Comodoro Rivadavia, de agosto de 2009.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: ***"B., M. F. c/ G., M. B. s/ REGIMEN DE COMUNICACION", expte. Nro. 174/09,*** *venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, Rural y de Minería de Sarmiento (expte. Nro. 116/08), por haber interpuesto recurso de reposición con apelación en subsidio a fs. 82/87 la parte actora, contra la resolución de fs. 80.*

I.- *Se agravia el recurrente porque el juez rechazó por improcedente el régimen de comunicación provisorio solicitado.- Señala que si bien los padres son quienes deben aportar soluciones consensuadas, ello ha sido imposible en las dos audiencias de avenimiento fracasadas, cerrada la etapa prejudicial y una audiencia de conciliación infructuosa.- Sostiene que ve a sus hijos "robando espacio" a sus actividades en la escuela o cuando se encuentra en la calle, que desde hace dos años no comparte con ellos actividades, ni paseos, ni vacaciones, ni la mesa familiar, desnaturalizando el concepto de familia.- Cita doctrina y jurisprudencia.- Manifiesta que agravia a su parte que el magistrado se niegue a formalizar un régimen de comunicación cuando jamás se acreditó daño alguno, cuando la medida de ninguna manera entorpecería los derechos de sus hijos.- Agrega que el tiempo es tirano y no se recupera, causando un grave perjuicio la resolución que se cuestiona toda vez que el régimen de visita podría ser variado, acotado o suprimido si con ello se demuestra que les ocasiona algún daño.- Finalmente se queja porque desde el inicio ha solicitado una medida de*

protección de los mismos que quedaron entrampados en una conflictiva relación conyugal y posterior divorcio, solicitando toda ayuda profesional que la madre niega y rechaza, desconociendo que los menores son sujetos de derecho amparados por la Ley 26.061 las que establece pautas que atienden al interés superior entendido como la satisfacción integral de sus derechos, respetando el ejercicio de las relaciones paterno-filiales colocando un límite a las decisiones discrecionales de la madre.-

Para resolver ésta cuestión, se deja constancia que conforme las disposiciones del art. 130 de la Ley III N° 21, se han celebrado audiencias, en la que se ha tomado contacto personal con los adolescentes y los progenitores (fs. 106).

Corrida vista a la Asesora de Familia e Incapaces se expide a fs. 108 y vta., considerando que debe rechazarse el recurso, toda vez que la causa se encuentra en trámite, debiendo contarse para resolver las cuestiones expuestas, con el informe que elaborarán las profesionales intervinientes del Equipo Técnico Interdisciplinario y con las restantes pruebas ofrecidas por las partes.

II.- *En primer lugar, no podemos dejar de señalar que la medida cautelar que nos ocupa se inserta en un proceso de separación conflictivo y destructivo en el cual los adultos involucrados no han logrado distinguir entre los roles de esposo/esposa y padre/madre. Una cosa es la desunión de la pareja y otra la inmutabilidad de la pareja parental.*

Aparece, entonces, una contradicción, pues la relación que se desune se mantiene unida –a través del litigio- y aquella que debería permanecer inalterable, la coparentalidad, se desintegra por el

accionar de los padres que consciente o inconscientemente toman como rehenes a los niños en el conflicto matrimonial, sin darse cuenta de la necesidad y el deber de mantener esa coparentalidad a pesar de la ruptura de la convivencia y de los motivos que la provocaron.

Hecha esta aclaración se ha de señalar que sin negar el derecho que los padres tienen respecto de sus hijos menores de edad, a solicitar la comunicación o contacto con sus hijos, el denominado régimen de visita o derecho de comunicación, es fundamentalmente, un derecho del niño y como tal, debe ser analizado.

Partiendo de tal premisa, corresponde remarcar que rige en el caso, el artículo 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Dicha norma establece que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"; asimismo en su art. 12.1 dice: "Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y maduración".

En tal orden de ideas, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, que la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del

niño sujeto de derecho de los intereses de los otros sujetos de derecho incluso llegado el caso, de los padres. Pues el niño es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir con o no, pero no se reducen a los de sus mayores (del voto de los Señores Ministros Dres. Carlos Fayt, Raúl Zaffaroni y Carmen Argibay . citados en: CSN 13/03/2007. Fallos 330:642. A.F La Ley 2007-B-686).

