



*Cámara de Apelaciones
de Familia*

PODER JUDICIAL

MENDOZA

Fs. 218

N° 403/12/1F-17/14

**“F. P. R. C/ C. A. F. POR REGIMEN
DE VISITAS PROVISORIO”**

Mendoza, 25 de Agosto de 2015.

VISTOS:

Los autos arriba caratulados, llamados para resolver a fs. 216 y

CONSIDERANDO:

I- A fs. 150 la Sra. A. F. C., por medio de apoderado, apela la resolución dictada a fs. 142/145 por la que se reconoce el derecho de comunicación y/o contacto familiar entre el Sr. P. R. F. en su carácter de abuelo paterno y su nieto el niño F. F. C., difiriéndose la modalidad de cumplimiento o fijación de días y horarios hasta tanto se cuente con el avance de la terapia que allí se ordena; se dispone la realización con carácter de urgente e inmediato de terapia de vinculación entre el Sr. C. con presentación de certificados de concurrencia en forma semanal e informe de avance clínico psicológico de maneja mensual; se impone a la progenitora de F. la obligación del cumplimiento del tratamiento en lo referente a su hijo quedando bajo su responsabilidad la asistencia del niño a la terapia bajo apercibimiento de disponer de oficio compulsu a la justicia penal, de proceder a la inclusión en el Registro creado por la ley 7644 de obstaculizadores de lazos familiares, fijar condenaciones conminatorias pecuniarias a los términos del art 666 bis del Código Civil y ordenar el traslado con auxilio de la fuerza pública; se impone al accionante y a la madre del menor conducirse en relación al mismo con la debida y cabal comprensión del principio constitucional del interés superior del niño recordándoles que el derecho de comunicación es un derecho del niño; se imponen las costas en el orden causado y se regulan los honorarios de los profesionales intervinientes.

Para así decidir el Juez a-quo tuvo argumenta del siguiente modo: luego de hacer referencia al marco jurídico que rige el derecho de comunicación entre abuelos y nietos, señala que de la pericia psíquica practicada al demandante surge que el mismo presenta condiciones psíquicas para mantener un vínculo adecuado con su nieto a través de un régimen de visitas; que de las testimoniales se desprende que no hay relación entre el abuelo y su nieto, pero que cuando existió esa vinculación la misma era buena; que no hay evidencia alguna que demuestre que el contacto entre ambos puede ser perjudicial; que la propia progenitora del niño solicita la fijación de un régimen gradual

y controlado y aunque haya oposición por parte de la misma no se ha probado que el contrato sea peligroso o nocivo; que la actitud procesal de la demandada ha sido dilatoria; que en función del tiempo transcurrido sin que el accionante tenga contacto con su nieto, su corta edad -6 años a la fecha de la sentencia-, el derecho del Sr. F. a tener contacto con el niño y el derecho de este último a crecer en su ámbito familiar extenso, corresponde a fin de fijar un régimen de comunicación, ordenar la realización de terapia de revinculación bajo mandato judicial para luego de su evaluación fijar la forma de contacto; que las manifestaciones del niño ante la Sra. Asesora de Menores deben ser valoradas teniendo en cuenta el grado de independencia y criterio propio que exhibe, su aptitud para comprender situaciones y grado de conciencia en punto a aquello que le conviene; que en el caso el menor dijo no querer ver al abuelo porque no lo conoce, lo que está en estricta vinculación con la falta de vínculo o relación entre ambos por lo que concluye que la actual voluntad del menor no coincide con su interés superior; que antes de fijar un régimen resulta oportuno establecer distintas etapas tendientes a una vinculación fructífera y saludable.

II- Que a fs. 156/157 funda su recurso la apelante.

Se queja de la valoración de la prueba efectuada por el Juez de grado por cuanto ha tomado en cuenta para resolver los testimonios de J. M. y G. M. quienes al declarar manifestaron no estar comprendidos en las generales de la ley siendo que la primera es pareja del actor y el segundo pareja de la nieta del accionante, circunstancia que fue reconocida por este último al contestar el hecho nuevo invocado por su parte. Agrega que si ello hubiese sido puesto de manifiesto en la audiencia el Juez a-quo debió haber procedido conforme lo establecido por el art. 201 segundo párrafo del C.P.C. ordenando compulsas penales. Señala que tales declaraciones carecen de toda validez, puesto que los testigos mintieron desde el comienzo de la declaración para beneficiar al demandante con quien tienen una relación íntima.

