



Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Dolores.

Belgrano N° 160 - 7100 Dolores (Bs. As.)- Tel-Fax: (02245) 441592 / 441990 / 446343

Pagina web: www.colabdol.com.ar E mail: colabdol@speedy.com.ar

CIRCULAR N° 1723/10

Dolores, 13 de agosto de 2010.-

REF: “ Régimen de visitas a favor de la tía – Fallo Cámara Civ. y Com. de Dolores. Interés superior del niño. Restitución del menor. Vicios procesales graves. Facultades ordenatorias e instructorias del juzgador ”.-

En la ciudad de Dolores, a los trece días del mes de julio del año dos mil diez, reunida la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, en Acuerdo Ordinario, con el objeto de dictar sentencia en causa N° **89.341**, caratulada: “**V. J.O. C/ F. M.L. S/ TENENCIA Y REGIMEN DE VISITAS**”, habiendo resultado del pertinente sorteo (arts. 263 del CPCC; 168 de la Constitución Provincial), que los Señores Jueces debían votar según el siguiente orden: Doctores María R. Dabadie, Silvana Regina Canale y Francisco Agustín Hankovits.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1a. ¿Es justa la sentencia apelada?

2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA DOCTORA DABADIE DIJO:

I. Habiéndose concedido a fs. 292 el recurso de apelación deducido contra la sentencia de fs. 280/282 vta. y su aclaratoria de fs. 284, en relación cuando debió serlo libremente, así se lo declara. Encontrándose expresados los agravios que aquella le causa a la demandada recurrente (fs. 293/294 vta.) resultaron respondidos a fs. 296/297, teniéndoselo por sustanciado en debida forma. Corresponde en virtud de los principios de celeridad y economía procesal que me avoque a su tratamiento (arts. 242, 243, 271 del CPCC).

A fin de dar cumplimiento con la normativa vigente en materia de menores como medida para mejor proveer se tomó contacto con el niño J.M.V., en presencia del Ministerio Pupilar, dando así cumplimiento con la normativa vigente; de lo que da cuenta el acta de fs. 315 (arts. 75 incs. 22 y 23 CN; 12 CDN ley 23.849; 1, 3, 4 inc. b ley 13.928).

II. Sabido es que la jurisdicción de Alzada se abre en función del recurso de apelación concedido (SCBA, 2/9/80), “Reseña”, 1980, p. 249, n° 614), radicada la causa ante esta instancia se inicia su conocimiento por el Tribunal integrado en debida forma.

Así le corresponden un conjunto de deberes, facultades y limitaciones que van desde el examen de la admisibilidad del recurso que fuera concedido en la primera instancia, hasta pronunciarse sobre el fondo de la cuestión (arts. 254, 272 CPCC).

Si bien la Alzada está limitada por los agravios del quejoso, no cabe duda que este principio general cede en ciertas circunstancias, pese a que el Tribunal sólo debe actuar dentro de los carriles del recurso, la apelación sobre el fondo no impide revisar los presupuestos procesales. Aunque el vencedor nada diga y aún cuando el inferior haya concedido dicho medio, pues en definitiva el juez del recurso es el superior, quien no queda vinculado sobre el pronunciamiento de admisibilidad que haya cumplido el *a-quo* (HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos ordinarios*, 2da. ed., págs. 413 y ss, Ed. Librería Editora Platense, Bs. As., 2004).

No cabe duda y así lo viene haciendo este Tribunal, que esta instancia se encuentra facultada para revisar officiosamente y en forma previa al examen de fundabilidad del recurso, su admisibilidad.

Por otra parte la Suprema Corte de Justicia local tiene dicho que “nada obsta a que la Alzada trate la legitimación del apelante antes de considerar sus agravios, en atención al carácter excluyente que la solución podría alcanzar respecto de éstos” (SCBA, L. 30.254. Ac. 76.326 del 14-5-2003).

Por último se debe destacar que la Cámara tiene amplias libertades para inspeccionar de oficio los presupuestos procesales, y por tal motivo, no queda vinculada, ni por el juicio de admisibilidad del inferior ni por el consentimiento expreso o tácito de los litigantes (SCBA, Ac. 29.282, DJBA, v. 120, p. 229 del 24-4-1981).

Siguiendo este sendero se debe decir que el recurso de apelación deducido a fs. 291, resulta inadmisibile y como tal ha sido mal concedido en tanto la demandada Mariela Luján Flores carece de legitimación pasiva para ser parte con interés legítimo en este proceso de tenencia de hijo menor, pues resulta ser tía por vía materna y guardadora provisoria del menor J.M.V., conforme lo decidido a fs. 142/147 del expte. 333/06 caratulados “Denuncia s/ menor es riesgo” que tramitó por ante el mismo Juzgado de Paz Letrado de Gral. Belgrano, la que tengo a la vista.

Para sostener que la señora M.L.F. carece de legitimación pasiva para recurrir, tengo en consideración que la tenencia del hijo se conecta en forma directa con el sistema de ejercicio de la patria potestad; cuando frente a la separación, el divorcio, la nulidad del matrimonio, la separación de hecho o la no convivencia de los padres extramatrimoniales, la tenencia es atribuida a uno de los progenitores, éste ejerce la patria potestad a tenor del art. 264 incs. 2º y 5º del Cód. Civil.

En consecuencia, la patria potestad o responsabilidad parental pasa a ser ejercida por el padre o la madre que ejerza legalmente la tenencia. En este sendero se advierte que la atribución de la tenencia es legal y sólo involucra los conflictos que se generen entre los progenitores respecto de la misma, únicos legitimados activa y pasivamente para ser las partes de la acción; sobretodo cuando se ha conculcado el derecho constitucional de defensa en juicio de la progenitora (arts. 18 CN y 15 C. Prov.; 90 inc. 6, 206, 231, 264, 265, 271, 275, 276 y concs. del Cód. Civ.).

Al conferirse la tenencia, sea de hecho o en forma judicial, a uno de los progenitores se originan efectos y consecuencias jurídicas, tanto para el titular de la misma como para el otro progenitor. El que la ejerce podrá realizar todos los actos y resolver todas las situaciones vinculadas a sus hijos -crianza, control, corrección y representación (arts. 264 *quater* y 1114 Cód. Civ.). El progenitor que no la ejerce tendrá las cargas y obligaciones respecto de sus hijos (art. 206 últ. parte Cód. cit), alimentarlos (art. 271), educarlos y mantener la adecuada comunicación, ejercitar el derecho de visita (art. 264 inc. 2). (Perrino, Jorge Oscar, *Derecho de Familia*, T. II, pág. 1180/1181, Ed. Lexis Nexis).

La tenencia es el derecho preferente a ejercer la guarda del menor por uno de los padres, cuando se ha producido la situación de desavenencia entre los progenitores, que se concreta en la convivencia con el hijo. Es uno de los supuestos en que se produce el desmembramiento de la patria potestad (D'ANTONIO, Daniel H., *Patria potestad*, en *Derecho de Familia*, pág. 249, Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 1991).

He de concluir diciendo que el recurso de apelación deducido a fs. 291 resulta mal concedido en virtud de lo normado por los arts. 206 y 264 incs. 2º y 5º del Código Civil, razón por la que la intervención de este Tribunal deviene inoficiosa.

III. Sin perjuicio de lo dicho, ante la acción impetrada por el padre del menor que rotulara “Tenencia y Régimen de Visitas” (fs. 2/3) la titular del Juzgado interviniente en forma previa a conferir traslado de la acción debió haber realizado un análisis formal de la misma, para tomar uno de los caminos que ante la evidente falta de legitimación en la persona de la demandada se le mostraban. Me refiero a que bien pudo haber rechazado la acción *in limine* o en ejercicio de sus facultades ordenatorias e instructorias pudo haberla enderezado; en cuanto a la legitimación era posible ordenar que se trabara la *litis* con la progenitora contra la que ya se había deducido demanda, encontrándose en trámite la causa caratulada “V. J. O. c/ F. M. K. s/ TENENCIA y REGIMEN DE VISITAS” (Expte. 11/06), que en forma inexplicable quedó frustrada por falta de impulso procesal (arts. 36 y 336 CPCC).

Aunque lo más aconsejable era tramitar la pretensión con la demandada en carácter de guardadora provisoria del menor, pero no como tenencia sino como “restitución del menor”; más nada de esto hizo la *iudex a-quo*; permitió que se tramitara todo un proceso durante más de dos años en el que se encuentra involucrado el interés superior de un menor de edad por carriles erróneos y con vicios procesales ostensibles, como por ejemplo haber pronunciado decisión definitiva sin cumplir con la manda de escucha del menor, sin la convocatoria de la madre biológica por sí o por medio de curador *ad litem* ante el diagnóstico denunciado y sin que mediara la orden que llama autos para dictar sentencia (arts. 12 de la CDN; 481, 482, 495 CPCC).

Sin perjuicio de tal inacción judicial, la cuestión pudo haberse subsanado al tiempo de dictar la sentencia de mérito por medio del brocardico *iura novit curia*, pero nuevamente la sentenciante inadvirtió la existencia de falta de legitimación en la persona de la demandada (CHIOVENDA, *Ensayos*, I, pág. 282; ALSINA, *Tratado*, I, pág. 355, nota 56).

No obstante ello los argumentos dados para disponer la entrega del menor a su progenitor, téngase en consideración que el niño fue debidamente reconocido por el aquí actor conforme emana de la partida de nacimiento de fs. 117 del Expte. 333/06 que corre por cuerda separada, que realizara la Dra. Ceballos resultan certeros y ajustados a los hechos llevados a su conocimiento; sólo verra al otorgar a Valdinazzi la tenencia del menor cuando debió haber dispuesto únicamente su restitución con cese de la guarda provisoria, pues nunca se afectó el ejercicio de la patria potestad del nombrado.

IV. Estado comprometido en la causa el superior interés del niño, postulado que ha quedado expresado de la siguiente manera: "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 condición primordial a la que se tenderá será el interés del niño" (art. 3 párrafo 1º, Convención sobre los Derechos del Niño); corresponde que en esta instancia se suplan o enmienden los errores de los actores procesales incluida la sentenciante de grado en la calificación del derecho sin alterar los términos de la litis, con inclusión de la supremacía constitucional, actividad que se cumple con intervención del principio iura novit curia (SCBA, Acs. 54.753 y 99.169).

Siguiendo el voto del Dr. Pettigiani en la Causa n° 92.627 (SCBA, S. 31-10-2007); se puede definir el “interés del menor como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto. Al respecto, hemos sostenido que el interés superior del menor excluye toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, "G. V. s/ adopción", sent. del 31-III-1998). Máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad; lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente”.

La Suprema Corte Bonaerense ha señalado en forma reiterada que el interés superior del niño apunta a

dos finalidades básicas: constituirse en una pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. Este principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos del menor con los adultos que los tienen bajo su cuidado. De esta manera frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño (Ac. 84.418, sent. del 19/VI/2002; Ac. 87.832, sent. del 28/VII/2004).

Estos conceptos nos obligan a no olvidar que no obstante referirse a la situación traída a conocimiento como “tenencia” del menor se trata en realidad su restitución, pues se encuentra en poder de una guardadora provisoria; no debe pensarse en aquella que rige en los derechos reales, estamos en el derecho de familia, tenemos en nuestras manos la vida de una persona de carne y hueso, que tiene sentimientos, emociones, llora, construye día a día su futuro, da forma a su personalidad que lo ha de acompañar en el resto de sus días. De allí que lo que aquí se resuelva como hube de anticipar si bien ha de aplicar el derecho vigente en pos de un orden social justo no debe olvidar aquellas contingencias que señalé.

En aras de proteger el superior interés del niño en el marco de los hechos o categorías dados en los escritos de demanda y contestación, los principios sentados y la normativa vigente en materia de menores, como ya dije se tomó contacto con el menor J.M.V. y con su realidad actual, teniendo en consideración la corta edad del niño (cuatro años recién cumplidos) y su inhibición para expresarse en un ámbito y en presencia de adultos que le eran desconocidos.

A la entrevista que da cuenta el acta de fs. 315 poco he de agregar, toda vez que al realizarse en presencia de la Asesora de Incapaces y los integrantes del Tribunal se optó por no dejar registro escrito de los eventuales dichos del menor; mas sin afectar esa confidencialidad puedo señalar que al no manifestarse el niño en forma verbal sí lo hizo de manera gestual e indubitable, sobretudo al ingresar su hermano mayor D. y participar de la entrevista. La actitud y participación que a partir de esa presencia tuvo J.M.V., puedo decir que se reflejó como fortaleza la manifestación espontánea del afecto proveniente del vínculo fraterno mientras que como debilidad pude advertir por parte de la guardadora, aquí la demandada, falta de colaboración para reafirmar el vínculo paterno-filial y un corrimiento de roles al intentar dejar de ser la “tía” para pasar a ser “madre afectiva”, expresión desafortunada desde mi punto de vista porque la madre biológica no sólo no fue oída sino que no ha mediado proceso alguno de guarda en su contra (arts. 12, 13 y concs., Convención sobre los Derechos del Niño, art. 75 inc. 22 Constitución Nacional).

