: **"Recurso de Queja en autos: "V. , F. M. s/ Adopción Simple s/ Incidente de Ejecución de Sentencia" (Expte N° 36/08 CANO)"** (Expte N° 21373-R-2008).-
----

------ **DE LOS QUE RESULTA:**----------

------ I.- El Asesor de Familia e Incapaces subrogante interpone a fs. 47/61 vta., queja contra la resolución de la Cámara de Apelaciones de Esquel, obrante en copia, a fs. 45/46 vta., que declaró inadmisible la casación por quebrantamiento de formas que interpusiera contra la sentencia de ese mismo Cuerpo que, también en copia, obra a fs. 19/28 que confirmó la de Primera Instancia.------

------ II.- Expone el Asesor de menores que la Jueza de Familia en la sentencia que dictara el 17 de Diciembre del año 2007 y que confirmó la Cámara, no acogió el pedido de cambio de guarda en los términos que fuera planteado y dispuso que la niña ejerza su derecho a la convivencia con su progenitor, y mantenga sus relaciones familiares con los guardadores, bajo las pautas dispuestas

en el apartado señalado como “El futuro”, y bajo el apercibimiento allí consignado.----------

------ Describe algunos de los antecedentes de la causa, no resume los argumentos por los cuales resolvió la Jueza de Primera Instancia, ocurriendo lo propio con los argumentos por los que la Cámara confirmó la resolución.----------

------ Expone los motivos por los que interpuso casación por quebrantamiento de las formas. A su juicio los Sres. Camaristas en forma previa a resolver debieron tomar nuevamente contacto con la niña debido a lo dispuesto por el art. 130 de la Ley N° 4.347. Hace mención a causas relacionadas con el caso de autos donde este Cuerpo anuló sentencias de esa misma Cámara por no haberse respetado lo dispuesto en la norma mencionada. Opina que con ello se demuestra que el a quo sorprendió a las partes dictando una sentencia con la sola recepción del expediente, cuando, en la generalidad de los casos, el procedimiento es distinto. Expone cual es la finalidad principal del principio de inmediación y que no puede la Cámara obviar la audiencia por haber realizado otra con anterioridad, en la que se conversó con la niña sobre otro tema (el nombre).----------

------ Señala que desde un comienzo, la Asesoría propugnó un régimen de comunicación que permitiera una real vinculación entre

padre e hija. Sin embargo, considera que le preocupa ver que el vínculo entre ellos no se ha dado, mas allá de que se ven dos veces por semana y que la Cámara le acuse en la sentencia nula, de defender el mantenimiento de una situación. Es decir, que se le impute opinar que como no se da el vínculo, se dejen las cosas como están, en calidad de resignación.----------

------ Sostiene que sus peticiones se encaminaron a que la niña se vincule con su padre, pero que lo cierto es que en la actualidad no se dirigen la palabra (salvo excepciones) y el tiempo de la -¿comunicación?- (sic), transcurre casi en silencio.----------

------ Opina que la cuestión del nacimiento de un vínculo entre padre e hija, no pasa por obligarla a vivir una semana con el padre biológico y otra con los guardadores y que obviamente que deben pasar tiempo juntos, pero lo fundamental es la calidad de ese tiempo. Calidad que no se está dando hoy en día y que la sentencia del Juzgado de Familia, a su juicio, no tiende a crear, no porque no tenga una buena intención, sino porque la situación, dice, podría generar un retroceso de lo poco que se ha avanzado.----------

------ Refiere que solicitó la contención psicológica de la niña, porque en definitiva no ha tenido soporte alguno en relación a todo lo que le ha sucedido en los últimos años. El ETI realizó varias entrevistas, pero las mismas han cesado. Cree que la cuestión de la

vinculación -a falta del tratamiento sistémico-, puede ser enfocada en una terapia individual de la niña. Y aquí, también con ello se aparta del deseo de la niña, porque ésta no quiere saber nada con terapia alguna. Recién al momento de realizar esta queja se cuenta con un dictamen del ETI que recomienda la contención profesional de la niña.----------

------ Opina que dicha terapia podría ser la respuesta a diversas preguntas que se hace la niña y que no las obtiene de parte de su padre biológico y que si la Alzada hubiese tomado contacto con la niña hubiese advertido que ésta se pregunta por qué el padre solicitó a la Juez de Familia la restitución de su hija y el consiguiente cambio de guarda, agregando a ello que alguna vez le dijo que su idea era volver con ella a Misiones. Agrega, que decir de todos los miedos que tal hecho genera en la niña, de lo cual hace unos meses dio cuenta la Lic. Lo Moro o porqué ella debe confiar en su padre biológico, cuando ello atentaría contra el único marco de referencia familiar existente a la fecha, puesto que el padre no está de acuerdo con la guarda del matrimonio B. , ni con el régimen compartido dispuesto por la Juez de Familia, atento que también efectuó objeciones contra dicha sentencia.----------

