--- Trelew, de julio de 2014.-

--- **Y VISTOS**: La resolución de fs. 13, el recurso de apelación de fs. 14, concedido en relación y con efecto suspensivo a fs. 15, el memorial de agravios de fs. 16/20, y ----------

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

--- **I.-** Que la jueza "a quo" por la resolución de fs. 13 rechazó en forma liminar la demanda de régimen de comunicación y la medida cautelar solicitada por el actor, considerando la condena que cumple y lo previsto por los arts. 12 del Código Penal y 309 del Código Civil, así como la guarda asistencial, sin representación, que tramitaba la demandada.----------

--- **II.-** Contra esta decisión se alzó a fs. 14 el actor, y concedido que fue el recurso a fs. 15 lo fundó con el memorial de agravios de fs. 16/20.----------

--- En lo pertinente, el recurrente indicó como agravios que: la aplicación de las normas –cuya constitucionalidad también cuestionó– impide a su parte ejercer la autoridad parental y al menor ejercer su derecho de contacto con el progenitor; su parte ha evidenciado que, conforme a la causa nº 418/2011 que invocó, desde hace más de tres años ejerce su derecho-deber parental; el concepto actual de patria potestad se vislumbra con la mira puesta en el interés superior del niño; de mantenerse la decisión se perjudica indirectamente al menor por la pena accesoria aplicada al progenitor en forma contraria al art. 111 de la Constitución Nacional; el art. 309 del Código Civil no responde al principio de protección integral de la familia inserto en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Sobre esta base solicitó que se revoque la resolución de grado declarando inconstitucionales los arts. 12 del Código Penal y 309 del Código Civil.--------

--- En cuanto a la legitimación de la demandada, afirmó que la propia A. manifestó en la audiencia producida en la Alzada en la causa nº 316/2012 que ejerce la custodia del menor por no encontrarse la madre en el país, y por ello es, según asumió, la que impide el contacto paterno-filial. Agregó que entenderlo de otro modo implicaría reconocer que el menor no tiene representante en el país. Consecuente, pidió que se revoque la decisión en este punto también.----------

--- Formuló "reserva" del caso federal.----------

--- **III.-** A fs. 26 el Asesor de Familia e Incapaces evacuó la vista conferida. En lo conducente indicó que la suspensión del ejercicio de la patria potestad no responde a un reproche por su rol paterno, sino a una disposición legal represiva; agregó que debe considerarse la flexibilización del instituto en mira a conformar el vínculo del menor con su progenitor y su identidad dinámica; la causal invocada por la jueza de grado no se planteó en sede jurisdiccional y no fue esgrimida por su ministerio. Sobre esta base consideró admisible habilitar la instancia judicial, que entiende redunda en beneficio de su representado.----------

--- También se expidió sobre la cautelar solicitada, y por las razones que indicó sostuvo que no puede ser despachada favorablemente.----------

--- **IV.-** Así planteado el caso, corresponderá revocar la resolución de fs. 13, ordenar la

debida integración de la litis y la intervención del Ministerio Pupilar, por las siguientes razones.----------

--- En rigor, la jueza de grado rechazó "in limine" la demanda de fs. 4/9vta. básicamente por dos razones: la suspensión la patria potestad por la condena penal vigente del actor, y la guarda con fines asistenciales (pendiente al momento de la decisión que se examina) que ejercería la persona contra quien se dirige la demanda.----------

--- 1.- Al respecto, como previo debe tenerse presente que la facultad judicial que permite rechazar una demanda por improponibilidad objetiva es de aplicación restrictiva, pues con ella se compromete el derecho de acción estrechamente vinculado al derecho constitucional de petición (doc. art. 340, C.P.C.C.; conf. CNCiv., Sala B, 20/10/1981, ED. 97-442; así: López Mesa ~ Rosales Cuello, "Código procesal civil y comercial de la Nación", AAVV, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, T. III, p. 722; Palacio, "Derecho procesal civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, T. IV, p. 239). Y no se advierten razones para apartarse de este criterio en el caso concreto.----------

