

En la ciudad de La Plata, a los 28 días del mes de Diciembre de 2017 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Segunda de Apelación, Doctores Jaime Oscar López Muro y Ricardo Daniel Sosa Aubone, para dictar sentencia en los autos caratulados: "C. M. C. C/E. G. A. S/ LEGAJO DE APELACION (TENENCIA DE HIJOS) " (causa: 122967), se procedió a practicar el sorteo que prescriben los artículos 168 de la Constitución de la Provincia, 263 y 266 del Código Procesal, resultando del mismo que debía votar en primer término el doctor Sosa Aubone.

LA SALA RESOLVIO PLANTEAR LAS SIGUIENTES CUESTIONES:

1ra. ¿Resulta ajustada a derecho la apelada resolución de fs. 103/105?

2da. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN

A la primera cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. Sosa Aubone dijo:

I. El 6/7/17 la juez *a quo* decidió mantener cautelarmente la suspensión del derecho de contacto paterno filial dispuesta a fs. 74 por el plazo que determinen los profesionales que habrán de atender al progenitor, a la progenitora y a la niña I., debiendo acreditar en autos mensualmente la continuidad del tratamiento psicológico.

II. Contra esa decisión se alza el Sr. E. a fs 106/110 vta. agravándose del contenido de los informes del psiquiatra del cuerpo técnico, Dr. González y la Lic en trabajo social del cuerpo técnico, Ana Laura Rodas, que son el fundamento de la decisión. También se agravia por la intervención en el caso del psicólogo Lic. P., señalando que violó el Código de ética de Psicólogos al tratar a madre e hija y que no solicitó su permiso para tratar a I.. Asimismo se agravia porque la juez *a quo* no escuchó a la niña, lo cual generaría la nulidad del pronunciamiento. Solicita la nulidad de todo lo actuado y se ordene a un nuevo profesional que atienda a I..

La recurrida contesta los agravios a fs 129/130 vta., sosteniendo los fundamentos de la juez *a quo* y agregando que hace tiempo ella e I. tienen espacios de tratamiento propios, además de continuar con el lic P..

III. Es trascendente para la solución del presente caso destacar que en aras del interés superior del niño, niña y adolescente y de la protección y defensa de sus derechos, quedan relegados en una medida razonable los que pudieren invocar los mayores (art. 12 C.D.N., art. 4 in fine ley 13.298, Observación General 14).

El Comité de Derechos del niño en su Observación N° 14 ha señalado "*...si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño. (OG 14 punto 39). Y también "El Comité ya ha señalado que "[l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención" (OG 14 p. 4).*

La doctrina y jurisprudencia actual observan con un criterio unificado que

el régimen de visitas debe analizarse desde la perspectiva del niño siguiendo la lógica de la Convención sobre los Derechos del Niño que en su artículo 9 inc. 3° establece que los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, *salvo si ello es contrario al interés superior del niño* (Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires -SCBA-, Ac. 63.120 sentencia del 31/03/98, Ac. 79.931 del 22/10/03).

El punto de partida debe situarse justamente en el "interés superior del menor", que en su más prístina enunciación, quedó expresado en los siguientes términos: "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, como una condición primordial, atenderán prioritariamente al interés del niño" (artículo. 3 párrafo 1°, Convención sobre los Derechos del Niño).

IV. Asimismo cabe señalar que en el plano del derecho internacional, fue la Convención de Derechos del Niño del año 1.989, en su art. 12 - que adquirió jerarquía nacional en el año 1.990 mediante la ley 23.849- la primera en mencionar el derecho del niño a ser escuchado y expresar libremente su opinión en todos los asuntos que lo afectan. Pero establece que puede ser escuchado "directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado". En la ley 26.061, conocida como la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, se mencionó este derecho en los art. 2, 3 y 24, sin determinar cual es la forma en que se ejerce. Luego el Código Civil y Comercial (ley 26.994) se refirió a este derecho sustancial-garantía procesal como regla general en su art. 26 parr. 3°, sin perjuicio de recogerlo en varias de las instituciones. En materia de adopción, tanto al otorgar la guarda con fines de adopción (art. 613 CCC) como en el proceso de adopción (art. 617 CCC), el juez debe citar al niño, niña o adolescente, cuya opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (art. 595, inc. f). Pero no existe norma alguna que indique que el juez tiene que oír personalmente al menor en materia de cuidado personal (art. 653 CCC).