------ Cree que la confianza no se impone, sino que se construye a partir del dialogo entre padre e hija; agrega que de su conocimiento,

ni la cuestión del nombre ni la restitución fueron temas previamente conversado entre ellos.----------

------ Considera que se exige en demasía a la niña en este momento y durante todos los años anteriores, que por eso era necesario escucharla y por todo lo expuesto la sentencia de la Cámara es nula.----------

------ Resume las razones por las que se declaró inadmisible la casación que interpusiera.----------

------ Opina que no se está en presencia de una simple modificación del régimen de comunicación, sino que se creó una verdadera custodia alternada entre padre biológico y guardadores y que ello es relevante a los fines de analizar la definitividad de la sentencia porque, de quedar firme, regiría dicho régimen pudiendo conspirar contra la integridad psicológica de la niña. Estima que se decide la suerte de la niña de modo definitivo, habilitando en consecuencia la instancia extraordinaria.----------

------ Finalmente, en el Pto. V., de esta presentación directa se expresa que para el caso que este Cuerpo ejerza la competencia positiva, se transcriben los agravios que expusiera la Asesoría al apelar la sentencia del Juzgador de Primera Instancia.----------

------ Efectúa reserva del caso federal.----------

------ **CONSIDERANDO**:----------

------ Conforme el art. 299 del C.P.C.C., corresponde examinar si el recurso ha sido bien o mal denegado con arreglo a lo normado por los arts. 286, 288 y 289 del mismo código de rito.----------

------ I.- La queja planteada no es autónoma desde que se desconoce en concreto, los fundamentos de lo decidido por la Jueza de Familia; los argumentos de todos los que apelaron ante la Cámara, lo decidido por ésta. Por esta primera razón la queja es inadmisible (Conf.: S.T.J.CH., S.I. N° 219/91; 80/S.R.E./02; 14/S.R.E./03; 08, 31, 39, 68, 87; 114/S.R.E./04 y 19, 65 y 130/S.R.E./07).----------

------ II.- En el marco del art. 290 del C.P.C.C. y en función de lo prescripto en el art. 286 del mismo ordenamiento, la Cámara decidió que las casaciones interpuestas por el progenitor, el Asesor de Familia e Incapaces subrogante y los guardadores eran inadmisibles pues debía tenerse en cuenta lo sostenido por este Cuerpo en la S.I. Nº 25/S.R.E./00, donde siguiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se estableció el principio general según el cual "...las cuestiones atinentes a la tenencia provisoria y régimen de visitas de los menores no constituyen pronunciamientos apelables por la vía extraordinaria, tanto por no

revestir el carácter de sentencia definitiva cuanto por que en ellas ejercen los jueces facultades discrecionales que resulta prudente respetar de modo extremo". Aclaró que dicho principio encuentra excepción en aquellos casos en que, innecesariamente, se prive a una menor de la comunicación con su padre biológico pues la jerarquía de las garantías violadas en la sentencia dejarían expedita la vía extraordinaria de la casación ("Bochatay, Carlos Alberto y Romanelli, Liliana Mónica c/ Eiskman, Mario Hugo s/ Incidente de Cesación de Régimen de Visitas" (Expte. Nº 20.173 -B-2005)), y que nada de ello ocurría en autos donde solo se dispuso una modificación al régimen de comunicación incrementando el que corresponde entre padre e hija sin negar tampoco la comunicación con los simples guardadores, en consecuencia no se daba la situación de excepcionalidad que el Superior Tribunal de Justicia merituó, en otra oportunidad y cuya interpretación ha de ser restrictiva pues sigue teniendo vigencia la regla según la cual "...las cuestiones atinentes a la tenencia provisoria y régimen de visitas de los menores no constituyen pronunciamientos apelables por la vía extraordinaria...".----------

------ III.- Tras la lectura de las actuaciones se observa que es acertado lo decidido por la Alzada al denegar los recursos extraordinarios. Se interpretó correctamente la excepción que dispusiéramos al decidir la cuasa: "Bochatay, Carlos Alberto y Romanelli, Liliana Mónica c/ Eiskman, Mario Hugo s/ Incidente de

Cesación de Régimen de Visitas" (Expte. Nº 20.173 -B-2005). En ella se expresó, en el voto del Dr. Pasutti que, *en principio las decisiones del tipo de las recurridas no causa estado.* Y ello es así sin duda alguna por el carácter flexible de tales resoluciones.----------

