En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil diez, reunida en Acuerdo la ***Sala B*** *de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Graciela Mercedes García Blanco y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados:* ***"C., G. L. c/ M., V. A. s/ RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN", expte. nro. 334/09,*** *venidos del Juzgado de Familia nro. 2 (expte. nro. 1219/08), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 206), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Nélida Susana Melero, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.*

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: ***PRIMERA****: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 144/146? y* ***SEGUNDA****: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?*

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Vienen las presentes actuaciones por haber sido apelada por la demandada a fs. 163 la sentencia definitiva nro. 246 del día 10/08/09 (fs. 144/147), habiéndose concedido en relación y con efecto suspensivo y con los alcances del art. 244, segundo apartado, del C.Pr. respectivamente.

A fs. 177 se señala audiencia conforme las disposiciones del art. 130 de la Ley III, nro. 21 (antes Ley 4347), la que fuera realizada a fs. 182.

A fs. 185/192 obran glosados los agravios expresados por la parte apelante demandada, los que fueran contestados por la parte actora a fs. 196/201vta.

En fs. 20/vta. contesta la vista conferida a fs. 202, la Asesora de Familia e Incapaces quien ratifica en un todo el dictamen vertido en oportunidad de la audiencia de vista de causa.

I.A) Entendiendo que en la estructura de la sentencia los resultandos (agravios) tienen por finalidad la individualización de los sujetos de la pretensión y la relimitación del ámbito objetivo del litigio sobre el que recae el pronunciamiento, incluyéndose así entre los elementos que la sentencia deberá contener "la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio (agravios), siendo el estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso, a cuyo efecto basta una mera remisión (cf. crit. Morello - Sosa - Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-C, pág. 64; Cám.Nac.Com., Sala C, 03/11/80, entre otros) y teniendo presente el principio procesal de concentración, he de realizar la transcripción de los mismos sin perjuicio de tener en cuenta cada línea de pensamiento expuesto en el desarrollo que en cada uno de sus agravios ha realizado la apelante.

Concretamente la apelante demandada plantea la declaración de nulidad de la sentencia, pues ante el recurso de aclaratoria presentado por la accionante de la sentencia definitiva, aunque ésta fue rechazada por la a-quo, la misma amplió el resolutorio primigenio en forma más grave para su parte. Los

agravios siguientes se fundan en cuanto la jueza se apartó tanto del Dictamen de la Sra. Asesora de Familia e Incapaces como del Informe Técnico Interdisciplinario. Asimismo, alega que se agravia, ya que la a-quo no oyó a la demandada, circunstancia ésta que también se dio en el informe del Equipo Interdisciplinario donde se la omitió.

I.A-1) En principio y en cuanto a la declaración de nulidad solicitada por la demandada apelante, considero que no es suficiente para hacer lugar a dicha petición el hecho de que el mismo contenga una deficiente valoración de la prueba, redacción confusa y contradictoria; omisión de considerar presunciones graves, ya que todos estos defectos pueden ser subsanados por vía de apelación.

Ello así, ya que el recurso de nulidad pierde virtualidad y sentido práctico en aquellos supuestos en que la Cámara, ejerciendo la jurisdicción que la apelación le ha "devuelto", puede revisar el fallo impugnado no sólo en punto a sus pretensos errores "in iudicando", sino también respecto de sus posibles deficiencias estructurales. Con el avance de la ciencia del derecho procesal, el recurso de marras, amén de perder autonomía al ser abarcado en el de apelación, ha visto estrechado su campo de actuación hasta quedar limitado a lo que en realidad es: un remedio excepcional de aplicación restrictiva, que no cabe utilizar si existe otra posibilidad saneadora.

Por los entendimientos expuestos corresponde el rechazo de la declaración de nulidad peticionada por la apelante demandada.

I.A-2) Advirtiendo que la línea argumental expuesta por la demandada se entrelaza entre

los distintos agravios planteados, he de tratar los mismos en forma conjunta.

Entrando en la temática planteada, he de adelantar que es entendimiento de la suscripta que para asegurar al progenitor que no queda a cargo de la guarda de los hijos, condiciones adecuadas para ejercer el control sobre la educación, formación y asistencia material y moral de ellos, amén del imprescindible contacto afectuoso que estos requieren de ambos padres, es que se confiere a aquél el derecho a visitarlos. En realidad el tradicionalmente llamado derecho de visitas no se limita exclusivamente a la visita sino, en los términos del art. 264 del Código Civil, al derecho de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación.