--- 2.- En cuanto a la situación del actor, debe considerarse que la disposición del art. 12 del Código Penal es eminentemente tuitiva (C.S.J.N., Fallos 323:452), y responde al dato objetivo de que las condenas superiores a tres años conllevan una capacidad restringida de hecho para ejercer la patria potestad y para administrar y disponer del patrimonio por actos entre vivos (conf. C.S.J.N., Fallos 323:452, 323:1531; también así, nuestro S.T.Chubut, 10/02/2010, en La Ley Online, AR/JUR/6509/2010; y esta Sala en la C. 374/13, S.I.F. nº 29 de 2013). Sin embargo, de ello no puede seguirse necesariamente, sin más, la pérdida o la imposibilidad absoluta de ejercer todos o cada uno de los derechos-deberes derivados de la patria potestad previstos en beneficio del menor (doc. arts. 307 a 310 del Código Civil).----------

--- De modo que la invocada suspensión de la patria potestad en abstracto sin que se hubiera trabado la litis, y por ende sin que se hubiera acotado la plataforma fáctica de discusión posible para el eventual régimen de comunicación paterno-filial en cuestión (a la sazón, uno de los aspectos en que se traduce el derecho natural surgido de la paternidad), resulta una prematura y limitada lectura del caso sin considerar todos los intereses involucrados.----------

--- Es que siendo el objeto de autos –precisamente– un régimen de comunicación (art. 264, inc. 2º, Código Civil; conf. López Mesa, "Código Civil Anotado con Jurisprudencia", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 182, nº 7), involucra como tal dos centros de interés, y uno de ellos: el del niño, es de valoración preferente (art. 3.1, C.I.D.N.; art. 3º, Ley 26.061; art. 6º, Ley III nº 21). Razón por la cual, en rigor, en el trámite de la causa judicial debió procurarse aquello que resulte de mayor beneficio para el menor (conf. C.I.D.H., 27/04/2012, "Fornerón", Serie c-242, Punto Resolutivo nº 49; C.S.J.N., 10/02/2008, Fallos 331:147, del Dictamen del Procurador al que remitió el Tribunal; también, S.T.Chubut, S.D. 02/S.E.R./2010, y esta Sala en la C. 142/11, S.I.F. nº 16 de

2011). Y ello no parece ser lo que se logra con la resolución de fs. 13, en tanto que al rechazar la acción no se favorece –en forma conveniente– esa determinación de lo "beneficioso" en concreto para el menor de autos (doc. art. 307, inc. 3º, Código Civil; art. 9.3, C.I.D.N.; art. 29, Ley 26.061 y conc. de la Ley III nº 21).----------

--- Por lo tanto, corresponderá revocar la resolución de fs. 13 para admitir el trámite del proceso a fin de establecer si la pretensión de comunicación en cuestión es posible y adecuada para la seguridad, la salud física o psíquica, y la moralidad del menor J., considerando –fundamentalmente– sus circunstancias bio-sociales, y, también, los hechos alegados (siempre que resulten debidamente acreditados) por el padre condenado penalmente.----------

--- 3.- En función de la forma en que se resuelve lo anterior, no corresponde expedirse sobre la constitucionalidad de los arts. 12 del Código Penal y 309 del Código Civil.--------

--- 4.- En relación con la segunda cuestión planteada, esto es, la pretendida legitimación pasiva de la Sra. A. (abuela materna del menor), cabe tener presente que finalmente le ha sido diferida la guarda "asistencial" de J. a fs. 50/51 del expediente nº 72/2013 (que corre por cuerda al presente), y por ello, para encauzar el presente caso, habrá de disponerse lo necesario para una debida integración de la litis con el representante legal y necesario del menor J. (arts. 57, inc. 2º, 264, inc. 5º, y 274 del Código Civil), así como con el Ministerio Pupilar (arts. 59 y 491, Código cit.; conf. C.S.J.N., Fallos 321:985; esta Sala en la C. 100/12, S.I.C. nº 17 de 2012).----------

--- **IV.-** Por la forma en que se resuelve el presente, las costas se impondrán en el orden causado (art. 70, C.P.C.C.). En consecuencia, no corresponde regular honorarios al abogado de la Defensoría Pública Civil interviniente (art. 59, Ley V nº 90).----------

--- Por ello, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew; **RESUELVE**: ----------

--- Revocar la resolución de fs. 13 y disponer que en la instancia de grado se continúe con el trámite, se disponga la integración de la litis con el representante legal y necesario del menor, y con el Ministerio Pupilar.----------

--- Imponer las costas en el orden causado.----------

--- Sin regular honorarios en virtud del art. 59 de la Ley V nº 90.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

CARLOS A. VELAZQUEZ
PRESIDENTE

MARCELO J. LOPEZ MESA
JUEZ DE CAMARA

NATALIA L. SPOTURNO
JUEZ DE CAMARA

REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2014 – SIF. Conste.-

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO