000157/2017

Comodoro Rivadavia, de agosto de 2017.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"ASESORIA DE FAMILIA (L.G. I.) s/ MEDIDA DE PROTECCION (Legajo de Copias art. 252 inc. 2° CPr.)" Expte. N° 157/2017,** venidos del Juzgado de Familia N° 1 (Expte. N° 641/2014).

I.- Llegan las presentes actuaciones a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 164 de este legajo de copias por el Sr. L. E. I. B. contra la sentencia interlocutoria N° 09/2017 de fs. 154/155.

De las constancias obrantes en el presente legajo, surge que a fs. 54/67 el 05/09/2016, se dictó sentencia definitiva por la que se declaró en relación al niño L. G. I. su estado de adoptabilidad y la extinción de la responsabilidad parental privando a los señores B. N. S. y J. L. E. I. B. de su titularidad y ejercicio respecto del niño. Se decretó provisionalmente y por el término de noventa días la prohibición de acceso y acercamiento, como así también de comunicaciones telefónicas y electrónicas de los señores S. e I. hacia los señores M. y M., familia de acogimiento del niño.

La decisión no fue recurrida por los progenitores.

A fs. 144 el 30/11/2016 el Sr. I. B., mediante apoderada, peticiona se disponga un régimen de comunicación paterno filial con el niño, incondicionada en relación a la modalidad de contacto

paterno filial, por lo que solicita se determine la modalidad de vinculación que mejor consulte el interés del niño. Peticiona se ordene la intervención del Servicio de Protección de Derechos de la Niñez, la Adolescencia y la Familia a fin de que lo entrevisten y se expidan en relación a la modalidad de contacto más adecuada al interés del niño e informen los días, el horario y el lugar en los que se desarrollará la vinculación paterno filial.

La Sra. Asesora de Familia contesta la vista conferida en fs. 147/147vta. y concluye que siendo que el progenitor ha sido privado de su responsabilidad parental como consecuencia de la declaración de adoptabilidad dictada y que el régimen de comunicación es una derivación del ejercicio de dicha responsabilidad parental, entiende que deberá rechazarse in límine la petición de implementar un régimen de comunicación.

Mediante sentencia interlocutoria N° 09/2017 glosada a fs. 154/155vta. la Sra. Jueza de grado resuelve rechazar el pedido del régimen de comunicación.

Valora la declaración del infante en situación de adoptabilidad como así también la extinción de la responsabilidad parental de sus progenitores. Cita doctrina y art. 610 del Código Civil y Comercial que establece que la privación de la responsabilidad parental equivale a la declaración judicial en situación de adoptabilidad.

Señala que toda vez que la declaración de adoptabilidad de un hijo, importa la extinción de la responsabilidad parental, implicando por tanto, la extinción de los deberes y derechos que emanan de dicha

institución en beneficio exclusivo del niño, es que corresponde rechazar la petición efectuada por I. B. y no hace lugar al régimen de comunicación solicitado en relación al niño L. G.. Tiene presente a fin de resolver, la inexistencia previa de vínculo afectivo paterno filial, la ausencia total de relación desde el mismo momento de su nacimiento, entre el infante y su progenitor.

Contra dicha resolución el recurrente interpone recurso de apelación. En su memorial de fs. 166/172 peticiona se revoque la sentencia y se disponga la implementación de un régimen de comunicación paterno filial, bajo la modalidad que mejor consulte el interés superior del niño. Con esta finalidad solicita se ordene que en la primera instancia se disponga la intervención del Servicio de Protección de los Derechos de la Niñez, la Adolescencia y la Familia a fin de que lo entrevisten y se expidan en relación a la modalidad de contacto más adecuada al interés del niño e informen los días, horarios y lugar en los que se desarrollará la vinculación paterno filial.

Precisa como agravios los siguientes: 1) *Arbitrariedad de la sentencia derivada de la errónea aplicación del derecho vigente*. Se agravia por cuanto la magistrada invoca por un lado como fundamento el art. 2 y por otro efectúa una interpretación aislada de los arts. 600, 700 inc. d) y 704 del Código Civil y Comercial, concluyendo que el Sr. I. y su hijo han perdido su derecho al contacto paterno filial. Aparece forzada la interpretación del art. 704 pues la norma solo menciona que los alimentos a cargo de los

progenitores susbsiten durante la privación y suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, previsión que no autoriza a deducir con carácter de verdad la insubsistencia del derecho al contacto paterno filial. La conclusión se halla reñida con la norma contenida en el art. 627 inc. b) que regula los efectos de la adopción simple y que dispone que la familia de origen tiene derecho de comunicación con el adoptado, excepto que sea contrario al interés superior del niño.

Se omite interpretar las normas que invoca de un modo coherente con todo el ordenamiento jurídico, por lo que la sentencia no resulta derivación razonada del derecho vigente. El derecho del contacto paterno filial no reconoce su causa fuente en la titularidad ni en el ejercicio de la responsabilidad parental sino en el vínculo jurídico filiatorio el que no resulta extinguido por la declaración de situación de adoptabilidad del niño.

La sentencia se erige en violatoria de la normativa nacional, constitucional y convencional aplicable al caso que la sentenciante invoca como fundamento de su decisión.

Toda legislación respetuosa de los derechos humanos de las personas menores de edad debe partir de la premisa de reconocer que el niño tiene derecho a mantener contacto y comunicación con su familia de origen y el Estado la obligación de garantizar la efectividad de este derecho.

2) *Arbitrariedad de la sentencia derivada de su motivación aparente.* Afirma que la resolución no resulta una derivación razonada de los

hechos de la causa y es una falacia respecto de la ausencia de relación paterno filial que impida determinar un régimen de comunicación. No se explicita de qué manera la privación del contacto paterno filial podría consultar el mejor interés del niño. El contacto materno filial reviste el carácter de inalienable e irrenunciable. No surge del contenido de la resolución cuál es el beneficio que la decisión adoptada aportaría al niño y en qué medida ella implicaría la satisfacción de su superior interés.

Concluye que en tanto la aparente motivación de la sentencia no logra explicitar de qué manera cierta y concreta el contacto paterno filial solicitado resultaría hábil para perjudicar el interés superior del niño, por lo que la sentencia debe ser revocada. Formula reserva del Caso Federal. Peticiona se revoque la resolución apelada.

A fs. 184/187vta. contesta la vista conferida la Sra. Asesora de Familia, quien luego de relatar antecedentes del proceso entiende que el derecho a mantener comunicación del niño con su familia de origen tiene su fundamento en conservar relaciones familiares saludables y mantener la comunicación con sus padres, por lo que se deberá tener en cuenta a la hora de resolver es qué relación familiar unió al niño con su progenitor, por lo que resulta imprescindible analizar las actuaciones desarrolladas en la instancia de origen como así también recurrir al auxilio interdisciplinario, dando intervención al Equipo Técnico Interdisciplinario a in de que se expida con

relación a la implementación del régimen de comunicación solicitado.

II.- Así sintetizados los antecedentes de la cuestión traída a resolver, se procederá al análisis de los agravios vertidos.

Endilga el recurrente en su primer agravio errónea interpretación de la normativa vigente y en este sentido le asiste razón. Ello, teniendo en cuenta que nos encontramos en un proceso donde se ha declarado el estado de adoptabilidad de un niño y la extinción de la responsabilidad parental de sus progenitores, presupuesto que constituye la procedencia de la guarda con fines de adopción y posteriormente la adopción, y esto no trae aparejado como lógica consecuencia que no se pueda establecer un régimen de comunicación.

El Código Civil y Comercial determina tres tipos adoptivos, plena simple y de integración, sin jerarquía entre ellos y que cada uno está destinado a situaciones fácticas diferentes. Se faculta al magistrado a escoger aquel sistema que mejor se adapte a la realidad del sujeto adoptado, atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño. Se posibilita que una adopción plena deje subsistente el vínculo jurídico con alguno o varios miembros de la familia de origen o que la adopción simple pueda crear vínculos con familiares del adoptante. En este último caso la familia de origen tiene derecho de comunicación con el adoptado, excepto que sea contrario al interés superior del niño (Kemelmajer de Carlucci – Herrera –

Lloveras: “Tratado de Derecho de Familia” T V-B p. 220 a 222 Rubinzal Culzoni 2016).

Si bien no existe constancia de los trámites posteriores al dictado de la sentencia definitiva N° 122/2016 de fs. 54/67, no podemos soslayar que se declaró el estado de adoptabilidad del niño y la extinción de responsabilidad parental respecto de sus progenitores.

Ante todo debe destacarse que en la sentencia de grado obrante a fs. 558/571, como así también en la que es aquí objeto de apelación de fs. 661/663, se hace alusión alternativamente tanto a la “extinción” como a la “privación” de la responsabilidad parental, cuando son términos que definen institutos distintos.

De hecho, y como surge del inciso 2° de la parte resolutiva de la primera de las mismas, se declara allí la “extinción” de la responsabilidad parental, lo que luce a todas vistas como incorrecto, desde que la declaración del estado de adoptabilidad que la precede no se encuentra comprendida en las causales previstas en el art. 699 del ordenamiento de fondo.

Luego corresponde, en mérito al principio *iura novit curia* atender a dicha imprecisión ya que la declaración del estado de adoptabilidad equivale en realidad a la “privación” de la responsabilidad parental (art. 610 y art. 700 inc. d) CCyC), y no a la extinción.