-----IV.- Tan es así que sobre el régimen de visitas y tenencias, institutos que hacen al derecho de comunicación entre padres, grupos conviviente e hijos, la Dra. FERREIRA DE DE LA RÚA, Angelina, en su trabajo "ASPECTOS PROCESALES DE LA TENENCIA Y DEL RÉGIMEN DE VISITAS", Revista de DERECHO PROCESAL, Derecho Procesal de Familia – II, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002-2, págs. 134/135, ha dicho: *"como toda medida precautoria tanto la guarda provisoria como la fijación de las visitas son esencialmente interinas y mutables, y pueden ser modificadas o dejadas sin efecto, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen. En tal sentido, puede decirse que se caracterizan por su inestabilidad y versatilidad, y es sabido que ellas pueden ser ordenadas en forma experimental y luego ajustadas a las circunstancias. Ello es así puesto que cumplen un fin tuitivo respecto de los menores; en consecuencia, deben modificarse, si así lo aconseja su interés, tantas veces como sea necesario.*

Por otra parte, las resoluciones de los jueces relativas a la tenencia y al régimen de visitas tienen siempre carácter provisorio. Esto significa que si cambia la situación fáctica que les dio origen puede también modificarse lo resuelto en ellas.

Por eso se ha dicho que todo lo referente a cuestiones en que se encuentre involucrada la situación de menores de edad, es de resolución provisoria, toda vez que lo decidido hoy puede no resultar conveniente mañana y, de invocarse razones de entidad suficiente que incidan sobre el interés del menor, dé lugar a transformaciones sustanciales.".----------

------ V.- No corresponde en la especie hacer ninguna salvedad al principio general que seguimos en la S.I. N° 25/S.R.E./00 porque en esta oportunidad las medidas dispuestas no entorpecen ningún derecho de F. , sino que por el contrario, teniendo en miras su interés y en beneficio de su estabilidad se dispuso que los mayores encargados de cuidarla acuerden la distribución de la convivencia efectiva de ellos con la niña con un piso mínimo de una semana cada uno. Este es el aspecto que aparece como cuestionado.----------

------ VI.- Al régimen de comunicación hicimos referencia en el expediente mencionado precedentemente. Se dijo al sentenciar -voto del Dr. Royer- que "*... los integrantes del ETI quienes auxiliarán al Sr. Juez para lograr el más adecuado régimen de comunicación, o para interrumpirlo si las circunstancias así lo aconsejan*".----------

------ VII.- Y también recordó, al votar el Dr. Pasutti, lo dicho por Lidia N. Makianich de Basset, en su obra "Derecho de visitas", Edit. Hamumurabi, 1ra. Reimpresión, Bs. As., 1997, pág. 65, y la transcribió porque coincidía con sus afirmaciones. En la actualidad,

esos conceptos se mantienen vigentes y resultan más que suficientes para explicar las razones por las cuales la interlocutoria dictada por la Alzada no ha de producir un gravamen irreparable a la niña sino todo lo contrario. Es por ello que, nuevamente asimilando la situación de los padres separados al caso, es adecuado transcribirlos: *"El vínculo afectivo normalmente fluidifica el cumplimiento armónico de los derechos-deberes subjetivos familiares que se concretan con el emplazamiento, el que proporciona sujetos activos y pasivos ciertos, titulares de derechos protegidos por acciones, a las que no es necesario recurrir en el orden natural de las relaciones humanas, cuando existe en ellas una fecunda y saludable relación de afectos.*

Debe favorecerse un régimen que sea lo más amplio posible, mediante el cual se tienda a posibilitar una mejor integración de la familia disgregada, intentando con ello reparar, de algún modo, el daño evidente, aun con independencia de la voluntad del menor, que no puede ser confundida con su interés.

Es que la desunión de los padres, sustrato en que se sitúa normalmente el régimen de visitas, suele enmarañarlo en las relaciones a menudo enfermizas de sus progenitores, quienes, por sí mismos o a través de aliados, procuran muchas veces influir en el visitado" con el fin de distanciarlo del otro.

Tal situación hoy puede detectarse de manera más eficiente, dado que se observa una marcada tendencia en el Derecho occidental a oír a los menores en todos los asuntos que les conciernan, si bien sus opiniones no resultan vinculantes para el juzgador. Es que el menor no sólo carece, la más de las veces, de la objetividad y madurez de juicio para poder evaluar lo que lo

beneficia, sino que puede resultar presa fácil de las ya mentadas posibles presiones de su entorno.

La finalidad expuesta, en la medida en que atiende al equilibrado desarrollo del menor, no sólo proyecta sus beneficios dentro de la órbita de "visitador" y "visitado", sino que alcanza en mayor o menor grado a los demás integrantes de la familia, pues la disociación del vínculo paterno o materno-filial provoca, de modo habitual, perjuicios difícilmente reparables en la edad adulta. En este caso, tales daños se revierten sobre sus padres, que aun separados, deberán padecer, e intentar reparar, las secuelas producidas por una desintegración familiar etiopsicopatogénica. Sin embargo, la onda expansiva de aquellos perjuicios es mucho más amplia, pues alcanza y perturba a los grupos familiares constituidos por cada uno de los progenitores, y por ende a sus hermanos y/o hermanastros. Es por tal motivo que se ha dicho que la familia también se beneficia con el incremento del trato y contacto afectivo entre padres e hijos.