Ha establecido la jurisprudencia especializada en el tema que: "El derecho de visita que corresponde al progenitor que no disfruta la tenencia de sus hijos menores se funda en elementales principios de derecho natural por lo que su regulación debe realizarse procurando el mayor acercamiento posible entre ambos, de modo que su relación no sea desnaturalizada. Sólo puede ser restringida o aún suprimida cuando de su ejercicio se deriven evidentes y notorios perjuicios para el menor. La apreciación de estas circunstancias debe efectuarse con criterio riguroso, a fin de no llegar a soluciones que, por contrariar los principios impuestos por el orden natural de las cosas, cuales son los que rigen la relación de un hijo con su padre o madre, causen al mismo severos trastornos de conducta cuyos alcances puedan ser inimaginables, siendo entonces tardío cualquier remedio ante el hecho consumado" (Cc0000 Tl

9830 Rsd-19-146 S. 20/12/1990, Juez: Casarini (sd) G., J.R. C/G., I.M. s/Régimen de Visitas. Mag. votantes: Casarini - Lettieri – Macaya)… "El denominado "derecho de visita" tiene entre otros caracteres propios (personalísimo, inalienable, irrenunciable recíproco etc.), el de encontrarse subordinado al interés del menor, lo que lo hace esencialmente relativo en función de personas involucradas, tiempo y circunstancias, resultando un tema esquivo a brindar soluciones con pretensión de inmutabilidad. Es, por lo tanto, un derecho modificable conforme lo exijan los acontecimientos. Aquí la cláusula "rebus sic stantibus" adquiere una singular trascendencia" (CC0201 LP, A 44165 RSD-309-97 S. 14/08/1997, Juez: Crespi (sd) S., S. C/G., M. s/ Fijación régimen de visitas. Mag. votantes: Crespi-Sosa).

También amerito que el "derecho de visita" no sólo pertenece a los progenitores sino al hijo también y fue reconocido por nuestro país al incorporar la Convención sobre los Derechos del Niño. No se trata solamente del contacto periódico entre el menor y sus padres, sino de mantener relaciones afectuosas y una sincera comunicación que consolide –desde lo afectivo y emocional- el lazo que existe por vía sanguínea.

La demandada agregó como prueba documental (fs. 27/31, 32/36 y 37/39) -Acta de Constatación mediante Escrituras Públicas- donde se detalla los mensajes de textos remitidos por el actor a la demandada.

No es posible comenzar con la valoración de esa prueba documental sin previamente examinar la licitud del modo de adquisición de los SMS enviados por

el actor al teléfono celular de la demandada.

En realidad, para resolver adecuadamente este delicado punto, debe tenerse en cuenta que el art. 18 de la Constitución Nacional garantiza la inviolabilidad de la correspondencia y de los papeles privados, mientras que el art. 19 reserva a Dios y exime de la autoridad de los magistrados "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden o a la moral pública, ni perjudiquen a terceros".

Por su lado, la Constitución de la Provincia del Chubut garantiza en el art. 53 que "los papeles privados, la correspondencia epistolar, los teléfonos, las comunicaciones de cualquier especie, los sistemas de almacenamiento de datos y los elementos configurantes de algún secreto profesional amparado por ley, son inviolables. Su examen, interceptación o intervención sólo puede realizarse por orden judicial fundada bajo responsabilidad del magistrado que lo dispuso. Nunca puede ser suplida por la conformidad del afectado.

A su vez, el derecho a la intimidad también se encuentra reconocido por los Tratados Internacionales integrantes del bloque de constitucionalidad, según lo establecido por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 12, establece que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques". Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce en el art. 17 que

"nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación". Finalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 11, incs. 2 y 3, establece que "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación", y que "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

En relación a los mensajes de texto que se emiten y reciben a través de un teléfono celular, notaré que la Ley Nacional de Telecomunicaciones 19798, en su artículo 18, establece la inviolabilidad de las comunicaciones y dispone que su interceptación sólo será posible mediante requerimiento del juez competente, mientras que en el artículo 19 determina que "la inviolabilidad de la correspondencia de telecomunicaciones importa la prohibición de abrir, sustraer, interceptar, interferir, cambiar su texto, desviar su curso, publicar, usar, tratar de conocer o facilitar que otra persona que no sea su destinatario conozca la existencia o el contenido de cualquier comunicación confiada a los prestadores del servicio y la de dar ocasión de cometer tales actos". Igualmente, el art. 5 de la ley 25520 dispone que "las comunicaciones telefónicas, postales, de telégrafo o facsímil o cualquier otro sistema de envío de objetos o transmisión de imágenes, voces o paquetes de datos, así como cualquier tipo de información, archivos, registros y/o documentos privados o de entrada o lectura no autorizada o no accesible al público, son inviolables

en todo el ámbito de la República Argentina, excepto cuando mediare orden o dispensa judicial en sentido contrario.