Ello no es menor en virtud de los

efectos que de ésta última se derivan, y particularmente la incidencia que poseen los mismos para la solución del caso en análisis.

Es que, en efecto, la privación de la responsabilidad parental opera como una sanción a las conductas de los progenitores, y la misma siempre debe tener en miras el mejor interés del hijo. En este sentido la doctrina expresa que si se juzgara que la privación de la responsabilidad parental es una sanción por la cual el padre pierde los derechos debido a su inconducta y no una medida destinada a la protección del hijo, se estaría penando al padre, junto al hijo, por lo que no sería posible de sostener esa interpretación, a la luz de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se trata de un recurso extremo previsto en el ordenamiento jurídico, por medio del cual los padres no podrán ejercer sus derechos-deberes derivados del a patria potestad (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora: "Tratado de derecho de familia según el código civil y comercial de 2014", T IV, p. 398/399 Rubinzal Culzoni 2014).

Debe tenerse presente asimismo que 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".

Doctrina calificada ha expresado

asimismo que: “La voluntad o deseo de los progenitores o sus sustitutos debe ceder ante lo que resulta más conveniente para el niño o el adolescente, persona a la cual afectará la decisión jurisdiccional (Grossman: El derecho infraconstitucional y los Derechos del Niño, ps. 326 y ss).

Tal como expresa la Sra. Asesora de Familia, el fundamento del derecho a mantener comunicación del niño con su familia de origen, radica en conservar relaciones familiares saludables, que no se vislumbra cuáles serían en el caso de autos.

De los antecedentes obrantes en el proceso principal y dando así respuesta también al segundo agravio, no surge que haya existido vinculación afectiva del recurrente con su hijo desde su nacimiento ni vínculos que restablecer, precisamente porque los mismos no existieron, por lo que no resulta factible en esta oportunidad, establecer un régimen de comunicación entre L. G. y su padre.

Los conflictos donde se encuentren en juego el interés superior de un niño con otras personas incluso sus progenitores, tienen que resolverse caso por caso y teniendo en cuenta que el derecho del niño tiene máxima prioridad. “Se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño (conf. Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013), cit. Párr. 39). Es que en este aspecto, el principio *favor minoris*, con expresa recepción en los artículos 3° y 5° de la ley 26.061, conforme al cual ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de los menores, en oposición a otros derechos e intereses igualmente

legítimos, han de prevalecer los primeros, adquiere una mayor preponderancia objetiva, en tanto el principio de precaución exige valorar primordialmente los riesgos, daños futuros y otras consecuencias de la decisión, en la seguridad de los niños" (SCJBA, 16-03-16, voto Dr. Pettigiani).

De las constancias de los autos principales Expte. N° 641/2014, surge la falta de contacto paterno filial desde el nacimiento mismo de L. G. (fs. 7/8, 34/35, 154/156, 507) y del legajo de investigación Fiscal Caso 58.598 (6690) dan cuenta de la violencia de la que fue víctima la Sra. S. por parte del recurrente, cuando se encontraba en el sexto mes de gestación.

Por los fundamentos expuestos y siendo que el factor tiempo adquiere en este caso particular una relevancia importante, atento la edad del niño tres años y tres meses de edad-, que no conoce a su progenitor y que no resulta adecuado que pretenda recién en esta etapa y luego de transcurrido más de dos años del inicio del proceso (fs. 524) obtener un régimen de comunicación con su hijo, en beneficio del bienestar y desarrollo integral de L. G., corresponde desestimar los agravios vertidos.

III.- Las costas de esta instancia se imponen al recurrente vencido (arts. 69 y 70 CPr.). Los honorarios de la letrada interviniente se regularán teniendo en cuenta la naturaleza incidental del proceso, labor desarrollada y éxito obtenido, y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados (arts.

5 a 7, 13, 32, 46 y ss Ley XIII N° 4 y N° 15 Digesto Jurídico).

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia, **R E S U E L V E**:

1) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Sr. L. E. I. B. a fs. 164.

2) Imponer las costas de esta instancia al recurrente vencido. Regular los honorarios profesionales de la Dra. María Candela Recio, Defensora Pública, en la suma de dinero equivalente a cuatro (4) JUS.

3) Tener por formulada reserva del Caso Federal a fs. 171vta.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara por encontrarse en uso de licencia la Sra. Jueza de Cámara Dra. María Fernanda Zanatta y existir concordancia en la solución del caso (Ley V N° 17 Digesto Jurídico Chubut).

GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO
JUEZA DE CAMARA

RICARDO RUBEN E. HAYES
PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2017
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS

MARIA MAGDALENA CONSTANZO

SECRETARIA DE CAMARA