Arguye que el menor ya tomó una decisión la que fue expresada en la audiencia celebrada ante el Ministerio Pupilar, y que su madre no ha influido en ella. Afirma que tampoco se tuvo en cuenta la declaración de la hermana del niño quien relató que su padre y su abuelo no tenían relación, pese a los intentos del primero de acercarse; que su abuelo quiere ver a F. para hacerle daño a su mamá.

Destaca que ha sido el accionante quien no ha querido ver nunca a su nieto y que si el mismo cree que tiene derecho a conocerlo, lo hubiera hecho en vida de su hijo.



*Cámara de Apelaciones
de Familia*

PODER JUDICIAL

MENDOZA

Reconoce que el interés del menor es crecer y desarrollarse vinculado a su familia extensa pero ello es así siempre que sea posible y beneficioso a sus intereses. Expresa que el menor F. crece y desarrolla en un ambiente armonioso y de paz y que su voluntad de no conocer a su abuelo es clara y determinante en tanto que lo que pretende el actor con este proceso es convertir al niño en objeto de injerencias arbitrarias en su vida y su familia.

Concluye que ha quedado demostrado que el niño se encuentra en un ambiente óptimo para su crecimiento y desarrollo, que con el abuelo nunca tuvo contacto porque este último nunca quiso tenerlo y que esta maniobra no es en beneficio del menor sino en perjuicio de la madre del mismo.

III- Corrido traslado de la fundamentación del recurso a fs. 159/162 el accionante contesta, sosteniendo en primer lugar la inapelabilidad de la resolución impugnada por cuanto, aduce, ha sido dictada en el marco de un proceso tramitado conforme al art. 129 del C.P.C. sin que la misma sea una sentencia que ordene un régimen de visitas sino la revinculación de su parte con el niño. En subsidio solicita el rechazo del recurso por las razones que expone a las que nos remitimos en honor a la brevedad.

IV- A fs. 166/167 dictamina el Ministerio Público Pupilar, quien aconseja el rechazo del recurso incoado por los argumentos que esgrime a los que también remitimos breviter causae.

V- Previo a todo y en cuanto a la admisión formal del recurso de apelación aritulado, advertimos que no le asiste razón a la parte apelada, por cuanto la resolución dictada a fs. 142/145 resulta apelable.

Tal como lo expresara este cuerpo en el auto que glosa a fs. 115/116 a las presentes actuaciones se les imprimió el trámite previsto en el art. 129 del C.P.C. por lo que de conformidad a lo establecido en su inciso IV resulta apelable el auto que resuelve el pedido, como así también el que a futuro, resuelve su modificación o cesación.

Y en el caso, es evidente que la resolución apelada, aún cuando no fija la modalidad del régimen de comunicación, admite la pretensión deducida puesto que, justamente lo controvertido en la presente causa, es el derecho del demandante a tener contacto con su nieto.

En consecuencia, siendo apelable el auto de fs. 142/145, corresponde analizar la procedencia sustancial de la queja.

Para ello corresponde expedirnos, en primer término, respeto del derecho aplicable, dada la reciente sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994 promulgada según Decreto 1795/2014 y publicado en el Boletín Oficial N° 32.985 del 8-10-2014; con la modificación introducida por la Ley N° 27.077 cuyo Art. 1° sustituyó el Art. 7° de aquella y dispuso su entrada en vigencia a partir del 1° de agosto de 2015.

Tal como lo afirma uno de los miembros de la Comisión redactora, Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, los problemas de derecho transitorio se presentan cuando un hecho, acto, relación, situación jurídica, se prolonga en el tiempo durante la vigencia de dos o más normas. Es decir la dificultad se plantea cuando se trata de hechos, relaciones o situaciones *in fieri*, que no se agotan instantáneamente, sino que prolongan en el tiempo, o que su realización o ejecución, liquidación o consumación demandan tiempo, por lo que, en parte, al inicio, al concertarse o nacer, caen bajo el imperio de una norma, y en parte, o partes, al realizarse las prestaciones o agotarse las consecuencias o los efectos de aquellas relaciones o situaciones jurídicas, caen en otras (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, pág. 20, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015).

