



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

(5) Registrada bajo el Nro.: 250 (R) Folio Nro.: 685/688
Expte. Nro. 163861 Juzg. De Familia Nº 3
"A., M. S. R. S/ GUARDA A PARIENTE (ART. 250 CPCC) -APELACION
ASESORIA- "

Mar del Plata,..15.... de Agosto de 2017.

Con motivo del recurso de apelación interpuesto a fs. 24 por el Titular de la Asesoría de Incapaces Nº 2 contra la resolución que obra en copias a fs. 19/22, del 13 de marzo de 2017; y

VISTO:

El presente expediente traído a conocimiento de la Sala Tercera de este Tribunal de Alzada,

CONSIDERAMOS que:

I.- La Sra. juez de primera instancia resolvió "1) *Disponer un régimen de comunicación entre la Sra. A. G. M. y su hijo S. R. A. M. el que se desarrollará de manera gradual y en el ámbito de la Unidad Penal Nro. 50 de Batán y con la siguiente modalidad: a) LOS PRIMEROS CUATRO EBNCUENTROS se llevaran a cabo una vez cada quince días, los días sábados en el horario de 10.00hs. a 13.00hs, y b) LOS ENCUENTROS PORTERIORES se llevaran a cabo también cada quince días, de las 09.00hs a las 13.00hs...*" (Textual).

II.- El Dr. Osvaldo Caamaño, en su carácter de Defensor Subrogante a cargo de la Asesoría de Incapaces Nº 2 Dptal., interpuso recurso de apelación a fs. 24, fundándolo a fs. 26/29, con argumentos que merecieron respuesta de la contraria a fs. 34/35.

Luego de efectuar un breve resumen de los antecedentes de la causa se agravia de la resolución en crisis pues sostiene que no se ajusta a los paradigmas básicos establecidos en el Código Civil y Comercial. Expresa que "El deber jurigeno que nos ocupa nos hace poner de resalto el superior



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

interés del niño como basamento del agravio formulado y la violación del derecho constitucional del mismo de mantener un régimen de comunicación materno filial saludable para él niño, en un ámbito propicio para un niño de su edad, respetando su libertad de ejercer libremente sus derechos como sujeto de derecho..." (Textual).

Señala que si bien su representado fue separado de su progenitora por motivos de fuerza mayor, la a quo dispuso la guarda del menor en cabeza de su abuela materna, otorgándole con ello la posibilidad de crecer en el seno de su familia ampliada y de no permanecer en un ámbito carcelario junto a su progenitora, pero al otorgar el régimen de comunicación recurrido se estaría dañando o afectando la salud psico-física del niño.

Considera que *"...pueden existir diferentes alternativas y modalidades para llevar a cabo el régimen comunicacional con su madre, menos nociva para Santiago, -salidas transitorias, arresto domiciliario, etc- a fin de asegurar el vínculo materno-filial, siendo obligación del Estado de desarrollar, favorecer y fortalecer dicho vínculo familiar y proteger al niño bajo cualquier aspecto..."* (Textual).

Subraya que las consecuencias para el niño de que el régimen comunicacional con su progenitora se desarrolle en el ámbito carcelario lo marcará para toda su existencia, no pudiendo elegir el niño, por su corta edad, si está dispuesto o no a pagar dichas consecuencias.

III.- Tratamiento de los agravios:

Ingresando en el estudio de la cuestión sometida a consideración de esta Alzada, advertimos que el recurso no debe prosperar.

Expondremos seguidamente las razones que nos conducen hacia dicha conclusión.

1) En primer término debemos señalar que a partir de la reforma constitucional de 1994, la vigencia de las normas de derecho interno deben



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

confrontarse con aquellas normas a las que -a partir de dicha fecha- el constituyente otorga jerarquía constitucional, por estar incluidas en tratados internacionales suscriptos por nuestro país. Tal es el caso de la Convención de los Derechos del Niño, suscripta por la República Argentina y asimismo, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, instrumento éste en el que se alude al interés superior del niño como objetivo prioritario cuya satisfacción corresponde al Estado garantizar, como también se explica en la ley 26.061.

En este sentido, Bidart Campos ha remarcado precisamente cómo la Convención sobre los Derechos del Niño "*...les impone (a los jueces) pautas, criterios, normas de aplicación directa, descarte de leyes incompatibles, interpretación de las existentes a la luz del tratado, etc. Todo un movimiento de dinamismo eficaz ha de guiar este trabajo tan arduo de la administración de justicia, también en el supuesto de que el legislador sea remiso en cumplir su obligación de reajustar la legislación de conformidad con el Tratado...*".

Agregando que la Convención tiene "fuerza normativa", es decir, "*...que son normas jurídicas, que son derecho, que obligan y vinculan, que tienen aplicabilidad directa y que, para que esa fuerza normativa desemboque en la eficacia de la dimensión sociológica del mundo jurídico, es menester que cuenten con un mecanismo garantista. Siendo así, reaparece el sistema judicial de control para descalificar las transgresiones, para superar las omisiones en el cumplimiento (que también son transgresiones e inconstitucionales), para desarrollar la interpretación, etc.*" (Cfr. Bidart Campos, G.J., *Constitución, Tratados y normas infraconstitucionales en relación con la Convención sobre Derechos del Niño*, en Bianchi, María E.C.; -comp.-, *El derecho y los chicos*, Edir. Espacio Bs.As., 1995, págs. 36/37).

De la misma manera, la Corte Suprema ha entendido que este precepto -Interés Superior del Niño-, apunta esencialmente a dos propósitos,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

"...cuales son las de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio, pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido que la decisión se defina por lo que resulta de mayor beneficio para ellos..." (C.S.J.N., in re "S., C.", sentencia dictada el 2 de agosto de 2005. Voto concurrente de los doctores Fayt, Zaffaroni y Argibay, pub. en L.L., 2005-D, 873).

Por otra parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al emitir una opinión consultiva sobre la Convención de los Derechos del Niño, ha reafirmado que: "...la familia -entendida en sentido amplio como abarcativa de las personas vinculadas por parentesco cercano- constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos, por lo que el Estado debe apoyarla y fortalecerla a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo..." (Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, publicada en LL 2003-F, 108).

Como bien señala Guastavino la denominación derecho de visita - hoy derecho y deber de comunicación-, en el ámbito jurídico familiar, no refleja todo el profundo contenido de ese derecho, que posee una trascendencia espiritual superior a lo material; importa la realización, mediante el trato y la comunicación, de importantes funciones educativas y de vigilancia (cfr. Guastavino, Elías P., *Régimen de visitas en el derecho de familia*; pub. en J.A., 1976-I-654, citado por Krasnow, Adriana, *El derecho de comunicación derivado del parentesco*; en obra *Régimen Comunicacional. Visión doctrinaria.*, Edit. Nuevo Enfoque Jurídico, 2011, Córdoba, pág. 406/407).

Asimismo, en atención al carácter que reviste la restricción, limitación o supresión del derecho y deber de comunicación debe ser **siempre interpretada con carácter absolutamente restringido** y darse en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

situaciones excepcionalísimas (vgr. art. 9º de la CDN, art. 11 de la ley 26.061 y arts. 638 y 652 del Cód. Civ. y Com.), es decir, en circunstancias graves que así lo aconsejen (Cfr. Faraoni, Fabián; *El cuidado personal unilateral y el derecho y deber de comunicación de los hijos menores de edad con el progenitor no conviviente*, pub. en: *Tratado de Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes*, T. I, Edit. AbeledoPerrot, Bs. As., 2015, pág. 783).

Al mismo tiempo y en relación a los progenitores que se encuentran privado de su libertad el Dr. Martín Alesí sostiene que "*Lo cierto es que de acuerdo con las pautas sentadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no puede soslayarse que si bien el encarcelamiento necesariamente limita que se goce de manera plena de la familia, al separar de forma forzosa a uno de sus miembros, **el Estado tiene la obligación de facilitar y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias ...***" (Alesí, Martín B.; *El procesos de ejecución del régimen de comunicación ante el incumplimiento del progenitor custodio*, pub. Revista de Derecho de Familia, 2013-V, Octubre 2013, Edit. AbeledoPerrot, pág. 29; el resaltado nos pertenece).

A partir de ello, debemos señalar que de acuerdo a lo que dispone la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, **el Estado está obligado a facilitar el contacto de las mujeres privadas de la libertad con su familia**, por lo cual el derecho de visita de los hijos, resulta un requisito fundamental para asegurar el respeto a la integridad y libertad personal de las internas y, como consecuencia de ello, el derecho de protección a la familia de todas las partes afectadas (Cfr. Comisión Interamericana de Derecho Humanos, informe 38/96, caso 10.506. del 15/10/1996, pub. en LL 1997-E-784; Argto. Alesí, Martín, artículo citado).

Finalmente debemos señalar que de manera concordante a lo hasta aquí señalado el art. 11 de la ley 26.061, dispone expresamente en su 3º parrf. que "*...en toda situación de institucionalización de los padres, los*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño...".

Sentados estos principios, corresponde determinar cuáles son las consecuencias que derivan de su aplicación al caso particular.

2.- En la resolución recurrida, la Juez de grado dispuso un régimen de comunicación entre el niño S. R A. M. y su progenitora, el que se llevará a cabo en el ámbito de la Unidad Penal Nro. 50 de Bátan donde la Sra. A. G. M. se encuentra alojada por encontrarse privada de su libertad.

Entendemos que el régimen de comunicación dispuesto por la jueza de grado se encuentra ajustado a derecho.

Veamos. En el informe glosado a fs. 38/42 la Perito Trabajadora Social de la Defensoría General Dptal., Maria Sillvina Jacquier, dictamina que el espacio destinado para las visitas familiares de la Unidad Penal Nro. 50 de Bátan "*...si bien se encuentra en un lugar de encierro, reuniría las condiciones necesarias para propiciar el vínculo entre las mujeres privadas de libertad y sus hijos; con equipamiento que contribuiría a disminuir el impacto de encarcelamiento...*" (ver fs. 38vta.; ver también informe del Servicio Penitenciario Bonaerense de fs. 14).

A partir de ello, entendemos que -como bien sostiene la jueza de grado- no existen justos motivos que avalen las críticas sostenidas por el Asesor de menores -ámbito inadecuado para llevar a cabo el régimen de comunicación-, pues la incomodidad que se le presenten al niño durante la visitas, con motivo del registro y demás restricciones propias de las condiciones del ámbito carcelario deben ser apreciadas con criterio riguroso por las graves secuelas que la negativa al régimen comunicacional podría generar en la preservación de los vínculos entre el niño con la progenitora, máxime cuando una estadía de pocas horas y cada quince días en el lugar de detención no tiene porqué ocasionar un perjuicio grave en la psiquis del niño.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En definitiva resultando la finalidad del derecho-deber a la adecuada comunicación entre el niño y su progenitora, el fomentar y consolidar el vínculo materno-filial, procurando con ello que se distancie lo menos posible el contacto que existiría dentro de una familia, la denegación de un régimen comunicacional entre ambos no sólo acarrearía consecuencias más graves en la salud psíquica del menor, que las que le generara llevar a cabo dicho régimen en el sistema carcelario, sino que además se estarían debilitando los lazos afectivos de ambos (argto. arts. 652 y ccds. del Cód. Civil y Com.).

Obviamente, este Tribunal no descarta la reflexión del recurrente en cuanto a que el juzgado de 1era. Instancia debería evaluar otras alternativas (como por ejemplo: las salidas transitorias de la Sra. M. para visitar a su hijo, que se deberían articular con la colaboración del Juez de Ejecución Penal Interviniente), pero de modo alguno -dado el informe de la perito de fs. 38/42- resultaría conveniente en función del "interés superior del niño" modificar el régimen establecido en la resolución apelada, en tanto no se informen repercusiones negativas en la salud psico-física del niño.

En consecuencia de todo ello, consideramos que el recurso de apelación se debe rechazar, lo que así se resuelve (arts. 75 inc. 22 de la Const. Nacional; 2.1, 3, 5, 8.1, 9.3 y ccds. de la Convencio de los Derecho del Niño, 5.1, 17, 19 y ccds. del Pacto de San José de Costa Rica; 23, 24 y ccds. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3, 11 y ccds. de la ley 26.061, 638, 646, 652 y ccds. del Cód. Civ. y Com.).

IV.- Por ello, citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales,

RESOLVEMOS:

I) Rechazar el recurso de apelación deducido a fs. 24, y en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia en lo que ha sido materia de agravio; con los alcances del presente decisorio.

II) No se imponen costas en atención a que el recurrente -Asesor de Incapaces- ha actuado como representante promiscuo del menor, ejerciendo



sus funciones por imperio de lo que establecen los arts. 103 del Cod. Civil y Com. y 23 de la ley 12061 -Texto según ley 13.634- (art. 68 2do. párr. del C.P.C.). **REGISTRESE.** Transcurrido el plazo del art. 267 del C.P.C., devuélvase.

NÉLIDA I. ZAMPINI

RUBEN D. GEREZ

Marcelo M. Larralde
Auxiliar Letrado