La ley 26061 avanza en su definición conceptual al establecer en su artículo 3 señala que se entiende por interés superior: "A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;..."- Más adelante una consagra expresamente el derecho a opinar y ser oído, destacando nuevamente la necesidad de que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo (art. 24, inc. b). Finalmente, entre los derechos y garantías mínimas del procedimiento, se indica que su opinión debe ser tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte (art. 27, inc. b). En similar sentido, se pronuncia la legislación provincial (art. 14, 28 inciso e, 70 inc. f de la ley III N° 21).

Es decir, las normas específicas remarcan la obligación de tomar en cuenta la opinión el "querer interno" de la niña, niño o niños involucrados. Es que, sería un contrasentido escucharlos si luego su voluntad no es tomada en cuenta o es minimizado al

momento de decidir.

En este contexto, asume trascendencia en la cuestión sometida a debate la voluntad de los niños.- Es decir, la pretensión del padre de mantener el contacto con sus hijos no puede ser resuelta a espaldas de lo que ellos quieren. Por lo tanto, garantizar el derecho a ser oído de los niños nos lleva a averiguar, inexorablemente, su voluntad y querer interno.-

Los adolescentes han sido escuchados en autos, en las audiencias de fs. 71 y vta. y 106.

En forma directa y personal, primero E. expresó que en estos últimos tiempos no se han estado viendo con su padre (un mes, dos meses), que el padre no lo llama ni él tampoco. Señala que en Navidad y Año Nuevo fueron a visitarlos a la casa de sus abuelos y el "ni feliz Navidad, nada y en Año nuevo no estaba" (sic); que después de Navidad no tuvieron ningún tipo de acercamiento. Manifiesta que ellos a veces buscan acercarse y que su madre les dice que vayan a visitarlo, pero a veces no tienen ganas.- Luego fue entrevistado I. quien manifiesta que la relación con su padre es mala; que hace mucho que no lo ve ni lo llama.- Afirma que el padre no les habla ni los llama.- La última vez que lo vieron, señala que fue "el veinticinco nosotros fuimos a la casa de los abuelos y el entró y no nos saludó" (sic).- Que la relación de él con la madre es buena y que ella les dijo para el día del padre que vayan a visitarlo, pero que después no los obliga.-

Lo expresado por los adolescentes coincide con lo manifestado en la audiencia celebrada en la Alzada.

Estas opiniones demuestran que existe un quiebre en la relación entre el padre y los adolescentes. Ambos manifiestan que hace tiempo no tienen contacto con su padre. Marcan como hecho importante lo sucedido el día 25 de diciembre.- Expresan, además, que el padre no les habla, no los llama.

Por lo expuesto, es razonable la opinión de la Asesora, es decir que el régimen de comunicación debe ser fijado –aun provisoriamente- a partir de los informes de los equipos técnicos. Este fundamento, ensamblado con el expresado por el juez de grado, existencia efectiva de contacto del padre impiden la revisión que se solicita.

Resultaría prematuro y hasta podría ser nocivo obligar a adolescente después de no verse en meses con el progenitor y de lo acontecido el 25 de diciembre a que acepten reunirse con su padre, porque ahora sí este último desea mantener contacto. De procederse así, sí privilegiaría a la biología por sobre las relaciones vinculares que han servido de sustento para la conformación de la estructura psicosocial de los adolescentes lo que podría ser perjudicial a su interés superior.

En consecuencia y por los fundamentos expuestos, corresponde confirmar la resolución de fs. 80 y vta.

***III.-** Las costas de la Alzada a cargo de el recurrente vencido, procediéndose a regular los honorarios de los profesionales intervinientes de acuerdo a la ley arancelaria arts. 5 a 9 y 13 de la Ley XIII N° 4.*

*Por ello, la **Sala A** de la Cámara de*

Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1) *Confirmar la resolución de fs. 80 y vta.*

2) *Costas de la Alzada a la recurrente vencida, regulando los honorarios profesionales de los Dres. M. A. C. y N. T. P., conjuntamente, en el 25% de lo que correspondiere en la instancia de grado.*

3) *Regístrese, notifíquese y devuélvase.*

REGISTRADA BAJO EL N°121 DEL AÑO 2009
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS