

## Regimen De Visitas Legitimacion Activa Progenitor Afin Interes Superior Del Nino Codigo Civil Y Comercial Unificado

### JURISPRUDENCIA

superior del niño. Código Civil y Comercial unificado

Régimen de visitas. Legitimación activa. Progenitor afin. Interés

Atendiendo a la figura del progenitor afin prevista en el nuevo Código Civil, se fija un régimen de visitas a favor de la expareja de una madre respecto de su hija menor de edad, respetando el vínculo creado entre ambos, que no puede quedar vacío ante la separación de los adultos, con fundamento en el interés superior del niño.

Córdoba, nueve de febrero de dos mil quince. VISTOS: Los autos caratulados: "T. M. F. C/ C. B.- MEDIDAS URGENTES (AR 21 INC. 4 LEY 7676)" (EXPTE. 1620277) de los que resulta que: I) a fs. 1/4 comparece el Sr. F. T. M. con el patrocinio letrado de la letrada María Belén Mignon y solicita que se establezca un régimen comunicacional a favor de la niña A. C., quien cuenta actualmente con seis años de edad, a quien ha cuidado y con quien ha convivido desde que tenía una año y tres meses de edad, construyendo un auténtico vínculo paterno-filial. Manifiesta que el régimen propone es el que se ha venido desarrollando hasta la separación de pareja con su madre, Sra. B. C. y consiste en: todos los días desde la salida de la escuela (12 horas) hasta las 16.30 horas. En dicho horario comparten el almuerzo y luego restituirá a la niña al domicilio materno. Asimismo, solicita que un día de la semana (a convenir con su mamá), la niña permanezca con él desde las 20.45 hasta el día siguiente en que la llevará al colegio. Asimismo, que un fin de semana al mes, permanezca con él desde el sábado a las 10 horas hasta el domingo a las 20 horas. Expresa que se encuentra legitimado activamente para accionar en los presentes conforme los nuevos principios y normas del denominado "Constitucionalismo de los Derechos Humanos" que impregnan nuestra legislación desde la reforma constitucional del año 1994, revistiendo los mismos carácter operativo, especialmente la "Convención de los Derechos del Niño", art. 3 (interés superior del niño), art. 4 (principio de efectividad) y ar 5 (concepto de familia ampliada), art. 7 del Decreto Reglamentario 415 de la ley 26061 y ar 75 inc. 22 de la C.N. Dice que la legislación infraconstitucional más moderna y acorde a las nuevas concepciones de patria potestad y familia refleja el espíritu de la normativa referida. En un todo conteste están los art. 3 y 29 de la ley 26.061, especialmente el art. 7 del decreto reglamentario 415/06 que establece una noción amplia de familia. En este sentido "se entenderá por familia o núcleo familiar?, "grupo familiar?, "grupo familiar de origen?, "medio familiar comunitario? y "familia ampliada?, además de los progenitores a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección". Fundamenta la obligación de auxilio judicial, el hecho que tiene un interés legítimo, basado en el vínculo afectivo que existe entre la niña A. C. y él, quien ha crecido en un medio familiar, hogar del que formaba parte él. Es decir, sustenta su legitimación activa en el legítimo interés fundado en lo que sin lugar a dudas ha sido un verdadero vínculo paterno filial, que ha tenido todas las características de lo que el legislador consideró relevante para calificar a la familia aunque el mismo no implique relación de parentesco. Conforme la ley infraconstitucional carece de derecho subjetivo para accionar, mas existe un interés legítimo, basado en una relación afectiva, lo que surgirá de la exposición de los hechos y la prueba a rendirse en los presentes. A continuación cita fallos jurisprudenciales que avalan su postura. Es pertinente señalar que el Proyecto de Reforma del Código Civil otorga reconocimiento legal a las familias ensambladas, razón por la cual se le debe otorgar el derecho a la jurisdicción desde el paradigma del derecho humanitario inclusivo de las diferentes formas familiares. Por último, señala que quien ha generado y habilitado un vínculo de afecto, en este caso la progenitora, no sólo no puede obstaculizarlo por la teoría de los actos propios, sino que también debe existir coherencia y responsabilidad en los actos que las personas realizan.

Afirma que A. C. es hija de su ex pareja, Sra. B. C. y que su relación se desarrolló desde el mes de julio de 2008, fecha en que se conocieron debido a que la progenitora solicitaba información y educación respecto a una terapia alternativa para aliviar flemas y tos de la niña. Así, comenzaron el tratamiento y a los tres meses entablaron una relación afectiva y de pareja. Al poco tiempo, B. quedó embarazada, circunstancia que los llenó de felicidad. La relación familiar se desarrolló de manera habitual y conformaron una familia junto con los hijos de su matrimonio anterior (A. F. y N. Y.) quienes en ocasión de las vacaciones también residían en su hogar (ya que viven en T.). En febrero de 2009, decidieron que él iba a intervenir, participar y ayudar en la crianza de A. y desde ese día la ha ido a buscar al pre jardín, entre las 13.15 y 13.30 horas, horario en que ya tenía preparada la comida para los dos. Esta actividad cotidiana, se prolongó todos los años de convivencia. El ejercicio de la responsabilidad parental, y actos concretos que significan cuidado, alimentación, afecto, educación, lo ha realizado con todo el amor, cariño y respeto que se generó entre ambos. Esta situación se prolongó durante los años 2010, 2011, 2012 y hasta la actualidad. Por otra parte ha sucedido que muchas veces ha

llevado a la niña a la hora de la entrada escolar, circunstancia que figura en las constancias del personal del Jardín de Infantes. A modo de ejemplo, la entrega de los videos de fin de año lectivo fue en su domicilio. Asimismo, ha participado activamente en el festejo de sus cumpleaños, integrando a la familia de B., amigos del jardín y otros niños del barrio. Dichos festejos se han sucedido año tras año, involucrando distintas actividades. Agrega que el 04/07/2009 sufrieron la dolorosa pérdida de un embarazo de 37 semanas. Dice que luego de ese penoso hecho, comenzaron distintas terapias y alternativas tendientes a fortalecerse como pareja y personas y poder salir adelante. A principios del año 2012, B. le expresó que necesitaba una terapia ya que la aquejaban dolores emocionales y acudieron a la Lic. S. G., no obstante ello, ella dejó de asistir prontamente. Expresa que en el año 2013 la relación de pareja comenzó a deteriorarse y volvieron al tratamiento con la psicóloga, en esa ocasión B. reincide en dejar la terapia. Así, le expresó sentir dolores emocionales y manifestó su deseo de irse de la casa, lo que hizo en agosto de 2013. Así las cosas, hasta el día 23/10 continuaba buscando a A. en la Escuela a la que asiste y se quedaba en su casa a comer hasta las 16.30 horas. Ese mismo día le avisó que ya no podría buscar más a la niña, que ella decidiría cuando la podría ver y que es lo mejor para su hija. Frente a esta afirmación, le contestó que la pequeña también es su hija del corazón y que habían conformado una familia, que su separación no debía interferir en la relación parental. Actualmente, B. sólo le permite el contacto una hora al día, horario que ella establece. Asimismo, prohíbe a A. ir al domicilio donde vivían desde el año 2008 hasta hace aproximadamente un mes. Además, hace saber que A. tiene allí su hogar, su barrio, sus amigos, su habitación, su conejo, sus cosas y su hermano del corazón. Ofrece prueba documental, informativa y testimonial.-

II) A la solicitud de régimen de visitas, se le imprime el trámite previsto por los arts. 507 y ss del C.P.C. y se fija audiencia a los fines de tratar un régimen de visitas provisorio, debiendo comparecer las partes y la niña A. C.. Asimismo, se le da intervención a la Sra. Asesora de Familia y se requiere la presencia de un profesional del CATEMU (fs. 17).-

III) A fs. 31 se lleva a cabo la audiencia fijada, a la que sólo comparece el Sr. T. M. y su letrada patrocinante, en ausencia de la Sra. B. C. y de la niña, por lo que se resuelve pasar a un cuarto intermedio. Con fecha xxx comparecen las partes, en presencia de la Sra. Asesora de Familia interviniente y los miembros del CATEMU. En esa oportunidad, el Sr. T. M. se ratifica en todos sus términos del escrito presentado a fs. 1/4. No obstante, en virtud de lo trabajado ante S.S., la Asesora de Familia y el equipo interdisciplinario del CATEMU, solicita que se establezca un régimen comunicacional consistente en los días martes y jueves desde las 12 hasta las 17 horas, reintegrándola al domicilio materno y un fin de semana al mes (el segundo de cada mes) desde el día sábado a las 10 hasta el día domingo hasta las 20 horas. Concedida la palabra a la Sra. C., manifiesta que ha efectuado planteos de nulidad en relación a las cédulas de notificación de la audiencia del 17/12/xxxx. En cuanto al contenido de la demanda y contestación de la misma, no teniendo conocimiento de ésta, nada puede expresar hasta tanto se resuelva el planteo de nulidad incoado. En cuanto a la propuesta resultante del trabajo efectuado por S.S. y le entrevista personal con la niña, propone como régimen comunicacional dos días a la semana desde las 12.30 hasta las 17.30 horas, retirando el Sr. T. M. a la niña del domicilio materno y debiendo restituirla a ese domicilio a la finalización. Se opone a que la niña pernocte un fin de semana al mes en el horario y extensión propuestos por el actor atento la inconveniencia y el perjuicio que esto ocasionaría en la salud de la niña. Asimismo, solicitó que previo a resolver se disponga pericia psicológica del actor, de los hijos de éste con quienes conviven en el domicilio particular, encuesta socio ambiental para determinar sus condiciones de vida y todo otro dato de interés.-