Queda claro, pues, que los mensajes de texto enviados y recibidos desde un teléfono celular constituyen correspondencia de telecomunicaciones inviolable a la luz del contexto legal precisado, por lo que conjugado con el principio de licitud de la prueba, me lleva a excluir dicha prueba documental –actas notariales de fojas citadas- como medio probatorio admisible, en atención al procedimiento empleado por la demandada, para incorporar los SMS al expediente judicial.

Es que, con ajuste a lo dispuesto por el art. 46 de la Constitución de la Provincia del Chubut, los actos que vulneran las garantías reconocidas por las Constituciones Nacional y Provincial carecen de toda eficacia probatoria, sanción que se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, "no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella". Al mismo tiempo, el art. 382 del CPCCCh – Ley XIII, nro. 5 – Anexo A establece que: "la prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso...".

Profundizando más el análisis que aquí se efectúa, a fuer de ser reiterativa, considero que sabido es que, como contrapartida de la guarda atribuida a uno de los progenitores, por convenio o

resolución judicial (cf. artículos 206 y 231 del Código Civil), es preciso implementar un sistema que no interrumpa la relación con los menores, de suyo, beneficiosa tanto para los padres, cuanto para aquéllos, en igual medida, que, por añadidura, preserve el interés familiar.

Por lo demás, el denominado "derecho de visita", no se limita a una mera facultad que caprichosamente pueda ejercer el padre o madre y ciegamente la ley deba reconocer, se complementa con el cúmulo de deberes emergentes de su patria potestad, entre los cuales resultan de interés para el caso los descriptos por el artículo 264 del Código Civil, relativos a la adecuada comunicación con los hijos y el control de su educación.

Así, resulta de aplicación analógica lo normado por el artículo 376 "bis", del citado código, al establecer una directriz genérica sobre el modo de realizarse las visitas, aconsejando atenerse primordialmente a las circunstancias del caso. En razón de ello, tendrán relevancia la edad de los hijos, su salud, la relación afectiva que mantienen con el padre o madre que los visita y todo elemento de juicio que permita establecer el modo más eficiente para su ejercicio (cf. CNCivil, Sala A, r. n° 140.332, del 22/6/94, con cita de Bossert-Zannoni, ídem, Incivil, Sala R. 513.750 del 2/10/08).

Las constancias de la causa reflejan severas divergencias entre los progenitores que repercuten negativamente en el vínculo del padre con el menor, provocando una serie de denuncias cruzadas por incumplimientos y situaciones perniciosas para su crecimiento y desarrollo de las relaciones

parentofiliales, esenciales para la formación de su conducta y personalidad.

En esta inteligencia, a pesar de las manifestaciones vertidas por la quejosa en sus agravios, ha quedado acreditado que la misma incumplió reiteradamente el régimen de visitas provisorio establecido, impidiendo así el contacto del padre con su hijo menor, y la postura demostrada en la audiencia de comparecencia personal efectuada tomada por esta Sala de la Cámara de Apelaciones a fs. 182. donde quedó evidenciada su conducta reticente de impedimento del contacto entre padre e hijo actuando con pleno conocimiento y voluntad de impedir el contacto físico entre el actor y su hijo no conviviente -incumplimiento incurrido por la demandada en cuanto a la distribución se
manal dispuesta a fs. 56/vta.-, sin que existieran motivos de peso que pudieran justificar tal conducta.

A luz de los entendimientos expuestos y teniendo en cuenta que la demandada ha incurrido en franca obstrucción e incumplimiento son todas razones por las cuales arribo a la convicción -en cuanto a la distribución del régimen de visitas determinada por la a-quo- que la misma es prudente y acorde con las circunstancias dadas en los presentes autos.

Concretando, no habiendo acreditado la demandada los hechos invocados en su contestación, los encuentros entre el progenitor y el menor deben continuar por parte del padre, al no existir en autos opiniones especializadas que las desaconsejen dado que las conclusiones psicodiagnósticas y psiquiátricas -sin desconocer la perturbación emocional que lo aqueja- no expresan que sea incapaz de ejercer el rol paterno

(informe del ETI nro. 715 del 24/07/09, y nro. 829 del 26/08/09– fs. 168/vta. y certificado médico agregado a fs. 149).

A dicha conclusión arribo, ya que comparto plenamente el criterio jurisprudencial dice que: ”El derecho de visitas que tienen los padres es también de los hijos, y por lo tanto, un correlativo deber de aquéllos, quienes deben velar paritariamente por una adecuada comunicación del menor con el progenitor que no ejerce la tenencia, a fin de fortalecer progresivamente los lazos afectivos de ambos, y con ello evitar la total desintegración de la familia, escuela del más rico humanismo. Toda restricción o supresión que pudiere propiciarse al respecto debe estar condicionada a un concreto y acreditado peligro o daño para la salud física o mental del menor o ante una fundada posibilidad de otro tipo de agresión, lo que debe apreciarse con criterio riguroso” ("P., H. R. c/ P. de Amelia s/ Régimen de visitas" - CC0201 - LP - A 43750 RSD-231-96 S - 5-9-1996, Juez CRESPI (SD); Publicaciones: LLBA 1998, 150, Mag. votantes: Crespi-Sosa: elDial - WF5FC).