En el ámbito provincial la ley 13.298 señala en su art. 4 inc. b que se debe apreciar la opinión de las personas menores de edad para determinar cual es su interés superior y en el art. 3 de la ley 13.064 se establece que: "*Los niños tienen derecho a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a peticionar, a expresar sus opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o hagan a sus derechos, considerando su desarrollo psicofísico. En el caso de los niños por nacer ejercerá este derecho la madre. El Juez garantizará debidamente el ejercicio de este derecho*".

Esta ley derogó el decreto ley 10.067 de Patronato de Menores, que en su artículo 22 señalaba que "*El Juez tomará contacto directo con cada uno de los menores a su disposición, orientando el diálogo primordialmente al conocimiento de las particularidades del caso, de la personalidad del menor, y del medio familiar y social en que se desenvuelve. En ningún supuesto se tendrá por satisfecho el requisito que se impone con las audiencias previstas por los artículos 31° y 41°*". Es decir que la ley 13.298 rectificó el criterio del contacto personal del juez bajo pena de nulidad, a tono con la doctrina y jurisprudencia sobre el tema y lo dispuesto por el art. 12 de la CDN.

En suma en el derecho vigente como regla general no se establece que el juez deba escuchar personalmente a los niños, niñas y adolescentes sino que

debe garantizar el ejercicio de su derecho a ser oído.

En ese sentido se ha pronunciado nuestra CSJN al señalar: "*Que, por otro lado, no es un imperativo la consulta directa de la voluntad de la niña. El art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los Estados la obligación de garantizarle el derecho a ser oído, ya sea "directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado", circunstancia satisfecha en el sub lite dada la intervención del Asesor de Menores en ambas instancias. El tomar en cuenta la opinión del niño siempre se halla supeditado a que haya alcanzado una edad y un grado de madurez apropiados (art. 13, párrafo segundo, de la Convención de La Haya; art. 12.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). De los informes de la psicóloga y de la asistente social, surge que se trata de una niña "psíquicamente vulnerable y lábil debido a la edad que detenta" (fs. 196), que atraviesa por un estado de "confusión afectiva...por sentirse virtualmente tironeada por los reclamos de ambos padres" (fs. 345). Ello permite concluir que hace a su interés superior el evitarle el conflicto psíquico de sentirse responsable de la elección entre uno de sus padres"* (CSJN, W.12.XXXI, S. 14/6/95, "RECURSO DE HECHO Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela).

En suma, en este proceso se garantizó el derecho de I. a ser oída y que su opinión sea tenido en cuenta (art. 3 ley 13634), escuchando personalmente a la menor el psiquiatra, la asistente social y la Asesora de Menores (fs. 36 vta., 74 y 77).

V. Pasando al tratamiento de los agravios la juez *a quo* fundamenta su decisión en los dictámenes del psiquiatra que considera que en la actualidad no es viable un régimen de contacto de I. con su padre, hasta tanto la niña en su espacio terapéutico pueda elaborar las vivencias traumáticas e incorporar la figura paterna, y en la opinión de I. contraria al contacto, manifestada al Dr. González, a la asistente social del cuerpo técnico y a la Asesora de Menores. La juez *a quo* además ordena el tratamiento psicológico de las partes e I. como medio para "*construir un espacio vincular de características más saludables para todos, en especial I.*" (del dictamen del Dr. González).

El apelante se agravia por las opiniones de todos los profesionales intervinientes en autos, señalando que "*arriesgan conclusiones "sin haber realizado entrevistas profundas con las partes"*. Discrepa con la opinión de los expertos sin proporcionar elementos objetivos que permitan desvirtuarlas. En ese sentido tengo presente que "*El apartamiento del dictamen pericial solo se admite cuando se expresan razones de entidad suficiente que justifiquen esa decisión, ya que el conocimiento que tiene el perito es ajeno al hombre de derecho... El dictamen referido a cuestiones técnicas no puede enervarse por medio de otra prueba que no ofrezca las mismas garantías de idoneidad e imparcialidad que otorga la opinión de los peritos.*" (CCTL 9304 RSD-18-98, S. 15/8/89).

Además de la expresión de agravios, dictámen del perito psiquiatra e informe del propio psicólogo del recurrente surge que el Sr. E. no se hace cargo de la trascendencia de su rol en la modificación del actual vínculo. Pone toda la responsabilidad en el afuera al señalar "*quien debió reconstruir el vínculo no lo hizo, incumpliendo así la manda judicial, perjudicando no sólo a mi persona sino sobre todo a mi hija*", refiriéndose al psicólogo de su hija (fs 107 vta).

El apelante interpreta que el interés superior de I. es reanudar el contacto

inmediatamente porque "*todo niño requiere el contacto con ambos padres para su adecuada y mejor formación*", sin referencia al caso concreto de su hija, sin hacerse cargo de lo señalado por los peritos en sentido contrario.

Tanto la juez *a quo* como ésta Sala consideran que la intervención del servicio de justicia debe ir dirigida a viabilizar una revinculación de I. con su padre. El contacto paterno-filial es un deber y un derecho, es necesario para que el padre pueda formar y educar a su hijo y para que se genere el vínculo afectivo, natural en esa relación, tan sano en el desarrollo de la persona. Por ello las decisiones que suspenden el contacto deben tener un plazo acotado y ser evaluadas con criterio restrictivo, como efectivamente lo es la que aquí se revisa.

Pero lo decidido por la juez *a quo* implica respetar los tiempos psíquicos de I., en procura de su sano y armonioso desarrollo, puesto que lo contrario podría generar graves daños insusceptibles de remediar con posterioridad (Artículo 24 de la CDN, artículos 33, 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional y artículos 10, 11, 12, 25 y 36 de la Constitución Provincial).

Respecto de los agravios referidos al "Lic. P.", debe aclararse que su opinión no es fundamento de la decisión del *a quo*, más allá de que cuando un tratamiento es ordenado por un juez no se requiere el consentimiento de los padres, sin perjuicio de las impugnaciones que pudieran realizarse sobre su procedencia como del profesional que lo realice.

VI. En relación a la nulidad solicitada por la falta de contacto de la juez con I. antes de resolver, el planteo tampoco puede prosperar. El recurrente alega un vicio en el procedimiento, anterior a la decisión, el cual debió ser atacado mediante incidente de nulidad. Como toda pretensión nulificante del acto procesal irregular de que se trate, la misma no resulta procedente si el acto ha sido consentido aunque fuere tácitamente por la parte interesada en la declaración (art. 170 CPCC), consentimiento que se presume cuando no se promueve el respectivo incidente de nulidad dentro de los cinco días subsiguientes al conocimiento del acto, aunque fuere extrajudicial (Morello, Sosa, Berizonce, "Códigos...", 2da. ed., T° II-C, pags. 352/353, jurisp. cit.; esta Sala causas B-75.792, reg. sent. 98/93; B-77.376, reg. sent. 404/93; A-43.254, reg. sent. 270/94; B-79.842, reg. sent. 368/94; 102.854, reg. sent. 133/04; 104.369, reg. sent. 162/05).

Consecuentemente, voto por la **AFIRMATIVA**.

A la misma primera cuestión planteada, el Sr. **Juez Dr. López Muro** dijo:

Que por coincidir con las motivaciones desarrolladas en el voto que antecede, adhiere al mismo (art. 266 del Código Procesal) y en consecuencia, vota también por la **AFIRMATIVA**.

A la segunda cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. Sosa Aubone dijo:

Alcanzando el necesario Acuerdo de opiniones al tratar la cuestión anterior, corresponde y así lo propongo confirmar la apelada resolución de fs.103/105, en lo que ha sido motivo de recurso y agravios. Postulo que las costas de Alzada se impongan al recurrente que reviste objetiva condición de vencido en el proceso de apelación (artículos 68 y 69 del C.P.C.C.).

ASI LO VOTO

A la misma segunda cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. López Muro dijo: que por idénticos motivos, vota en igual sentido que el Dr. Sosa Aubone.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

POR ELLO, y demás fundamentos expuestos, se confirma la apelada resolución de fs. 103/105, en lo que ha sido motivo de recurso y agravios. Costas de Alzada al recurrente. **REG. NOT. DEV.-**