El art. 7 del C.C.C.N. el que reproduce el art. 3 del C.C. según la ley 17.711 (salvo en su párrafo final) establece que “a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

La doctrina siguiendo las enseñanzas de Rubier quien fuera el autor francés que inspirara la solución adoptada por el art. 3, si bien distingue la relación jurídica de la situación jurídica, sostiene que a ambas se les aplica el mismo régimen legal en lo que al derecho transitorio se refiere. Así se señala que la relación jurídica es aquella que se establece entre dos o más personas, con un carácter peculiar y particular, esencialmente variable; es un vínculo entre dos o más personas, del cual emanan deberes y derechos, siendo las más frecuentes las que nacen de la voluntad de las partes: contratos, testamentos. En tanto que situación jurídica es la posición que ocupa un sujeto frente a



Cámara de Apelaciones de Familia

PODER JUDICIAL

MENDOZA

una norma general; o sea genera derechos regulados por la ley que son uniformes para todos. Es objetiva y permanente, los poderes que de ella derivan son susceptibles de ejercerse indefinidamente, sin que por ello desaparezca la situación o poder. No obstante la diferencia, en ambos casos la solución es la misma (cfr. Moisset de Espanés, "La irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 del Código Civil (derecho transitorio)", pág. 39, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1976; Borda, Guillermo, "Efectos de la ley con relación al tiempo", ED 28-810; Kemelmajer de Carlucci, Aída, op. cit., pág. 26).

Dos son los principios que deben primar en los temas de derecho transitorio: la casi absoluta irretroactividad de la ley y la aplicación inmediata de la nueva ley a partir de su entrada en vigencia. Ambas pautas se complementan puesto que la aplicación inmediata encuentra sus límites en el principio de irretroactividad que justamente impide aplicar la nueva ley a situaciones o relaciones ya constituidas o efectos ya producidos.

Moisset de Espanés, al referirse a la antigua normativa, arriba a las siguientes conclusiones: a) el primer párrafo del art. 3 establece el efecto inmediato de la ley nueva, que será aplicable a las consecuencias "futuras" de las situaciones jurídicas en curso de producir efectos; b) el segundo párrafo del art. 3 consagra como principio básico la irretroactividad de la ley; c) el principio de irretroactividad impide que se aplique la ley nueva para juzgar hechos anteriores, que ocasionaron la constitución, modificación o extinción de situaciones jurídicas; d) los efectos producidos por una situación jurídica, con anterioridad a la nueva ley, son regidos por la ley antigua, en virtud del principio de irretroactividad, que pone un límite al efecto inmediato (cfr. Moisset de Espanés, Luis, op. cit. pág 19).

Las situaciones o relaciones jurídicas totalmente agotadas caen bajo el imperio de la antigua ley, en tanto que las que nacen con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley, serán por ella reguladas.

Así la más calificada doctrina destaca que el régimen actual conserva como regla general el sistema adoptado por el anterior Código Civil después de la reforma de la ley 17.711 consistente en la aplicación inmediata de la nueva ley, tanto a las relaciones y situaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a ella como a las consecuencias de aquellas existentes al tiempo de entrada en vigor del nuevo texto (Conf. Rivera Julio Cesar Medina Graciela. Código Civil y Comercial de la Nación

Comentado. T. I, (comentario al Art. 7° por Ernesto Solá). Edit. La Ley. Avellaneda (Pcia. de Bs.As.), 2014. pp. 77/78; Ghersi Weingarten. Directores. Código Civil y Comercial. T. I, Edit. Nova Tesis. Rosario (Pcia. de Santa Fe), 2014, pp. 34/40), reconociéndose que el tema que inicialmente causará mayores dificultades será el de su aplicación a los juicios en trámite, ya que su regulación emerge como insuficiente para evitar inconvenientes en el paso de una ley a otra, lo que no es una cuestión menor por su vinculación con la seguridad jurídica de las relaciones jurídicas en trámite.

