

EXPTE. 13-05398329-9-1

O.R.J.P. en j. 4224-399/18/1869-34/19 RUISEÑOR LEDI ALEJANDRA CONTRA ORIOLANI FABIO ENRIQUE JAVIER POR MEDIDAS PRECAUTORIAS S/REC. EXT. PROV.

SALA PRIMERA

EXCMA. SUPREMA CORTE:

Se ha corrido vista a esta Procuración General del recurso extraordinario interpuesto a fs. 3 por Juan Pablo Oriolani Ruiseñor con el patrocinio de la abogada del niño, y a fs. 47 por la señora Ledi Alejandra Ruiseñor por si y PSHM Juan Pablo Oriolani Ruiseñor en contra de las resoluciones dictadas por la Cámara de Familia a fs. 592/606 de los autos Nro. 1869-34/19 y a fs. 439 de los autos Nro. 4224-399/18/1869-34/19, originarios del Segundo Juzgado de Familia.

La finalidad perseguida por ambos recursos es que se deje sin efecto la resolución que hizo lugar al pedido de cambio de guarda y custodia del niño Juan Pablo Oriolani Ruiseñor, y ordenó que quede provisoriamente a cargo del cuidado personal del padre, sin perjuicio de la comunicación y deber de colaboración de la madre. Además la progenitora pide se deje sin efecto la sanción aplicada por el Juez de primera instancia y confirmada por la Cámara.

Se agravia la progenitora porque se la consideró no apta para ejercer el rol materno fundada en las denuncias del padre y considerando obstaculización las presentaciones realizadas por su parte en defensa del hijo, cuando era el niño el que no quería compartir con el progenitor. Que no se tuvieron en cuenta las pericias psicológicas acerca de las dificultades del padre para acercarse afectivamente al hijo y la recomendación de suspender las visitas. Alega que faltó una guía para canalizar la vinculación del niño con el señor Oriolani. Que existen pericias que la consideran apta y que muestra predisposición para la vinculación con el padre. (fs. 60, 34). Que no se

tuvo en cuenta el acto de violencia del padre con el niño, la madre y la abuela. Alega que la fundación Accionar no es objetiva. Que su parte probó que no hubo desobediencia pero que igualmente el Tribunal tuvo por acreditado el incumplimiento de la madre sin tener en cuenta los esfuerzos realizados para la revinculación con el padre cuya conducta era la que causaba el rechazo de Juan Pablo. Que no se aplican la Constitución Nacional, los tratados Internacionales que establecen que se debe priorizar el interés superior del niño.

II. La abogada del niño sostiene que la resolución resulta arbitraria porque no defiende el interés del niño, desconoce la capacidad progresiva y el derecho a ser oído. Que no se respetan Tratados de Derechos Humanos. Dice que se traslada al joven la mala relación de los adultos que no pudieron crear vínculos. Expresa que lo que se discute es el cambio compulsivo de guarda, que implica la revictimización del adolescente. Sostiene que la manera es lograr un proceso de revinculación asistida y asesorada evitando así un cambio de residencia alterando la vida cotidiana al disponer en forma coactiva que debe vivir con un papá con el que ha tenido escasa comunicación y en contra de su voluntad. Que se debe priorizar el interés superior del niño y la voluntad del menor reconociendo su capacidad progresiva reconocida art. 26 del CCyC. Que el derecho de comunicación no es absoluto y debe analizarse desde la perspectiva del niño. Que no se han tenido en cuenta pericias, en especial del Dr. Pierro, y el dictamen de la Asesora de Menores acerca de la imposibilidad de cumplir con la medida. Que el cambio de guarda producirá una modificación de su centro de vida y la separación con sus hermanos.

III. A fs. 42 de este expediente recursivo V.E. ordenó dar intervención al coordinador de "Puntos de Encuentro" del Poder Judicial de Mendoza, a los fines de que elaborara un programa de vinculaciones, previo consenso entre las partes.

El Licenciado Gonzalo Valdez eleva informes a fs. 103, 110 y 129. En el último de ellos se advirtió que el menor no quería tener encuentro con su padre, quien a su vez le habría manifestado al Lic. Valdez que su expectativa era tener un vínculo al modo de una familia ensamblada y que no quiere tener una relación forzando a Juan Pablo. El licenciado Valdez solicitó el cese de la intervención del Punto de Encuentro Familiar al no poder dar cumplimiento con lo ordenado por V.E.

VI. A fs. 133 la señora Asesora de Menores sostiene que la situación ha cambiado y teniendo en cuenta la edad de su representado (casi adolescente) y la persistencia en su deseo de no querer mantener vínculo con su progenitor, por lo menos en forma pautada o estable, estima que cualquier medida que se tome contrariando su voluntad sería violatoria de su libre determinación y contraria al principio de capacidad progresiva (art. 5 CDN y 26 del CCyC) y aconseja hacer lugar al recurso interpuesto por Juan Pablo Oriolani. En cuanto al recurso de la madre, sostiene que la señora Ruiseñor faltó al deber de colaborar en la vinculación entre Juan Pablo y su padre y es el motivo que justifica la sanción conminatoria.

IV. Ha sostenido V.E. que *Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afecten directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso. “Ello no quiere decir que su opinión sea necesariamente vinculante para la decisión ni que deban aceptarse incondicionalmente sus deseos. Será el juez, quien deberá resolver, teniendo en cuenta su interés superior. Este aspecto se vincula con la denominada autonomía o capacidad progresiva, en el sentido de que no es lo mismo la opinión de un adolescente de quince años, que la de un niño de escasa edad. Pertenecer a la categoría jurídica de “adolescentes” permite presumir que ha alcanzado una cierta madurez para tomar decisiones, ejercer determinados actos y comprender el sentido de su intervención. En este nuevo diseño, cobra relevancia el concepto de “competencia”, que depende de la edad, pero muy especialmente de la madurez, el entendimiento, las condiciones de su desarrollo, el medio socioeconómico y cultural, el conflicto específico de que se trate, etc. Por eso, la competencia se adquiere gradualmente y está ligada, especialmente, al discernimiento y aptitud intelectual y volitiva de la persona. (autos n° 3-03720355-0/1, “Farres...”, 16/08/2016, con cita de “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”, Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan, cita online: AR/DOC/3850/2015 **LS578-175**; en el mismo sentido Alterini Código Civil y Comercial Comentado T. III pag. 707). En la misma causa señaló V.E. que Agregan los autores que “el derecho a ser oído se emparenta con otro principio estructural de esta concepción, que es el reconocimiento de la capacidad progresiva (art. 5 Convención Derechos del Niño) el cual no hace más que reconocer una realidad incuestionable y es que, a mayor edad, mayor comprensión y mayor posibilidad de tomar decisiones de manera autónoma” (Del Mazo, Carlos Gabriel, “Revinculación de una adolescente con su*

progenitora. Derecho a ser oída y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta”, DfyP 2015, 04/11/2015, 94, cita online AR/DOC/3471/2015).

El art 26 CCyC dispone que “La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona”. Lo mismo dispone el art. 707 del mismo cuerpo normativo. Se ha sostenido que: *El derecho de todo niño a ser oído está previsto en el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, tanto como los arts. 2, 24 y 27 insisten (casi hasta el cansancio) y a que su opinión sea tenida en cuenta. Obviamente, el niño debe ser escuchado en un proceso que implica una ruptura significativa con su progenitor. De cualquier modo, el juez debe tener en consideración que en este tipo de procesos, las influencias de un progenitor sobre el niño son moneda corriente por lo que debe analizar muy cuidadosamente el resto de la prueba para verificar hasta dónde la voluntad del niño ha sido libremente expresada.(LS383-171).* También se ha sostenido que se ponen en juego -por lo menos- tres directrices receptadas por la Convención de los Derechos del Niño que integran nuestro bloque de constitucionalidad desde el año 1994: la prevalencia del superior interés del niño -art. 3.1-, el respeto de su capacidad progresiva -arts. 5, 12 y 14- y su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta -art. 12.1-, lineamientos recogidos por el derecho interno: Ley 26061, y arts. 26, 639 y 707, Código Civil y Comercial. Así, en la cuestión planteada, puede presumirse la aptitud de la menor de 17 años de edad para adoptar una posición respecto del vínculo que quiere establecer con su padre, de ahí que la necesaria escucha de su opinión es razonable que tenga un peso relevante en la decisión que se toma al respecto, máxime cuando ello se encuentra respaldado por la intervención de profesionales de la salud que trabajaron con la adolescente y cuando su decisión no aparece como intempestiva, ya que ha sido sostenida a lo largo de todo el proceso de un modo inequívoco.(5.64972e-05 || **S. S. L. vs. B. S. T. s. Régimen de visitas** /// CNCiv. Sala I; 10/09/2015; Rubinzal Online; RC J 7702/15).

En el caso de autos, atendiendo a las constancias de la causa, la forma en que se ha desarrollado el proceso de revinculación de Juan Pablo Oriolani con su padre, dando especial consideración a la situación actual reflejada en las presentaciones del Lic. Gonzalo Valdez antes referido, y en particular el último informe en el que señala que Juan Pablo ha tomado un posicionamiento que ya no aparece como una forma adaptativa del

responder de niño sino que se percibe como de un lugar más propio, y, coincidiendo con lo manifestado por la señora Asesora de Menores acerca de la importancia de escuchar al joven -casi adolescente-, este Ministerio Público entiende que V.E. puede dejar sin efecto la resolución que ordena modificar la guarda del joven Juan Pablo Oriolani otorgándosela a su padre, por cuanto ello contraría la voluntad del menor quien por sí mismo se ha presentado recurriendo dicha resolución. Ello sin perjuicio de que el padre deberá seguir cumpliendo con sus deberes, pudiendo recomendarse que se procure seguir en el proceso de revinculación cuando las circunstancias estén dadas, siempre priorizando el interés de Juan Pablo y respetando su voluntad.

En lo que se refiere al planteo de la señora Ruiseñor por sí y por su hijo, el recurso debe prosperar parcialmente. Se ha sostenido que Ante el incumplimiento del régimen de comunicación con los hijos por parte del progenitor no conviviente, tanto como, ante la conducta del progenitor conviviente, quien como en el fallo en comentario, obstaculiza permanentemente la comunicación con el no conviviente, la jurisprudencia ha aplicado una serie de sanciones o medidas conminatorias con el fin de compeler al cumplimiento del derecho de comunicación paterno filial y familiar. En el art. 557, Código Civil y Comercial, se establece que el juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado, medidas razonables para asegurar su eficacia. De acuerdo a la jurisprudencia y propuestas doctrinarias puede verse medidas diversas, tales como intimación al cumplimiento de lo establecido por convenio o sentencia; astreintes; multas civiles u otro tipo de penas o sanciones pecuniarias; cláusulas penales de origen convencional; sanciones penales por impedimento de contacto (Ley 24270); inscripción en registros de padres que obstaculizan el contacto, entre otras. (0.000684389 || **S., D. vs. F., N. R. s. Daños y perjuicios - Familia** /// CNCiv. Sala H; 22/06/2021; Rubinzal Online; RC J 4412/21).

En el caso de autos, este Ministerio considera que el Juzgador ha actuado en el ejercicio de sus facultades aplicando una medida conminatoria en forma suficientemente motivada en la prueba de la que surge el incumplimiento de la señora Ruiseñor al deber de colaboración con la revinculación paterno filial. Del análisis de la sentencia no surge la existencia de vicios evidentes y por el contrario encuentra suficiente motivación en los distintos informes y constancias obrantes en la causa, que no han logrado ser

rebatidas por la recurrente, cuya conducta ha sido esencial en el desarrollo de los hechos en especial al momento en que fue impuesta la medida, y atendiendo en especial a la edad de Juan Pablo Oriolani en ese momento, por lo que el recurso solo resulta procedente en lo que se refiere a la modificación de la guarda de Juan Pablo.

Despacho, 29 de setiembre de 2021. -



Dr. HECTOR FRAGAPANE
Fiscal Adjunto Civil
Procuración General