

Fallo:

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de Marzo del dos mil quince, reunidos en la Sala de Acuerdos de esta Excma. Cámara de Apelaciones de Familia, los señores Jueces titulares de la misma, Dres. Carla Zanichelli, Estela Politino y Germán Ferrer trajeron a deliberación para resolver en definitiva estos autos N° 1656/10/7F-479/13 caratulados ``D. J. E. Y OTRA CONTRA G. N. L. POR REGIMEN DE VISITAS , venidos a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 145 por la parte actora en contra de la sentencia recaída a fs. 133/136 por la que se desestima la demanda interpuesta por los Sres. José Efraín D. y Mercedes Rosa Pérez; se hace lugar a la tacha deducida a fs. 69; se imponen las costas de la acción principal a los accionantes y del incidente de tacha a N. G. y se regulan los honorarios de los profesionales intervinientes.

Habiendo quedado en estado los autos a fs. 209 se practicó el sorteo que determina el artículo 140 del C.P.C., arrojando el siguiente orden de estudio: Dres. Zanichelli, Politino y Ferrer.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 160 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, se plantean las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es justa la sentencia apelada? SEGUNDA: Costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. CARLA ZANI-CHELLI DIJO:

1- En contra de la sentencia que luce a fs. 133/136, apeló la parte actora, conforme a su escrito presentado a fs. 145.

En la decisión impugnada se reconoce expresamente el derecho de comunicación a favor de los abuelos con sus nietos, en virtud de lo dispuesto por el art.376 bis del Código Civil, siendo el mismo inalienable e irrenunciable, por lo que sólo puede ser suspendido, indica la sentenciante, cuando median causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad del menor o su salud física o moral; que en el caso resulta de fundamental trascendencia la opinión vertida por los niños en audiencia, así como el resultado de la pericia psicológica practicada a las partes del proceso; que de ellas se desprende la existencia de un enfrentamiento grave entre los adultos con patrones de interacción agresivos, que ha favorecido la formación de dos bloques con posiciones antagónicas en donde los niños no han podido ser resguardados de la conflictiva adulta, por lo que los profesionales del CAI han detectado que para los niños una eventual vinculación con los abuelos puede ser vivida como un conflicto de lealtad hacia su madre, lo que provoca, especialmente en L., un alto grado de tensión interna; que no surgen de los dichos de los niños situaciones que representen la existencia de una relación con los actores que les haya reportado una significación negativa en función de experiencias de maltrato o de desinterés hacia su persona. Concluye que el fundamento de la resistencia de los menores a retomar la vinculación

con sus abuelos paternos, se origina y se sostiene en el antagonismo que distancia fuertemente a los adultos, pero que, bajo las condiciones actuales, forzar a los niños a sostener un contacto con ellos que expresamente ha sido rechazado por aquéllos, implicaría incrementar los niveles de angustia y de tensión emocional detectados por los peritos del CAI, lo que torna desaconsejable por ahora acoger la acción incoada, sin perjuicio de lo cual, considera indispensable que los niños y adultos involucrados realicen tratamiento psicológico a fin de lograr la revinculación de los niños con sus abuelos de una manera saludable, lo que así declara en el dispositivo II del decisorio apelado.

2- A fs.149/152 expresan agravios los apelantes.

Se agravan por cuanto consideran que, si bien ha quedado acreditado en autos que existió una situación puntual en la que los adultos quedaron involucrados en cuestiones de agresiones recíprocas, sin que se les haya podido endilgar a su parte responsabilidad o culpabilidad, ello no implica per se que la relación de los niños con los recurrentes exponga a los menores a algún tipo de riesgo o peligro para ellos.

Alegan que, si bien los niños sienten que le deben lealtad a su madre, dicha situación sólo ha sido generada por la progenitora, quien a pesar de manifestar que no tiene objeción alguna a que sus hijos vean a sus abuelos, se ha encargado de generarles toda esta carga emocional y conflicto de lealtades que hoy sienten.

Señalan que en autos ha quedado acreditado el buen vínculo y contacto permanente y cotidiano que los menores tuvieron desde su nacimiento con los abuelos paternos y que los accionantes no son personas violentas, siendo por el contrario afectuosos y asistentes con sus nietos.

Se quejan por cuanto en definitiva el decisorio en crisis deja sujeto el ejercicio del derecho que le asiste a ellos y a los niños de tener el debido y normal contacto, a la libre voluntad de la progenitora quien, conforme surge de las constancias de autos, no ha efectuado tratamiento alguno ni tampoco lo hará o colaborará para que sus hijos puedan vincularse naturalmente y sin culpas con sus abuelos paternos.