Resulta obvio afirmar que un adulto conflictuado difícilmente podrá formar una familia sana, repercutiendo su problema, en mayor o menor medida, en su propia descendencia.

Por otro lado, tampoco puede llegar a sostenerse que siempre la consolidación del vínculo afectivo con el progenitor no conviviente pondrá al menor a cubierto de problemas psicológicos de cualquier índole, mas si las relaciones son convenientes, coadyuvarán normalmente a una estructuración más saludable de su psiquismo. Lo contrario constituirá, por lo general, un agravante o una concausa que deteriorará aún más su estado psicopatológico. Por lo tanto, toda restricción o disminución de las visitas

exime al padre de demostrar los beneficios que emanan de su concesión, resultando de fundamental interés para los menores, mantener el vínculo, aunque en su edad actual no lo puedan comprender adecuadamente.".--------

------ VIII.- Otra razón de peso, para resolver que la sentencia recurrida no es definitiva, es lo que expresara el Dr. Pasutti al votar en la causa ya citada y que comparte el pleno de la Sala Civil. El Ministro citado dijo: *"Es que participo de la tendencia que procura soluciones consensuadas, mucho más efectivas que las impuestas, las que no siempre conforman a uno o a ambos progenitores, incitándolos a replantear cuestiones mediante nuevos incidentes. La jurisprudencia ha sostenido que "para resolver un tema tan espinoso -o sea el relativo al régimen de visitas- sería deseable que las partes mismas fueran quienes, considerando las necesidades y salud espiritual y física del hijo común* ***y dando muestras de madurez, elevación de miras y grandeza espiritual, resolvieran per se como un ejemplo para el hijo (que espera ante todo, soluciones de los padres, no de terceros), que le muestren que entre éstos existe comprensión y diálogo para permitir llevar adelante una buena relación paterno-filial"*** *(conf. CNCiv., Sala B, 17/5/84, "P. de S. R., G. M. C. c. S. R., F.", ED, 111-57)".* Resaltamos en negrita aspectos que nos parecen de suma importancia en el incidente planteado que hoy nos ocupa.----------

------ IX.- Finalmente debe decirse que no es definitivo el fallo, porque ningún perjuicio se causa a la menor de autos cuando se

observa que se tuvo en consideración lo que se expusiera en el voto del Dr. Pasutti en la causa "Bochatay, Carlos Alberto y Romanelli, Liliana Mónica c/ Eiskman, Mario Hugo s/ Incidente de Cesación de Régimen de Visitas" (Expte. Nº 20.173-B-2005), en el sentido de que: *"El interés del menor debe ser interpretado en el sentido más amplio posible, analizándolo con proyección a su futuro, pues es en esa etapa fundamental de la infancia y adolescencia donde se siembran, en general, los frutos que irá cosechando a lo largo de su vida y acompañarán su existencia,* ***en especial en materia de valores éticos***, ***equilibrio****, aprovechamiento y optimización de cualidades y capacidades, inserción adecuada en la sociedad****, establecimiento de vínculos afectivos sanos****; así como también, por otro lado, esas etapas de la vida resultan un caldo de cultivo para conflictos y traumas, trastornos de la personalidad y el carácter, frustraciones, inmadurez e inestabilidad, que no sólo se proyectan hacia adentro creando un ser insatisfecho e infeliz, sino también hacia afuera, hacia el entorno, imponiendo sus problemas a la sociedad y violando el código de conducta social que debe respetarse. (conf.: Lidia N. Makianich de Basset, obra "Derecho de visitas", citado precedentemnte, pág. 92).* Lo resaltado en negrita pertenece al Pleno de la Sala Civil.----------

------ Por ello, la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia:----------

---------- **R E S U E L V E** ----------

------ 1°) **DECLARAR** inadmisible la Queja de fs. 47/61 vta., no correspondiendo regular honorarios (Conf.: S.D. N° 32 y 33/S.R.E./04 y art. 2 del Dto. Ley N° 2200, modif. por Ley N° 4335).----------

------ 2°) **REGÍSTRESE**, notifíquese y por Secretaría remítanse estos actuados a la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel, para que oportunamente proceda a remitirla al Juzgado de origen, para que éste la agregue por cuerda a la causa principal.----------

Fdo. Dres. José Luis Pasutti – Dr. Fernando S.L. Royer – Dr. Daniel Luis Caneo.-

Recibida en Secretaria el 09 de Septiembre del año 2008.-

Registrada bajo el N° 73 S.R.E. Conste.-

Fdo. Carmen Velez - Secretaria