IV) A fs. 41/45 la Sra. C. presenta un escrito reponiendo y apelando en subsidio el acta de fecha 17/12/xxxx. Por proveído de fecha 14/02/xxxx (fs. 48) no se le hace lugar al incidente de reposición ni a la apelación en subsidio. Al planteo de nulidad, en razón de las constancias de fs. 30 y lo dispuesto por los arts. 110 y 111 inc. 1) de la ley 7676, no se le hace lugar por improcedente.- V) A fs. 51 se acompaña informe elaborado por los profesionales del CATEMU, manifestando los mismos que de lo escuchado en la audiencia, surge que el Sr. T. M. y la niña A. C. sostienen un vínculo de características paterno filiales desarrollado a lo largo de los años de convivencia de la pareja T. M.- C., lo que fue avalado y promovido también por ésta última. A partir de ello, se evalúa conveniente que se fije un régimen comunicacional acorde a las necesidades afectivas de la niña en relación al contacto con el Sr. T. M., a quien visualiza como figura paterna, no surgiendo impedimento para que el mismo contemple un contacto amplio y frecuente.-

VI) Contestando la vista que le fuera corrida, la Sra. Asesora de Familia de Primer Turno, manifiesta que cabe destacar que la petición encuadra en la órbita de las medidas cautelares, y que analizadas las constancias de la causa se adelanta opinión en el sentido que debe hacerse lugar al pedido de fijación de un régimen de visitas. Dice que es su criterio que están dados los requisitos de admisibilidad de la medida solicitada. En efecto, quien petitiona la cautelar ha justificado sumariamente la verosimilitud de su derecho y el peligro en la demora. Asimismo, se debe destacar que la Sra. B. C., progenitora de la niña tutelada, no se opuso a la fijación de un régimen comunicacional entre su hija y el Sr. T. M., sino que lo hace a la modalidad que ha sido propuesta en oportunidad de celebrarse la audiencia en los términos del art. 21 inc. 4 de la ley 7676. Atento ello, teniendo en cuenta el informe favorable por parte de los miembros del CATEMU y habiendo tenido un contacto personal con las partes y su representada, estima que se debe hacer lugar al régimen comunicacional solicitado a desarrollarse bajo la siguiente modalidad: martes y jueves de 12.30 a