Aducen que la Juez a-quo ha omitido evaluar quién ha resultado la generadora de estas conductas angustiosas y de conflicto de lealtades entre el sentimiento de los niños, quienes pretenden hacer aparecer un sentimiento de desinterés con relación a los abuelos paternos y a su padre, cuando en realidad, sienten gusto por verlos pero temen que dicha decisión genere daño a su madre. Agregan que es al sentenciante a quien le corresponde ordenar las situaciones en pos de los derechos de los niños y ello es justamente lo que no ha realizado, debiendo en todo caso haber hecho lugar a la demanda de visitas y obligar a los adultos a trabajar todo aquello que fuera pernicioso y que generara en los niños estos sentimientos ambivalentes y contradictorios, pero no hacer depender la comunicación de los menores con sus abuelos de una terapia previa de revinculación.

Se agravan por cuanto la sentencia recurrida tiene por acreditado que los niños rechazan el contacto con sus abuelos por lo que no se los puede forzar en tal sentido, siendo tal conclusión errónea, lo que surge de los dichos vertidos por los mismos a fs. 58.

Concluyen en que la resolución apelada resulta contradictoria ya que después de considerar que ha quedado acreditado el buen vínculo que existía entre los abuelos y los niños, que no hay riesgo de ninguna naturaleza para los menores, que el CAI recomendó que era indispensable que la madre colabore en dicha relación, resolvió rechazar lisa y llanamente la demanda en todas sus partes y disponer una medida que si bien es útil y necesaria, resulta ser el único contenido de la sentencia.

Por último se quejan al no haber considerado la Juez de grado el dictamen de la Sra. Asesora de Menores, quien manifiesta no tener objeciones que formular a lo peticionado a fs. 110, dictamen que si bien no es vinculante no se le puede restar mérito a la hora de resolver.

3- Corrido traslado de la expresión de agravios a la parte demandada, a fs. 158/159 contesta, solicitando su rechazo por las razones que expone a las que me remito en honor a la brevedad.

4- A fs. 198 dictamina el Ministerio Pupilar, quien solicita se practique una nueva evaluación a los abuelos paternos, progenitores e hijos a través del CAI, petición que no es acogida por este Tribunal, conforme reza el decreto de fs. 206.

5- A fs.209 se llaman los autos para resolver.

6- Ingresando al análisis de los agravios vertidos en el memorial de fs. 149/152, adelanto que la queja debe prosperar si bien no en la extensión peticionada por los recurrentes.

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 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 el derecho de visitas, también llamado ``derecho a la comunicación 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. A su vez el art. 376 bis del Código Civil establece que los padres, tutores o curadores de menores e incapaces ``deberán permitir la visita de los parientes que ``se deban recíprocamente alimentos. Estos son conforme a los arts. 367 y 368, los abuelos y demás ascendientes, los descendientes, hermanos y medio hermanos, y los parientes por afinidad en primer grado (suegros del incapaz o hijos de su cónyuge).

Tal como lo expresan Bossert y Zannoni, es razonable que así sea, 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 el art. 376 bis tiende a evitar (Bossert Gustavo y Zannoni Eduardo, 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 (CNCivil, 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, estimo que la sentencia recurrida, si bien reconoce el derecho de los abuelos a tener una adecuada comunicación con sus nietos, al desestimar la demanda instaurada, y sólo disponer una medida que a mi juicio, resulta ineficaz para superar la problemática en la que está inserta esta familia, ya que solo se limita a ordenar un control a través de la Red Asistencial de los tratamientos indicados a fs. 122, no resulta una herramienta adecuada para lograr el restablecimiento del derecho consagrado por los arts. 376 del Código Civil y 9 inciso 3 y 10 inciso 2 de la Convención de los Derechos del Niño El derecho de visitas 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 el caso resulta de gran trascendencia a fin de encontrar la solución que más consulte el interés superior de los niños, la pericia psíquica obrante a fs. 77/78, en la que los profesionales actuantes aconsejan la realización de un proceso de revinculación en el contexto de una psicoterapia de orientación familiar destinada al abordaje de los conflictos, ansiedades, vivencias, etc. que interfieren en las relaciones, proceso en el que deben incluirse tanto los abuelos como los niños y sus progenitores conforme lo vaya disponiendo el profesional tratante. También destacan que la vinculación abuelos-nietos debe ser promovida y favorecida a través del discurso y actitud materna.

De ello se desprende que el informe referido, lejos de aconsejar la prohibición de las visitas de los abuelos a los niños, las fomenta para lo cual sugiere una medida idónea a tales fines como es la

realización de una terapia de orientación familiar, destacando, asimismo, el papel preponderante que debe cumplir en ello la demandada.

Ello no implica forzar sin más, y a esta altura del proceso, a los niños a ver a sus abuelos, lo que conforme se expone en la pericia practicada en autos, redundaría en perjuicio del derecho de comunicación de visitas que la sentencia aquí dictada intenta restablecer, puesto que ello podría aumentar la resistencia y negativismo de los menores.

Lo que debe procurarse a través del presente decisorio es no solo reconocer en abstracto el derecho de comunicación de los abuelos y nietos sino convertirse en un instrumento eficaz para que dicho derecho se concrete en la práctica del modo más adecuado para preservar el interés superior de los niños.

Los elementos incorporados a la causa ponen en evidencia que el contacto de L. y L. en los hechos ha sido suprimido por el conflicto protagonizado por los adultos, pero en rigor no se ha acreditado que la comunicación de los niños con su abuelos resulte perjudicial para ellos o los coloque en una situación de riesgo, a salvo, reiteramos, la resistencia de los mismos originada en la lealtad a favor de su madre.

Sólo se pueden denegar las visitas cuando existan razones valederas que evidencien su inconveniencia para la adecuada formación de los menores en razón de los perjuicios morales 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 visitas de los abuelos sólo puede ser suspendido o negado cuando ``medien 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 de los menores como sujetos de derecho con relación a los intereses de otros sujetos, en tanto el derecho de visita 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.

Las visitas se fundan en la necesidad de sostener la solidaridad familiar y en la conveniencia de proteger los afectos que derivan de ese orden de relaciones y asimismo se apoya en el fortalecimiento de la unión familiar en contraposición al aislamiento que es la contrafigura de la esencia de la vida familiar y de la consanguinidad (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, Sala 2°, Provincia de Buenos Aires, 06/06/05, ``F.C.C. v. F.H.L. y otras s/Tenencia , Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad, vol. 22, p.2301).

No se soslaya que los menores causantes han expresado su deseo de no ver a sus abuelos.

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.

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 opinión de los expertos es que la resistencia de los niños a ver a sus abuelos se origina en un conflicto de lealtades priorizando el deseo y opinión de su madre.

``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 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 patria potestad de la progenitora sobre los menores, 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. , LLPatagonia 2011(junio) 340).

Y con esta mirada resulta correcto meriturar la conducta procesal de la madre, quien al contestar demanda se opone categóricamente al régimen de visitas peticionado, posición que mantiene en la alzada al contestar el traslado de la expresión de agravios, sin que incluso, haya hecho comparecer a los menores a la audiencia fijada a fin de que los mismos sean escuchados por los miembros de este Tribunal, ni justifica de algún modo su inasistencia, siendo que la misma ostenta su tenencia y es su representante legal.

En consecuencia, entiendo que corresponde reconocer el derecho de visitas de los abuelos. A fin de garantizar el derecho constitucional a la jurisdicción efectiva (Declaración Americana de los Derechos y deberes del hombre, art. XVIII; Declaración Universal de Derechos Humanos, art.8; Declaración Americana de Derechos Humanos, art.25) evitando reenviar a las partes a la iniciación de un nuevo proceso con la misma finalidad y, asumiendo en plenitud la competencia que el recurso de apelación le otorga a la Cámara en lo que ha sido materia de agravio, se dispondrán una serie de medidas, a fin de lograr la concreción del derecho que aquí se reconoce.

Me parece conveniente adoptar una decisión que propenda a la solución real y efectiva del conflicto, para lo cual, reitero, corresponde revocar el decisorio en crisis, acogiendo parcialmente la demanda de visitas promovida y disponiendo que los abuelos, nietos y progenitores y conforme lo vaya disponiendo el profesional y/o profesionales tratantes, se sometan a una psicoterapia de orientación familiar, destinada al abordaje de los conflictos que interfieren en las relaciones familiares, ello a fin de lograr la revinculación de los menores con sus abuelos paternos, tratamiento cuyo cumplimiento deberán acreditar mediante la presentación en autos de los respectivos certificados.

Asimismo se dispondrá, dar intervención a la Red Asistencial a fin de supervisar el tratamiento ordenado precedentemente.

Y una vez determinado por el profesional y/o profesionales tratantes que se dan las condiciones a fin de reanudar el contacto entre niños y abuelos, se deberá fijar en el Juzgado de origen una audiencia a la que deberán concurrir las partes, los profesionales del CAI que elaboraran el informe que glosa a fs. 77/78 y el o los profesionales encargados de la terapia familiar, munidos de los respectivos informes sobre el estado y evolución de la terapia y con la participación del

Ministerio Pupilar, ello a fin de establecer la modalidad del régimen de visitas.

Por último, se ordenará a la Sra. N.G., que arbitre las medidas necesarias para la realización de la terapia ordenada precedentemente, bajo apercibimiento de ser considerado su incumplimiento como una pauta a fin de rever la tenencia de sus hijos menores.

7- Habiéndose modificado el decisorio en cuanto a lo principal, corresponde modificar la imposición de costas que la sentencia apelada contiene.

Prosperando en forma parcial la demanda, las costas de primera instancia deben ser impuestas en el orden causado (arts. 35 y 36 del C.P.C.).

Los Dres. Politino y Ferrer adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.

A LA SEGUNDA CUESTION LA DRA. CARLA ZANICHELLI DIJO:

Atento al resultado del recurso planteado, el que prospera en forma parcial, corresponde que las costas de alzada se impongan en el orden causado (arts. 35 y 36 ap. I CPC).

Los Dres. Politino y Ferrer adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el presente acuerdo procediéndose a dictar la parte resolutive de la sentencia, la que se inserta a continuación:

SENTENCIA:

Mendoza, 26 de Marzo de 2.015.

Y VISTOS:

Por lo que resulta del presente acuerdo el Tribunal RESUELVE:

I. Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto y en consecuencia modificar la sentencia recaída a fs. 135/136 la que queda redactada como sigue: ``I. Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta y en consecuencia reconocer el derecho de visitas de los accionantes respecto de sus nietos menores I.L.D. y L.R.D.

II- Disponer que los abuelos, nietos y progenitores y conforme lo vaya disponiendo el profesional o profesionales tratantes, se sometan a una psicoterapia de orientación familiar, destinada al abordaje de los conflictos que interfieren en las relaciones familiares, ello a fin de lograr la revinculación de los menores con sus abuelos paternos, tratamiento cuyo cumplimiento deberán acreditar mediante la presentación en autos de los respectivos certificados. Expídase copia del

informe pericial de fs. 77/78 a fin de presentar al profesional o profesionales encargados de la terapia ordenada. III- Dar intervención a la Red Asistencial a fin de supervisar el tratamiento dispuesto precedentemente.

IV- Una vez determinado por el profesional y/o profesionales tratantes que se dan las condiciones a fin de reanudar el contacto entre niños y abuelos, se deberá fijar audiencia a la que deberán concurrir las partes, los profesionales del CAI que elaboraran el informe que glosa a fs. 77/78 y el profesional o profesionales encargados de la terapia familiar, munidos de los respectivos informes sobre el estado y evolución de la terapia y con la participación del Ministerio Pupilar, ello a fin de establecer la modalidad del régimen de visitas. A dicha audiencia deberán concurrir los abuelos, progenitora e hijos, para ser consultados en la medida de lo que resulte necesario y legalmente procedente (arts. 3.1. CDN y arts. 3, 24, 27 y cc. ley 26061) con dicho cometido. V- Ordenar a la Sra. N. G., que arbitre las medidas necesarias para la realización de la terapia ordenada precedentemente, bajo apercibimiento de ser merituado su incumplimiento como una pauta a fin de rever la tenencia de sus hijos menores.

VI- Imponer las costas de la acción principal en el orden causado y del incidente de tacha a la demandada N. L. G. (arts. 35 y 36 del C.P.C.).

VII- Regular los honorarios profesionales de la Dra. Sabina Ileana Barrera en la suma de (\$) por su actuación en el proceso principal y en la suma de (\$) por el incidente de tacha (arts. 2, 10, 14 y cc. de la ley 3641) .

II- Imponer las costas de alzada en el orden causado.

III- Regular los honorarios profesionales de la Dra. Sabina Ileana Barrera en la suma de (\$) (art. 15 ley 3641).

NOTIFIQUESE. BAJEN.

Dra. Carla Zanichelli

Juez de Cámara

Dr. Germán Ferrer

Juez de Cámara

Dra. Estela Inés Politino

Juez de Cámara