El problema, reiteramos, se presenta en el caso de las situaciones en curso de ejecución, como podría considerarse el caso de autos, en donde la sentencia impugnada reconoce el derecho de comunicación de un abuelo respecto de su nieto durante la vigencia del antiguo código, situación jurídica ésta que no se encuentra agotada al día de la fecha y que, por el contrario se prolonga en el tiempo al menos hasta que el nieto adquiera la mayoría de edad, puesto que claro está el derecho de comunicación de los parientes es receptado tanto en el viejo régimen (art. 376 bis) como en el Código Civil y Comercial vigente (art. 555) en relación a las personas menores de edad, incapaces, con capacidad restringida, enfermas o imposibilitadas.

Respecto de las situaciones jurídicas en curso de constitución, Moisset de Espanés las explica afirmando que antes de la vigencia de la ley nueva, se han producido ciertos hechos, aptos, para comenzar la gestación de una situación jurídica y puede ocurrir que las antiguas normas que gobernaban la validez o eficacia de esos hechos hayan sido modificadas. En ese caso entiende que el principio de efecto inmediato de las nuevas leyes obliga a aplicarlas, incluso a la constitución de la situación jurídica, puesto que dicha constitución aún no se había consumado íntegramente. ``En resumen, si el nacimiento de una situación jurídica, no es un hecho instantáneo sino prolongado en el tiempo, deberá juzgárselo de acuerdo a la ley vigente en el momento en que completa el proceso de gestación. Y con mayor razón, se aplicará la ley nueva a la posterior modificación o extinción de esa situación jurídica, o a las consecuencias que ella engendre, ya que en definitiva tendrá que dársele un tratamiento similar al de las situaciones jurídicas nuevas, es decir, las nacidas con posterioridad al cambio de legislación (aut, cit. op. cit. pág. 23).

Se estima que en estos casos como el de autos en donde la cuestión a dilucidar versa sobre los efectos del parentesco entre personas, más concretamente el derecho de comunicación, sin que haya recaído sentencia firme al respecto, y sin



Cámara de Apelaciones de Familia

PODER JUDICIAL

MENDOZA

perjuicio de los efectos de la cosa juzgada en esta materia, se impone la aplicación inmediata de la nueva ley toda vez que estamos en presencia de una situación jurídica que se venía gestando, que no es instantánea, que no se ha consumado sino que, por el contrario, perdura en el tiempo. Se trata de una consecuencia no agotada de una situación jurídica, al decir de maestro Moisset de Espanés,

“La ley toma a la relación ya constituida...o a la situación...en el estado en que se encontraba al tiempo en que la ley nueva es sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos. Los cumplidos, en cambio, están regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron. Del mismo modo, si antes de la vigencia de la ley nueva se han producido ciertos hechos aptos para comenzar la gestación de una situación según la vieja ley, pero insuficientes para constituirla (o sea, la situación o relación está *in fieri*), entonces rige la nueva ley (cfr. Moisset de Espanés, Luis “La irretroactividad de la ley y el efecto diferido en J.A. Doctrina 1972-819, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, op. cit. pág. 29).

Una ley es retroactiva, entonces, cuando se la aplica como si hubiese estado vigente en un tiempo anterior a aquel en que efectivamente entró en vigor. O sea, consiste en la posibilidad de que la aplicación de una norma afecte a un tiempo anterior o ya transcurrido, previo a su vigencia formal (Moisset de Espanés, Luis, La irretroactividad de la ley y el efecto diferido, en JA Doctrina 1972, pág. 819. LOPEZ OLACIREGUI, José M., Efectos de la ley con relación al tiempo. Abuso del derecho y lesión subjetiva, en Rev. del Colegio de Abogados de La Plata, año X, n° 21, Julio/dic. 1968, pág. 74; MORELLO, Augusto M., Eficacia de la ley nueva en el tiempo, en Examen y crítica de la reforma del CC, La Plata, ed. Platense, 1971, t. 1 pág.60; LAVALLE COBO, Jorge, en Código Civil y leyes complementarias, t. I, Bs. As., Astrea, 1978, p. 25; C Fed. Sala II Civ. y Com. 26/5/70, ED 36 756.CSN 26/4/1995, LL 1996-A-204)..

Con este criterio recientemente la Corte Federal ha resuelto que “a la luz de la doctrina según la cual corresponde atender a las nuevas normas que sobre la materia objeto de la litis se dicten durante el juicio, no puede desconocerse que la pretensión de los demandantes se encuentra hoy zanjada por las disposiciones del citado arto 64 del Código Civil y Comercial de la Nación, norma de la que, en virtud de la regla general establecida en el art. 7 del mencionado código y de la citada doctrina, no puede prescindirse... No cabe pensar que la inscripción del menor ante el registro

pertinente según las pautas establecidas por la ley 18.248 hoy derogada el hijo debía llevar primero el apellido paterno, configure una situación jurídica agotada o consumida bajo el anterior régimen que, por el principio de la irretroactividad, obste a la aplicación de las nuevas disposiciones el hijo puede llevar opcionalmente en primer lugar el apellido (C.S.J.N., ``D. 1. P., V. G. Y otro el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo 6/8/2015).

En lo que aquí interesa y respecto del derecho de comunicación de los abuelos el Código Civil y Comercial no contiene mayores modificaciones más allá de la nueva terminología utilizada (se reemplaza visitas por comunicación).

Así el art. 376 bis incorporado por la ley 21.040 decía que “los padres, tutores o curadores de los menores o incapaces o quienes tengan a su cuidado personas mayores de edad enfermas o imposibilitadas deberán permitir las visitas de los parientes que conforme a las disposiciones del presente capítulo, se deban recíprocamente alimentos. Si se dedujere oposición fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados el juez resolverá en trámite sumario lo que corresponda, estableciendo en su caso el régimen de visitas más conveniente de acuerdo a las circunstancias del caso”.

En tanto que, el art. 555 del nuevo código de fondo establece “los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas deben permitir la comunicación de estos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado. Si se deduce oposición fundada en posibles perjuicios a la salud mental o física de los interesados, el juez debe resolver lo que corresponda por el procedimiento más breve que prevea la ley local y establecer, en su caso, el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias”

Si bien esta última disposición no se refiere en forma expresa a los parientes obligados por alimentos como legitimados activos para reclamar el derecho de comunicación, las personas que menciona son precisamente, los mismos parientes que tienen obligación alimentaria recíproca (cfr. Herrera, Marisa, su comentario al art. 555 en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Dir. Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián, Tomo II, pág. 276, Infojus, Bs. As., 2015).

Tal como lo ha dicho este Tribunal en autos N° 507/13, caratulados “A. M. C/B. A. M. p / régimen de visitas (15/04/2014, L.S. 11-362) con voto preopinante de



*Cámara de Apelaciones
de Familia*

PODER JUDICIAL

MENDOZA

la Dra. Politino, resulta un derecho impostergable de los menores el mantener una adecuada comunicación y trato con ambas familias, paterna y materna, y en especial con sus abuelos, lo que contribuye -en condiciones normales- a su formación sana e integral, en tanto se erige en un derecho humano de los niños el no perder sus vínculos filiales.

En este derecho subjetivo familiar rigen además de las normas de derecho interno, los arts. 9 inciso 3 y 10 inciso 2 de la Convención de los Derechos del Niño, incorporada a la Constitución Nacional por el art. 75 inc. 22.

Tal como lo expresan Bossert y Zannoni en relación al art. 376 bis del Código Civil derogado, pero en doctrina igualmente aplicable al actual régimen, es razonable la disposición, ya que resultaría contrario al interés del hijo menor, fracturar sus vínculos familiares, aún cuando esto respondiera a la decisión de quien ejerce la patria potestad, en tanto que provocar sin justificadas razones tal fractura, representaría un ejercicio abusivo de la patria potestad que la norma tiende a evitar (Bossert Gustavo y Zannoni Eduar-do, Manual de Derecho de Familia, 6° edición actualizada, 2° reimpresión, Ed. Astrea, p.70).

La doctrina y jurisprudencia reconocen desde antaño el derecho de los abuelos de reclamar judicialmente el derecho de visitar a sus nietos cuando los padres de éstos, en ejercicio de la patria potestad, se oponen a ello arbitrariamente (cfr. Acdeel E. Salas, Código Civil Anotado, Ed. Depalma, Bs.As., 1971, T I. p. 153). Derecho que se fundamenta en la mutua protección del núcleo familiar, amén de la solidaridad y del afecto que se supone debe existir entre aquéllos y sus nietos (CNCi-vil, Sala E, 11/8/87, LL 1988-E-291, con nota de Eduardo L. Gregorini Clusellas). Aún cuando en algunos de esos precedentes se dejó en claro que los abuelos debían respetar las directivas de los padres de los menores en materia de educación y desarrollo espiritual de los niños (CNCivil, Sala B, 16/05/62, LL 67-427).

En este orden de ideas, estimamos que la resolución recurrida constituye una herramienta adecuada para lograr el restablecimiento del derecho consagrado por los arts. 555 del Código Civil y Comercial de la Nación, 9 inciso 3 y 10 inciso 2 de la Convención de los Derechos del Niño, y consulta el interés superior del niño, pauta rectora que debe respetar toda decisión judicial que lo involucre.

El derecho de comunicación de los abuelos no puede limitarse ni negarse sino por razones graves que demuestren que la relación con sus nietos resulta nociva para éstos, ``puesto que se debe partir de la idea de que, si no se advierten

aquellos graves motivos, la vinculación del niño con sus abuelos es altamente positiva, y por ende, forma parte del mejor interés del niño que ello suceda (Segunda Cámara Civil, Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, ``T.M. c/F.A. p/reg. visitas , 08/05/2008, LS 118-137).

En relación al mentado art. 555 se ha dicho que el mismo “enumera quienes son los parientes que tienen un derecho subjetivo familiar como el derecho de comunicación. Por lo tanto, a estos les cabe solo demostrar el vínculo jurídico, siendo que la carga de la prueba sobre el perjuicio que significa restablecer la comunicación pesa en quien o quienes se oponen, debiendo esgrimir cuáles son las razones de dicha conducta impeditiva y obstruccionista” (cfr. Herrera, Marisa, op. cit. pág. 556).

En el caso ningún motivo atendible ha sido esgrimido por la progenitora del nieto menor del actor a fin de oponerse al restablecimiento del vínculo entre ellos.

Al fundamentar el recurso la recurrente se abroquela en la relación de los testigos con el actor, vínculo que, invoca, fue ocultado por los declarantes. En razón de ello niega toda eficacia probatoria a dichos elementos. En punto al testigo G. M. el argumento no resiste el menor análisis, toda vez que al declarar el mismo expresamente informa su relación con el accionante expresando que este último es el bisabuelo de sus hijos.

En cuanto a la testigo M., fuera que la relación invocada respecto del Sr. F. no ha sido probada, lo cierto es que tanto su declaración como la del otro testigo, resultan verosímiles, no se contradicen con otros elemento probatorios, no surgiendo tampoco de sus testimonios la intención de falsear los hechos o que estén personalmente interesados en el resultado del pleito.

Fuera de ello, el decisorio recurrido se basa fundamentalmente en la evaluación psicológica practicada al demandante, en la que se concluye que el mismo presenta condiciones psíquicas para mantener un vínculo adecuado con su nieto a través de un régimen de visitas.

El informe referido, lejos de aconsejar la prohibición de las visitas del abuelo al niño, las fomenta para lo cual aconseja la realización de una terapia de revinculación, tal como lo resolvió el Juez de grado.

Ello no implica forzar sin más, y a esta altura del proceso, al niño a ver a su abuelo, sino que, lo que debe procurarse a través del presente decisorio es no solo reconocer en abstracto el derecho de comunicación de abuelo y nieto sino convertirse en



*Cámara de Apelaciones
de Familia*

PODER JUDICIAL

MENDOZA

un instrumento eficaz para que dicho derecho se concrete en la práctica del modo más adecuado para preservar el interés superior del niño.

Los elementos incorporados a la causa ponen en evidencia que el contacto entre ellos en los hechos ha sido suprimido por el conflicto protagonizado por los adultos, pero en rigor no se ha acreditado que la comunicación del niño con su abuelo resulte perjudicial para él o lo coloque en una situación de riesgo.

Sólo se pueden denegar el contacto cuando existan razones valederas que evidencien su inconveniencia para la adecuada formación de los menores en razón de los perjuicios psíquicos y/o físicos que pudieran ocasionarles (cfr. Novellino Norberto, Tenencia de menores y régimen de visitas producido el desvínculo matrimonial, Ed. García Alonso, Bs.As., 2008, p. 100).

No puede obviarse que el derecho de comunicación de los abuelos sólo puede ser suspendido o negado cuando ``medién motivos graves que incidan negativamente sobre la salud física o síquica del menor. (Cuarta Cámara Civil, Primera Circuns-cripción Judicial de Mendoza, ``Alcover Maria Belem p/régimen de visitas , 13/08/2003, LA 166-281).

Debiendo primar en este aspecto el interés del menor como sujeto de derecho con relación a los intereses de otros sujetos, en tanto tal derecho importa la satisfacción, mediante el trato frecuente y la comunicación, de afectos humanos, desinteresados y permanentes como son los nacidos de la paternidad y maternidad, pero también de la consanguinidad y del parentesco en grado próximo.

No se soslaya que el menor causante ha expresado su deseo de no ver a sus abuelo, motivo en que funda también su queja la recurrente.

En este aspecto, cabe considerar que el artículo 12 de la Convención de los Derechos del niño impone a los Estados parte garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

Igual solución adopta el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación el que en su art. 707 reglamenta la participación en el proceso de los niños, niñas y adolescentes, previendo su derecho a ser oídos en todos los pleitos que las causas que los afecten directamente, debiendo ser tenida en cuenta y valorada su opinión según su grado de discernimiento y la cuestión debatida.

Pero escuchar a los niños no significa acatar directamente su opinión.

Al respecto merece recordarse la opinión de Aída Kemelmajer de Carlucci, quien ha sostenido que "debe tenerse en claro que oír al menor no significa aceptar incondicionalmente su deseo; en otros términos, la palabra del menor no conforma la decisión misma; el niño no debe pensar que él debe elegir entre su madre y su padre, y que de su opinión, exclusivamente, depende la decisión judicial, el juez resolverá priorizando el interés del menor; para tomar esta decisión tendrá en cuenta sus argumentos, lo que no implica acogerlos plenamente pues del mismo modo escucha al litigante, aunque no comparta la solución que la parte le propone" ("El derecho constitucional del menor a ser oído", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 7; "Derecho privado en la reforma constitucional", Rubinzal Culzoni Editores, pág. 177). En este mismo sentido e Carlos A. Carranza Casares, ha manifestado que "como lo ha indicado la Corte de Casación francesa (Cass 2 civ., 25 mai 1993, Buil. Civ. II, N° 185; Bosse-Platière, 1996), el hecho de que el niño sea escuchado y sea tenida en cuenta su opinión, no significa que se deba decidir en coincidencia con él. No se le confiere la intervención como juez o árbitro, sino como sujeto de derecho interesado en participar en procesos judiciales que afectan algún aspecto de su vida" ("Participación de los niños en los procesos de familia", "La Ley", 1997-C-1387). También Françoise Dolto menciona que "el niño siempre debería ser escuchado, lo cual no implica en absoluto que de inmediato se hará lo que él pide" ("Cuando los padres se separan" Ed. Paidós 1989, pág. 130, ver en Oppenheim, Ricardo y Szylowicki, Susana, "Teoría y realidad acerca de la voz y la presencia de los menores en los Juzgados Nacionales con competencia en materia de familia" "El Derecho", 155-617).

En el caso la oposición de niño en ver a su abuelo se basa en que no lo conoce, razón por lo que la decisión recurrida luce acertada al ordenar en forma previa a la fijación de un régimen una terapia de revinculación.