17.30 horas, los segundos fines de semana de cada mes, desde el sábado a las 10 hasta el domingo a las 20 horas, en todos los casos con retiro y reintegro del domicilio materno.- Seguidamente se dicta decreto de autos, encontrándose la causa en estado de ser resuelta. Y CONSIDERANDO: I) El pedido de fijación cautelar de régimen de visitas efectuado por el Sr. F. T. M. y la propuesta diferente realizada por la progenitora de la niña B. C.. II) Que en primer lugar corresponde precisar que es viable la fijación cautelar de este tipo de régimen comunicacional de acuerdo a las facultades otorgadas a quien suscribe en el art. 21 inc 4 de la ley 7676. Por otra parte, éste trámite no ha sido cuestionado por la demandada, por lo que debo entrar en su consideración, conforme a las pruebas incorporadas en autos y lo escuchado personalmente ?a las partes y a la niña- al momento de la recepción de la audiencia. III) Entrando a analizar el régimen vincular solicitado debo precisar que en el Código Civil aún vigente no existe una norma expresa que recepte este tipo de sistemas vinculares entre niños y los que fueron parejas de sus padres. Sin embargo ello no es óbice para su fijación teniendo en cuenta todo el plexo normativo vigente en Argentina y en especial lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26.061. Tanto la normativa trasnacional, como la ley local que le da operatividad, establecen como principio rector que debe prevalecer el del ?interés superior del niño?, como subyacente a todas las medidas, resoluciones o cuestiones que a niñas, niños y adolescentes atañen. Por tal motivo no podemos ceñirnos a un criterio formalista a la hora de resolver una cuestión como la que aquí se presenta, rechazando la posible procedencia de un régimen comunicacional para quien no se encuentra expresamente determinado en la ley civil. Debe realizarse en cambio una interpretación amplia del artículo 376 bis del Código Civil, extendiendo la legitimación de quienes pueden solicitar un régimen vincular, más allá de los que estrictamente se encuentran mencionados en la norma. En este sentido ?y comentando un fallo del juzgado de Familia de III Nominación que fuera confirmado por la Cámara de Familia de II Nominación en el que se habilitaba un régimen de visitas a la denominada ?madre de crianza?, yo mismo expresaba en el año 2003 que ?extender la legitimación para el requerimiento de un régimen de visitas no es una interpretación antojadiza, ni ?contra legis? sino que por el contrario encuentra su fundamento en las directrices de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada al texto constitucional del año 1994 y que tienen un carácter operativo de acuerdo a la opinión unánime de la doctrina y jurisprudencia? (Tavip, Gabriel: ?El derecho de visitas y el interés legítimo de terceros; en Actualidad Jurídica de Córdoba, N° 5, Córdoba, 2003). Varias voces doctrinales y jurisprudenciales se han sumado a esta interpretación flexible y amplia del ar 376 bis entendiendo que ?del plexo constitucional y normativo citado se infiere, sin lugar a dudas que existe un derecho fundamental del niño a relacionarse con sus familiares biológicos y afines, sin límite alguno, así como otras personas (padrinos, amigos, vecinos, allegados) que constituyan sus referentes afectivos y representen vínculos significativos en su historia de vida? (Fama, María Victoria: ?La restricción del ar 376 bis del Código Civil y el derecho del niño a relacionarse con sus referentes afectivos?, en Régimen Comunicacional. Visión Doctrinaria; Nuevo Enfoque; Córdoba. 2011; 263). Tengo en claro que muchas veces entre niños y los cónyuges o convivientes de sus padres nacen y se fortalecen vínculos afectivos que nutren la vida de esos hijos. En determinadas ocasiones, la vida diaria durante la convivencia los ha llevado a crear, intensificar y vivificar situaciones que los ponen a ambos en un nuevo rol mutuo, un rol de padres/madres e hijos por afinidad. Por ello, la ruptura del vínculo adulto no puede dejar vacía esa relación que todos han logrado y de la que todos han sido partícipes. También soy consciente que no en todas las ocasiones es posible la mantención de un vínculo de esta naturaleza, ya que o por una parte esa relación mutua de afecto no ha existido ?entre el padre/madre e hijo el cónyuge o conviviente-, o no lo ha sido con la intensidad necesaria que amerite la prosecución de una relación, o en su defecto no es beneficiosa para el niño. Así se ha referido que ?Por lo tanto resulta claro que el progenitor afín que contrajo nupcias de acuerdo con lo que prescribe el art. 368 del código de fondo, tiene derecho a ver a sus hijos afines, salvo que frente a oposición fundada se probare la inconveniencia de dichos encuentros. Por el contrario, nuestro país carece de regulación sobre la materia planteada respecto de las parejas convivientes. Ha sido la doctrina y la jurisprudencia las que han dado respuesta a este vacío legal. En primer lugar, proporcionándole una interpretación amplia al derecho positivo y, desde unos años a esta parte ?aunque en menor medida en ese tema puntual-, acudiendo a los instrumentos internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional y suprallegal? (Pagano, Luz M. ?Participación de los niños en los procesos de régimen de visitas promovidos por sus progenitores afines? (RDF N° 62, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 111). Además estas nuevas realidades familiares han cobrado una significancia tal que han sido receptadas en el Código Civil y Comercial que entrará en vigencia el 1 de agosto del año en curso, regulando la figura del progenitor afín en los arts. 672 a 676, ("Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines", que está incorporado al Título VII sobre "Responsabilidad parental" ?Capítulo 7 / Título VII del libro segundo), lo que muestra a las claras que no pueden ser vistas con rigorismos formales. Por todo ello reafirmo la idea que es posible la fijación de un régimen de visitas para un padre afín en los casos que se verifique que la relación ha tenido la profundidad y duración adecuada y que además que esta solución sea lo que más lo beneficia. IV) En el caso traído a resolución debo considerar por una parte que la progenitora de la niña nunca negó la realidad planteada por el Sr T. M., es decir que evidentemente existió entre ellos un vínculo convivencial y esa relación familiar también se presentó con la niña. Las fotos

incorporadas en autos dan cuenta también de ello (fjs. 12 a 15). Por otra parte del informe de la escuela xxxxx, adonde concurría la niña se desprende que el actor era una de las personas que concurría habitualmente a la institución a retirar a A. (fjs. 24/25). Finalmente resultó absolutamente esclarecedora la entrevista que mantuve con la propia A.. Es importante relatar que incluso antes de ella entrara a mi despacho, pude apreciar que se encontraba jugando en el piso junto al Sr. T. M., lo que mostraba una familiaridad propia de un vínculo o afecto muy cercano. Una vez dentro de mi despacho, pudimos tomar conocimiento -junto al equipo técnico y a la Asesora de Familia-, que la niña se refería al actor como ?papa F.?, pero teniendo en claro que aquel no era su padre biológico. Es decir que A. ? pese a su corta edad- comprendía cabalmente quien era para ella el Sr. T. M. y además pretendía de manera clara seguir teniendo una relación con él de la misma manera que había existido cuando convivían. En este contexto relató de manera clara como era T. M., cuales eran los cuidados que le proporcionaba y como era su vida cotidiana cuando estaban juntos. Ese trato ?paterno- filial? se hacía más intenso teniendo en cuenta que la pequeña no tiene un reconocimiento paterno (constancias de fjs. 7), por lo que estimo sin lugar a dudas que entre A. y el Sr. F. T. M. se creó un verdadero lazo paterno-filial, como un padre de crianza o padre afín. Todo ello me lleva a sostener que debe fijarse un régimen de visitas que le permita a la niña seguir manteniendo este vínculo afectivo que la nutre y favorece, pero con las características especiales que el mismo debe adquirir conforme a la nueva circunstancia de vida de esta familia que ya no comparte espacios y tiempos en común. Por tal motivo estimo pertinente el régimen propuesto por la Asesora de Familia y fijar el régimen comunicacional bajo la siguiente modalidad: martes y jueves de 12.30 a 17.30 horas, los segundos fines de semana de cada mes, desde el sábado a las 10 hasta el domingo a las 20 horas, en todos los casos con retiro y reintegro del domicilio materno. Por otra parte el Sr. M. podrá compartir con la niña una semana de las vacaciones de verano que les permitan fortalecer aún más este vínculo, debiendo en su caso informar con quince días de anticipación el comienzo de las mismas, y siempre que aquellas no coincidan con las que deba tomarse la madre de la niña, Sra. B. C.. V) En cuanto a las costas teniendo en cuenta la especial problemática planteada, las mismas deben imponerse por el orden causado.- VI) No se regulan los honorarios de los letrados en virtud de lo establecido en el art. 26 del Código Arancelario ?contra sensu?.- Por todo lo expuesto y lo prescripto por los arts. 21 inc. 4 de la Ley 7676, arts. 376 bis del Código Civil , 3 de la ley 26061, la Convención de los Derechos del Niño y art. 26 de la ley 9.459.- RESUELVO: I) Hacer lugar parcialmente a la medida cautelar solicitada por el Sr. F. T. M. y fijar el régimen vincular entre él y la niña A. C. con la siguiente modalidad: durante la semana la retirará del domicilio materno los días martes y jueves de 12.30 horas y la restituirá al mismo domicilio a 17.30 horas. Fines de semana: El segundo fin de semana de cada mes la retirará del domicilio materno el sábado a las 10 y la restituirá el domingo a las 20 horas. Vacaciones: una semana en la época del receso escolar de verano, debiendo informar a la progenitora con quince días de anticipación y no pudiendo coincidir con las vacaciones que la Sra. B. C. tenga. IV) Imponer las costas por el orden causado.- V) No regular los honorarios de los letrados intervinientes. Protocolícese, hágase saber y dése copia.-

Correlaciones: [\(Arts. 672 a 676\) - "Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines"](#) - Código Civil y Comercial de la Nación. Texto Unificado - BO: 8/10/2014 Nota: (\*) Nota de la Editorial: Se advierte al suscriptor que por tratarse de un fallo de primera instancia, el mismo podría no encontrarse firme al momento de su publicación.

000160E