

San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, 24 de mayo de 2018. Reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINERÍA de la Tercera Circunscripción Judicial, Dres. Carlos M. CUELLAR, Edgardo J. CAMPERI y Emilio RIAT, después de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada "J., M.L. C/ V. S.B. S/ REGIMEN DE COMUNICACION" (R.C. 01692-16) y discutir la temática del fallo por dictar, de todo lo cual certifica el Actuario, emiten sus votos en el orden establecido en el sorteo practicado respecto de la siguiente cuestión por resolver: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada el Dr. CUELLAR dijo:

Llegan estos autos al Acuerdo con motivo del recurso de apelación y de un hecho nuevo formulados por el Sr. J. (fs. 116) contra la sentencia que rechazó su demanda, concedida aquélla libremente con efecto suspensivo (fs. 117), fundada (fs. 134/149) y sustanciada con la Sra. V. quien guardó silencio ante el traslado que se le corriera.

El Defensor de Menores contestó la vista que le fuera conferidas (fs. 157)

Ingresando ya al examen de la temática traída a debate, luego de analizar la sentencia en crisis y las constancias tanto de autos como de todos los vinculados requeridos como medida para mejor proveer, anticipo que propondré el rechazo del recurso el cual advierto -sin embargo- esta borderline con la deserción.

La Jueza de grado apuntó su decisión, en resumen, en que la relación entre padre e hijo debe ofrecer seguridad para este último; en este caso estamos ante un niño aterrorizado ante el salvajismo de su padre; establecer un sistema de contacto, a favor de un padre que tiene nulo reconocimiento sobre las implicancias de su conducta es correr el eje del interés superior del niño, principio rector en este tipo de asuntos, en pos de la aplicación fría de la ley que manda vincular; existen dos víctimas de la violencia del padre: madre e hijo; y, en fin, el actor nada aportó para acreditar, tras sus graves desórdenes de conducta del pasado, que el contacto actual con el hijo resulte beneficioso para este.

El Tribunal admitió el hecho alegado como nuevo (fs. 159/160 vta.) y, una vez producida la prueba pertinente, el Defensor de Menores volvió a contestar (fs. 198) y el recurrente presentó alegato de bien probado (fs. 205).

El Sr. J. adujo, en esencia, que no se acreditó que su presencia resulte perjudicial para el hijo; la Jueza incurrió en consideraciones subjetivas; valoró mal la prueba; está especulando; resuelve contra el interés del niño; hace muchos años que no lo ve; durante casi un año estuvo concurriendo a terapia psicológica; tiene otro hijo de 16 años, de cuya madre está separado, con quien se ve muy seguido y no tiene ningún inconveniente; lamentablemente los dos niños perdieron contacto; y que, en fin, no ha tenido trato alguno con la Sra. V. desde hace también muchos años. Finalmente agregó que con la prueba producida en esta segunda instancia se confirman los hechos nuevos denunciados y que no han existido en éstos últimos años hechos de violencia familiar contra la Sra. V., por no haber tenido contacto con la misma ni con el hijo común; asistió a terapia durante 2016; las declaraciones testimoniales

brindadas por sus ex parejas destacan que no ha tenido inconveniente alguno con ellas y que ha mantenido y mantiene con ambas una excelente relación.

Puede verse pues, aún pese al criterio amplio vigente en materia de apreciación del memorial de agravios, que directamente no habría de parte del apelante ninguna crítica concreta ni razonada de la resolución en crisis, por lo que su recurso debiera técnicamente declararse desierto al no haber satisfecho con la suficiencia debida las exigencias legales adjetivas (art. 265 y 266 Código Procesal) .

Recuérdense al respecto cómo el memorial presentado por un recurso en relación debe necesaria y fatalmente representar un ataque tendiente a la destrucción del fallo en la parte que el apelante entiende que lo perjudica. El hecho que la crítica sea razonada importa que debe contener fundamentos y una explicación lógica de los motivos por los cuales el Juez hubo errado en su decisión. El memorial constituye la demanda con que se inicia la instancia, de forma que sin ella no hay juicio de apelación (Costa, E., "El recurso de apelación", p. 152). En la vía de apelación (impugnación por errores in iudicando) la fundamentación del memorial trata uno de dos temas o ambos: o demuestra que la fijación de los hechos fue errada (porque la elaboración de la consideración probatoria es falsa, incompleta, se omitieron considerar medios esenciales, etc.) o que la subsunción jurídica es incorrecta (porque no se aplican las normas previstas, su alcance es distinto, etc.). Cuando el memorial no contiene los elementos mínimos necesarios para su procedibilidad el recurso debe declararse desierto, ya que en tal caso la impugnación realizada carece de eficacia suficiente. La ley requiere un análisis razonado y crítico del fallo, es decir la demostración de los motivos que se tienen para considerarlo equivocado, de manera que en ausencia de objeciones especialmente dirigidas a las consideraciones determinantes de la decisión adversa no puede haber agravio que atender en la Alzada pues, por falta de suficiencia técnica, no existe su cabal expresión. La autonomía en el propósito revisor impide que la expresión de agravios se autoapoye en un indebido reenvío a consideraciones anteriores, porque se trata de satisfacer una carga técnica temporalmente única y concentrada. Como casi siempre es más difícil hacer un fallo que anotar el esfuerzo rectificatorio que se busca en la Alzada para obtener su modificatoria o revocación debe ser concreto, circunstanciado, razonado, crítico, objetivo, serio y adecuadamente motivado. Lo concreto se refiere a lo preciso, indicado, determinado, o sea que debe decirse cuál es el agravio. Y lo razonado indica los fundamentos, las bases, las sustentaciones, es decir que debe exponerse por qué se configura el agravio. La ley requiere primero que el apelante seleccione el argumento del discurso del Magistrado que constituya la idea dirimente por conformar la base lógica de la decisión, luego que señale cuál punto del desarrollo argumental ha incurrido en un error en sus referencias fácticas o interpretación jurídica que llevarán al ulterior desacierto concretado en la sentencia; si el memorial no se formula así resulta derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica, antes que por la solidez de la sentencia todavía no examinada. Hay así una necesidad imperiosa por parte del recurrente de exhibir los fundamentos de las propias críticas como único medio de posibilitar el contralor jurisdiccional propio de la 2a. instancia; si falta ese juicio de ponderación razonado, si faltan esas argumentaciones, la Alzada carece del material indispensable para confrontar los argumentos del Juez a quo con

los que -de contrario- aduce el apelante. El memorial debe autoabastecerse lo cual implica que el agravio debe demostrarse en el mismo escrito en que se expresa pues el recurso debe bastarse a sí mismo; sin que quepa remitirse a los argumentos sostenidos en la instancia, ya que ello no cumplimenta la carga de rebatir pormenorizadamente los fundamentos básicos esenciales que sirven de apoyo a la sentencia. La remisión a presentaciones anteriores o su reproducción o las simples manifestaciones, por resultar inoficiosas y haber sido ya juzgadas, no suplen la formulación de una impugnación categórica y específica del pensamiento del Juez; deficiencias todas ellas que no pueden ni deben suplirse de oficio por la Alzada porque la carga de agravarse como marca la ley es un imperativo del propio interés del recurrente. El memorial, entonces, debe alcanzar un mínimo de suficiencia técnica, desarrollando en forma completa y acertada argumentos que patenten la pertinencia de lo aseverado e ingresando en un análisis integral de los presupuestos fáctico-jurídicos que desarrolló el Juez, para evitar la deserción. Si el agravio constituye una reproducción casi literal de una presentación anterior, o la queja se insinúa con fundamento en lo expresado antes de la sentencia, no hay crítica concreta ni razonada; es que no cabe repetir argumentos manidos ni perseverar en una copia de escritos, sino tomar cuanta racionalmente de lo dicho por el Juez para rebatirlo con nuevas ideas. Así como no corresponde auspiciar una postura rígida que se amuralle en escrúpulos teñidos de ceremoniosidad, del mismo modo tampoco procede una libérrima actitud oficiosa que -superando a la justicia rogada- termine provocando una lesión disfuncional al principio de bilateralidad. Como correlato forzoso de la aplicación de los principios expuestos precedentemente, la deficiencia del memorial trae aparejado el consentimiento tácito de la sentencia en crisis. Cuando el memorial carece de suficiencia técnica, como sucede si se limita a reproducir consideraciones o fundamentos formulados en escritos anteriores y hacer una impugnación del fallo en términos generales sin exponer las causas por las que se lo considera equivocado, el mismo no alcanza a reunir el nivel mínimo y conduce a la deserción. En suma: no obstante el criterio restrictivo que rige en torno a esta sanción si el escrito no cumple de modo manifiesto la carga procesal referida a la necesidad de articulaciones razonadas, fundadas, y objetivas sobre errores de la sentencia, puntualizados mediante un análisis crítico de tal forma que la misma ha de perder su jerarquía de verdad conclusiva, fatalmente debe llegarse a declarar su deserción (cf. in extenso Falcón, E., "Código...", T° II, págs. 422 y sgts.; Morello, A. y Otros, "Códigos...", T° III, págs. 332/375; Palacio, L., "Derecho procesal civil", T° V, págs. 599 y sgts.; Carrió, G., "Cómo argumentar y estudiar un caso frente a un Tribunal", Rev. Jus, La Plata, N° 25, p. 43; Alsina, H., "Derecho Procesal", Vol. IV, p. 389/390; Ibañez Frocham, M., "Tratado de los recursos en el procesio civil", p. 43; etc.).

Luego: si ut supra hubiere prevenido cómo el Sr. J. omitió formular un cuestionamiento cali y cualificado a las sucesivas premisas fundantes en las cuales la Jueza apuntocara su decisión, en tanto y cuanto limitó el alcance de su memorial a un mero reenvío a sus previas argumentaciones precisamente ya juzgadas en la resolución recurrida pero sin dotarlo de la imprescindible mínima suficiencia técnica, irrumpiría como única posibilidad -insisto: técnica- la referida deserción.

Obiter dictum con tal sólo contrastar los agravios sintetizados con las argumentaciones resumidas de la sentencia surge patente a mi juicio, en subsidio, la insuficiencia de aquéllos para modificar ésta.

El derecho de comunicación previsto en las disposiciones sobre responsabilidad parental se concede para fortalecer las relaciones afectivas en beneficio de los progenitores y sobre todo de los propios niños. Por ello, en principio, se debe propiciar la comunicación más fluida posible entre ambos en virtud de que todo niño necesita mantener una estrecha relación con sus padres para lograr de tal suerte una adecuada y mejor formación.

La doctrina y la jurisprudencia actual observan que el régimen comunicacional debe analizarse desde la perspectiva del niño siguiendo la lógica de la Convención respectiva (art. 9 inc. 3°), la cual 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.

Precisamente el interés superior del niño (aunque hubiese sido preferible la expresión inglesa *the best interest of the child* o sea el mejor interés) es el criterio hermenéutico que rige toda la materia que los involucra, ya sea de manera directa o indirecta, e implica que su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos deben considerarse para la elaboración y aplicación de normas en todos los órdenes relativos a su vida (CIDH, 28-8-02, "Opinión consultiva 17/02 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", LL 2003-B-312). Como es sabido en nuestro derecho interno dicha fórmula ha sido expresamente consagrada (art. 113 inc. c, 639, 653, 706 inc. c y cdt. CCCN, arts. 1 in fine y 3 ley 26.061 y normas provinciales consiguientes). Y lo fue como norma abierta porque no se establecen lineamientos concretos y cerrados para que el Juez pueda identificar cuál es el interés del niño sino que, por el contrario, se brinda una directiva amplia y general delegando en aquél la facultad de dar contenido a dicha fórmula justamente para poder abarcar un cúmulo situacional incompatible con una enumeración casuista. Bien se dijo que este interés, globalmente considerado, es en esencia relativo pues se trata de una síntesis lógica de una amplia gama de componentes, objetivos y subjetivos, variables según las más diversas modalidades y circunstancias (Rivero Hernández, "El derecho de visita", p. 159). También se postuló que constituye un principio de naturaleza histórico-cultural que simboliza la idea de que el niño ocupa un lugar importante en la familia; con lo cual sería una suerte de mandato dirigido a los padres, al Estado y a la comunidad en general (Grosman, El interés superior del niño, en "Los derechos del niño en la familia: discurso y realidad", p. 23). Es el juez, entonces, quien tiene la facultad de seleccionar la interpretación que se considere más adecuada por lo que las decisiones, a pesar de hallarnos ante una misma situación fáctica, pueden ser diferentes y hasta contradictorias (Ilundain, El interés superior del niño, en Kemelmajer de Carlucci - Herrera, "La familia en el nuevo derecho", T° II, p. 197). Este amplio espectro con que cuenta el Juez fue advertido por la Corte Federal al prevenir que el principio del interés superior del niño obliga a los Magistrados a fundamentar debidamente la selección que realicen, para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales (CSJN, 29-4-08, Fallos 331:941).

Tal principio rector ha sido reiteradamente interpretado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la máxima satisfacción, integral y simultánea, de los derechos y las garantías reconocidos en la ley (26/03/2008, "A., M. S.", DJ, 2008-2-772).

Se trata pues de un principio garantista direccionado al efectivo cumplimiento y efectivización de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el caso que ahora nos ocupa la Jueza, exactamente al contrario del cúmulo de imputaciones dogmáticamente hechas, valoró en su justa (y por demás obvia) medida en la intrínseca y significativa eficacia probatoria de un cúmulo de graves antecedentes claramente direccionados a la inconveniencia -al menos de momento- de revincular al Sr. J. con su hijo.

Véanse si no las recomendaciones consignadas en los informes que se sucedieron a lo largo de dos de los procesos vinculados ("V., S. B. C/ J. M. L. S/ LEY 3040" y "V. S. B. C/ J. M. L. S/ HOMOLOGACION (F)" -Exptes. N° 02061-07 Y 05173-10, respectivamente-).

A modo de otra por demás elocuente muestra me permito llamar la atención de los colegas sobre las constancias de una de las causas penales en las que el apelante resultó condenado (cf. in re "J., M. L. S/ VIOLACION DE DOMICILIO, LESIONES Y DAÑO S/ CASACION" -Expte. N° 28.586-16 STJ-), con especial referencia a cómo el niño presenció el ataque del padre hacia la madre (fs. 386/397 vta.) y a sus inevitables repercusiones negativas desde el punto de vista psicológico (cf. v.gr. fs. 389 vta. conclusión de la psicopedagoga).

Precisamente la Jueza meritó que el niño rechazó la vinculación propuesta ya que recuerda y relata las golpizas que su padre le propinaba a su madre llegando a referir que éste "mató a su hermanita", aludiendo a la pérdida de un embarazo de la Sra. V. por una feroz golpiza de J. (fs. 96). Sentimiento que se repitió incluso en la otra entrevista luego también mantenida con el Defensor (fs. 181).

Destaco en este sentido que el niño ha alcanzado ya una madurez y desarrollo tales que hay una fuerte probabilidad de que su interés superior coincida con su expresada opinión y/o deseo, a cuyo fin recuerdo que el juicio propio de un niño no necesariamente tiene que atarse a una edad cronológica determinada para determinar si sus dichos son o no genuinos.

E in itinere advierto que existe una complementariedad entre el interés superior del niño y su derecho a ser oído, de suerte que muchas veces no es posible una aplicación correcta del primero si no se respeta el segundo; uno refuerza la funcionalidad del otro, al facilitar el papel de los niños en todas las decisiones que afectan su vida.

Ante tales condiciones de revista fáctico-jurídicas, que por cierto no se modificaron mínimo minimorum con la prueba rendida en esta Alzada, resulta evidente que no se puede obligar al niño a tener contacto con un progenitor que lo expuso a vivenciar situaciones particularmente traumáticas como la indicada.

El propio Sr. J. admite que tuvo una relación conflictiva y enfermiza con la Sra. V. (fs. 139) pero de consuno, inexplicablemente, in mens retenta pretende, corriendo el eje del interés superior del niño en pos de la aplicación fría de la ley que manda

vincular como muy bien advirtió la Jueza, disociar los perniciosos efectos que aquélla tuvo sobre el hijo común.

Desde siempre tanto las reglas de la sana crítica como las máximas experienciales, y hasta el propio sentido común, indican sin ambages cómo en general todo menor que integra una familia virtualmente desquiciada padece secuelas irreversibles para el resto de su vida.

Y como este caso no parece ser la excepción a esa regla es altamente verosímil que implementar, ahora, un régimen comunicacional que el niño enfáticamente rechaza, con arreglo a los graves antecedentes que registra el padre, pueda potenciar disvaliosamente su estado anímico y por tanto comprometer ya sin remedio su interés superior.

Por lo mismo no advierto elemento probatorio ninguno que me permita sostener que la revinculación del niño con su progenitor pueda resultar viable cabiendo indicar, en directa relación con la propuesta in extremis hecha por el Defensor (fs. 198 cit.), que no se trata de una circunstancia susceptible de ser decidida por el Tribunal por escapar a cualquier posible y putil fiscalización; si más allá de lo que aquí se decida entre padre e hijo se cursan mensajes de texto o llamadas telefónicas será algo a suscitarse de motu proprio que escapa al imperium judicial, y en la medida que sirva ex nunc para ir modificando el actual sentimiento del niño podrá reverse la cuestión

En fin: de momento la inconveniencia de revincular al apelante con su hijo ha quedado suficientemente demostrada, en función de la evidente colisión entre la pretensión del Sr. J. y el deseo de su hijo, lo cual impone privilegiar el status quo vigente en orden a satisfacer el interés superior de este último por medio de una tutela diferencial, de suerte que dicha solución resulta, rebus sic stantibus ser también la más funcional a la armonización de los intereses en juego.

Finalmente con respecto a las costas entiendo insustancial el agravio, por no existir razones para apartarse de la regla general del resultado (artículo 68 Cód. cit.)

Sin perjuicio pues de lo expuesto primeramente sobre la virtual deserción recursiva, en cualquier caso, todo lo dicho es a mi juicio más que suficiente para discernir la suerte subsidiariamente negativa del recurso porque sólo deben tratarse las cuestiones, pruebas y agravios, conducentes para resolver en cada caso lo que corresponda, sin ingresar en asuntos abstractos o sobreabundantes, siendo bien sabido cómo los Jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas, ni seguir a las partes en todos y cada uno de los argumentos que esgrimen en resguardo de sus pretensos derechos, bastando que lo hagan respecto de aquello que estimaren conducente o decisivo para resolver el caso, pudiendo preferir algunas de las pruebas en vez de otras u omitir toda referencia a las que estimaren inconducentes o no esenciales (CSJN, Fallos 308:584; 308:2172; 310:1853; 310:2012; etc.; STJRN, 11/03/2014, "Guentemil", Se. 14/14; STJRN, 28/06/2013, "Ordoñez", Se. 37/13, etc.).

En síntesis, de compartirse mi criterio, propongo al Acuerdo resolver lo siguiente: I) CONFIRMAR in totum la sentencia en crisis, DENEGANDO al efecto el recurso apelativo en cuestión; II) DE forma.

Así lo voto.-

A la misma cuestión el Dr. CAMPERI dijo:

Por compartir lo sustancial de sus fundamentos, adhiero al voto del Dr. CUELLAR .

A igual cuestión el Dr. RIAT dijo:

Ante la coincidencia precedente, me abstengo de opinar (artículo 271 del CPCCRN).

Por ello, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería,  
RESUELVE: I) CONFIRMAR in totum la sentencia en crisis, DENEGANDO al efecto el recurso apelativo en cuestión; II) PROTOCOLIZAR, REGISTRAR y NOTIFICAR lo resuelto en la instancia de origen III) DEVOLVER oportunamente las actuaciones.

EDGARDO J.CAMPERI

CARLOS M. CUELLAR

EMILIO

RIAT

Juez de Cámara

Juez de Cámara

Juez de

Cámara

Por ante mí:

ALFREDO J. ROMANELLI ESPIL

Secretario de Cámara