“Sabido es que para el desarrollo integral del ser humano resulta útil y proficua la transferencia generacional entre abuelos y nietos, no sólo a nivel del traspaso de información histórica familiar, sino como experiencia de vida. Lo cual en todo caso se vincula con la propia identidad personal, en la faz dinámica de la misma. El aporte de los abuelos a la formación de los menores es una contribución a su desarrollo espiritual, a la formación general, a la transmisión de su historia familiar y a las expresiones de afecto hacia su descendencia muchas veces retaceadas a los propios hijos



*Cámara de Apelaciones
de Familia*

PODER JUDICIAL

MENDOZA

por el fragor de las obligaciones laborales y exigencias familiares cotidianas que luego, al llegar a la llamada "tercera edad", desaparecen para dar paso a una etapa en la que justamente pueden volcarse en los nietos los conocimientos y experiencias recogidos a lo largo de la vida" (Cámara de Apelaciones de Familia, fallo citado L.S.11-362).

Desde otro aspecto corresponde destacar que el ejercicio de la responsabilidad parental de la progenitora sobre el menor, no puede revestir un carácter absoluto y excluyente del pleno reconocimiento de los derechos de éstos de mantener relaciones con sus parientes, no pudiéndose impedir sin justa causa y fehacientemente acreditada (conf. arg. arts. 376 bis y 390 Código Civil). (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de Viedma, 17/03/2011, "L.C.A. y L.M.E. c/ M.L.B.", LLPata-gonia 2011(junio) 340).

Y con esta mirada resulta correcto meriturar la conducta procesal de la madre, quien al contestar demanda propone que se fije un régimen gradual y controlado, para luego al fundamentar su recurso oponerse categóricamente a cualquier tipo de vinculación entre el demandante y su hijo. Vale recordar que el litigante no puede aducir hechos o razones que contradigan sus propios actos, es decir, asumir una conducta que lo coloca en contradicción con su conducta anterior, que fue deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz; regla conocida como la teoría de los actos propios, derivada del principio de la buena fe que torna inadmisibles las pretensiones que ponen a la parte en contradicción con sus comportamientos jurídicamente relevantes (Expte. N° 134/12 "MORALES LUCIA MABEL CONTRA CALDENTY CARLOS EDUARDO POR EJECUCION DE CONVENIO (ALIMENTOS) 18/02/2013, L.A. 05-81).

Por último, respecto del otro argumento en que funda su recurso la apelante referido a la declaración de la hermana de F., tampoco tiene asidero, puesto que, por un lado, tal declaración no fue admitida ni ordenada por el Juzgado, sin que, por otra parte, aporte ningún elemento conducente a los fines de la dilucidación de la cuestión controvertida. Es que además, lo que aquí interesa es recomponer la relación de esta familia hacia el futuro, sin que revista gran relevancia los motivos que llevaron a su quiebre, siempre, claro está, que dichas circunstancias, no provoquen un riesgo para el bienestar del niño.

En conclusión, considerando que la solución adoptada por la resolución recurrida es la que mejor consulta el interés superior de F., pauta rectora

que debe primar en toda medida que le concierna (art. 3° Convención sobre los Derechos del Niño y 706 del C.C.y C.N.), se impone el rechazo de la apelación promovida.

VI- Por el modo en que se resuelve el recurso, corresponde que las costas sean impuestas a la parte apelante por resultar vencida (arts. 35 y 36 del C.P.C.).

Por ello el Tribunal,

RESUELVE:

1- No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 150 en contra de la resolución dictada a fs. 142/145 la que se confirma en todas sus partes.

2- Imponer las costas de Alzada a la parte recurrente.

3- Regular los honorarios profesionales de los Dres. Belisario A. Cuervo, Luis Daniel Cuervo, Celeste Cantos Fernández y Noelia L. Gandolfo en las respectivas sumas de pesos mil ciento noventa (\$ 1.190), pesos dos mil trescientos ochenta (\$ 2.380), pesos mil setecientos (\$ 1.700) y pesos tres mil cuatrocientos (\$ 3.400) (arts. 15 y 31 de la ley 3641).

COPIESE. REGISTRESE. NOTIFIQUESE. BAJEN.

Dra. Carla Zanichelli
Juez de Cámara

Dra. Estela Inés Politino
Juez de Cámara

Dr. Germán Ferrer
Juez de Cámara