El derecho del menor a ser oído constituye una garantía que fluye de su consideración como sujeto y no mero objeto de derecho (Ac. 63.120, sent. del 31/III/1998 en JA, 1981V29; Ac. 66.519, sent. del 26/XI/1999, Ac. 71.303, sent. del 12/IV/2000); al mismo tiempo se debe tener presente que el niño conforme lo estatuyen los arts. 4 y 5 de la ley 12.569, se encuentra legitimado para intervenir en estas actuaciones.

Siguiendo doctrina reconocida y jurisprudencia de elevada procedencia, considero de real importancia que en asuntos en los que se encuentra comprometida la persona de menores, éstos sean conocidos en forma directa, personal y escuchados por aquellos que tengan potestad de decidir sobre conflictos que los tienen como protagonistas indirectos. Ello con mayor razón en casos como el *sub examine* en los que la decisión que se tome en este ámbito tendrá consecuencias en el futuro de J.M.V..

El imperativo referido –derecho del menor a ser oído– viene impuesto por el art. 12.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, el 20-11-1989 y aprobada por ley 23.849, que ha sido incorporada al texto de la Constitución de la Nación Argentina por la reforma de 1994 en el art. 75 inc. 22 párr. 2º, norma que, por otra parte, se encuentra en condiciones inmediatas de operatividad (conf. Grosman, Cecilia; *Significado de la Convención sobre los derechos del niño en las relaciones de familia*, LL 1993-B-1991; Bidart Campos, Germán; *La aplicación judicial de la Convención sobre los Derechos del Niño*, ED 150-515; Kemelmajer de Calucci, Aída; *El derecho constitucional del menor a ser oído*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 7, Derecho Privado en la reforma constitucional, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 168 y sgts.; C.S.J.N, *in re* “Wilner c. Oswald”, sent. del 14-06-1995, LL 1996-A-260). Aquella norma ha sido receptada en el ámbito local por los arts. 3 ap., b, 24 y especialmente 27 aps. a y b de la ley 26.061.

Esta línea de decisión judicial, que comparto a ultranza y así lo he demostrado tanto al tiempo en que me desempeñaba como titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nº 4 del Departamento Judicial La Plata cuanto como integrante de este Tribunal, ha sido trazada por la Suprema Corte de Justicia Provincia en la causa Ac. 71.380, sent. del 24/X/2001; Ac. 78728, sent. del 2V/2002; Ac. 99204, sent. del 20/IX/2006; de los que transcribo parte del voto del Juez Hitters que hizo mayoría en el segundo de aquellos pronunciamientos “*Atento la trascendencia que a la decisión sobre el destino del menor se otorga, se exige que quien vaya a resolver sobre él lo conozca; no importa cuáles fueran las circunstancias que demandaran la intervención judicial, ni tampoco importa la edad: la ley no distingue. Sea cual fuere su edad, será indispensable verlo porque ese constituye el verdadero y único modo de saber él, más allá de certificados, informes y constancias foliadas: para ser protegido el niño necesita la mirada de su juez*” ... “*La representación que el Asesor de Incapaces ejerce, como parte esencial en este procedimiento ..., no supe ni, por ende, subsana la omisión del contacto personal*”. (de mi voto en la Causa nº 87.536)

Teniendo como clave de bóveda el adagio latino *venite ad factum, curia novit* –dadme los hechos yo pondré el derecho– como corolario de lo expuesto y la casuística que debe imperar en materia de familia, si mi opinión es compartida, la sentencia dictada en su primera instancia y su aclaratoria (fs. 280/282 vta. y 284) ha de ser confirmada con las siguientes restricciones en salvaguarda del superior interés del menor J.M.V.. Se ha de restituir el menor a su padre J.O.V., en forma definitiva mediante la modalidad establecida por la sentenciante. A fin de que cada una de las partes de la relación que se ha mostrado en el curso del proceso se enderecen por el camino que les corresponde en pos de que el niño J.M. crezca y se desarrolle en su núcleo familiar privilegiado integrado por padre y hermanos; el régimen de visitas acordado a la señora M.L.F. será mantenido por el plazo de tres meses y en forma de

disminución paulatina hasta que se concrete con las características que debe tener una relación habitual entre tía y sobrino, entiéndase visitas esporádicas no programadas, cumpleaños, fiestas familiares y escolares; mediando siempre la libre elección del niño y la corrección y control del progenitor.

V. Costas. Las costas de ambas instancias se han de imponer a la demandada en su condición de vencida (art. 68 CPCC; CSJN, 17-10-94, LL. 1995-D-926 nº 163168 CPCC).

VOTO POR LA AFIRMATIVA
LOS SEÑORES JUECES DOCTORES CANALE Y HANKOVITS ADHIRIERON AL VOTO PRECEDENTE POR SUS FUNDAMENTOS.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA DOCTORA DABADIE DIJO:

Corresponde, en virtud de los argumentos dados, citas legales, jurisprudenciales y doctrinarias; confirmar la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2009, restituyéndose el menor a su padre Juan Oscar Valdinazzi, en forma definitiva mediante la modalidad establecida por la sentenciante. A fin de que cada una de las partes de la relación que se ha mostrado en el curso del proceso se enderecen por el camino que les corresponde en pos de que el niño J.M. crezca y se desarrolle en su núcleo familiar privilegiado integrado por padre y hermanos; el régimen de visitas acordado a la señora M.L.F. será mantenido por el plazo de tres meses y en forma de disminución paulatina hasta que se concrete con las características que debe tener una relación habitual entre tía y sobrino, entiéndase visitas esporádicas no programadas, cumpleaños, fiestas familiares y escolares; mediando siempre la libre elección del niño y la corrección y control del progenitor. Las costas de ambas instancias se han de imponer a la demandada en virtud del principio objetivo de la derrota (arts. 18, 75 inc. 22 CN; 1, 12, 13 CDN; 15, 168, 171 Const. Prov.; 24 y 27 ley 26.061; 4 y 5 ley 12.569; 90 inc. 6, 206, 231, 264, 264 *quater*, 265, 271, 276, 1114 Cód. Civil; 36, 68, 254, 272, 336, 481, 482, 495 del CPCC). Postergándose la regulación de los honorarios profesionales hasta la oportunidad en que hayan adquirido firmeza los establecidos en la instancia de origen (art. 31 decreto ley 8904/77).

ASI LO VOTO.

LOS SEÑORES JUECES DOCTORES CANALE Y HANKOVITS ADHIRIERON AL VOTO PRECEDENTE POR SUS FUNDAMENTOS.

CON LO QUE TERMINO EL PRESENTE ACUERDO, DICTÁNDOSE LA SIGUIENTE

S E N T E N C I A

Por los fundamentos expuestos en el Acuerdo que antecede, los que se tienen aquí por reproducidos, se confirma la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2009, restituyéndose el menor a su padre J.O.V., en forma definitiva mediante la modalidad establecida por la sentenciante. A fin de que cada una de las partes de la relación que se ha mostrado en el curso del proceso se enderecen por el camino que les corresponde en pos de que el niño J.M. crezca y se desarrolle en su núcleo familiar privilegiado integrado por padre y hermanos; el régimen de visitas acordado a la señora M.L.F. será mantenido por el plazo de tres meses y en forma de disminución paulatina hasta que se concrete con las características que debe tener una relación habitual entre tía y sobrino, entiéndase visitas esporádicas no programadas, cumpleaños, fiestas familiares y escolares; mediando siempre la libre elección del niño y la corrección y control del progenitor. Las costas de ambas instancias se han de imponer a la demandada en virtud del principio objetivo de la derrota (arts. 18, 75 inc. 22 CN; 1, 12, 13 CDN; 15, 168, 171 Const. Prov.; 24 y 27 ley 26.061; 4 y 5 ley 12.569; 90 inc. 6, 206, 231, 264, 264 *quater*, 265, 271, 276, 1114 Cód. Civil; 36, 68, 254, 266, 267, 272, 336, 481, 482, 495 del CPCC; art. 15 Ac. 2514/92). Postergándose la regulación de los honorarios profesionales hasta la oportunidad en que hayan adquirido firmeza los establecidos en la instancia de origen (art. 31 decreto ley 8904/77).

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.

SILVANA REGINA CANALE

FRANCISCO AGUSTIN HANKOVITS MARIA R. DABADIE

GASTON DOZO

Abogado Secretario

Dr. Alberto O. Belén.-
Secretario General.-

Dr. Adrián Rubén Lamacchia.-
Presidente.-