En casos como el de autos es importante hacer hincapié en que la tenencia del niño por su madre debe complementarse con la figura paterna con el fin de paliar los desconciertos efectivos, con el consiguiente daño psíquico que le ocasiona el estar alejado de su progenitor. Menoscabar ese derecho que asiste al niño, implica parcializar su visión de la familia, ya que la falta de contacto con su progenitor no resultará beneficioso toda vez, que por más que no tenga momentáneamente contacto con el mismo subyace en el menor la idea de su padre biológico. Retacear ase

derecho, prima facie, sin darle la oportunidad de poder por sí relacionarse, resulta desconocer un derecho natural que la asiste, y que salvo circunstancias graves no puede serle suspendido. De allí que, tal como la subrayara precedentemente, las normativas legales avalan este derecho. (art. 264, inc. 2°, del Código Civil).

Por las consideraciones de derecho, hecho y criterios jurisprudenciales expuestos, corresponde el rechazo de los agravios planteados por la apelante demandada a fs. 185/192, confirmando la sentencia de fs. 144/147 en este sentido.

I.A-3) A fs. 163 la parte demandada apelante se agravia de la regulación de los honorarios profesionales efectuada por la a-quo por entender que los mismos son elevados.

Atento a la naturaleza de la presente acción es de aplicación lo prescripto por los arts. 29no. y 5to. incs. b) a f) del "Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores". (Ley XIII, nro. 4 (antes Ley 2200) (en idéntico sentido se ha expedido esta Sala "B" (11-09-1998,Sent. Interlocutorio, Cámara de Apelaciones - Sala B - Comodoro Rivadavia, Magistrados: Graciela García Blanco - Nélida Susana Melero - EX, en autos caratulados: "C., J.S.A. c/ L., R.A. s/ Divorcio Vincular").

Ameritando la regulación de los honorarios profesionales efectuados por la a-quo bajo las directrices de la normativa legal precedentemente citada, considero que la misma se ajusta a derecho no siendo elevada la misma atento a la tarea desarrollada por los profesionales actuantes y la naturaleza de las

cuestiones debatidas en autos.

Por las razones expresadas debe ser rechazado el agravio planteado por la apelante demandada a fs. 163, confirmando la sentencia de fs. 144/147 en este sentido.

I.B) En virtud del principio objetivo de la derrota, las costas de esta instancia son impuestas a la apelante demandada vencida (art. 69 del CPCCCh – Ley XIII, nro. 5 – Anexo A). Difiero para el momento del acuerdo la regulación los honorarios de los profesionales intervinientes, la que se efectuará de conformidad a la labor desarrollada, el mérito y extensión de la misma, la trascendencia para las partes según las pautas del art. 5to., 29 y 13 de la Ley XIII, nro. 4 – antes Ley 2200).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria para el caso de coincidencia la siguiente:

1) Rechazar los agravios planteados por la apelante demandada, tanto a fs. 185/192 como a fs. 163, confirmando la sentencia de fs. 144/146vta. en este sentido.

2) Imponer las costas de esta instancia a la apelante demandada vencida (art. 69 del CPCCCh – Ley XIII, nro. 5 – Anexo A). Diferir para el momento del acuerdo la regulación los honorarios de los profesionales intervinientes (arts. 5to., 29 y 13 de la Ley XIII, nro. 4 – antes Ley 2.200).

3) Téngase presente la reserva del caso federal planteada a fs. 191vta.

A la primera cuestión la Sra. Jueza de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

Que llegan las presentes actuaciones a la alzada en apelación (fs. 163) de la sentencia de fs. 144/146vta. que hace lugar a la demanda y fija un régimen de comunicación entre el actor L. G. C. y el niño M. C., que tendrá lugar los días lunes, martes, miércoles y jueves desde las 18 hasta las 21:30 h. Los domingos el padre estará con su hijo desde las 11 hasta las 18 h. En todos los casos y hasta tanto se verifique su necesidad, la madre deberá llevar a su hijo al domicilio de la tía paterna, M. F. C., sito en la calle xxx xxx de Rada Tilly y será la progenitora quien lo retirará de dicho domicilio. La Sra. M. C. será la encargada de recibir y entregar el niño a la Sra. madre. Hace saber a la progenitora que en caso de incumplimiento se aplicarán astreintes por cada día de retraso y se remitirán las actuaciones a la justicia penal.

Ordena librar oficio al Equipo Técnico Interdisciplinario, a los fines de lo dispuesto en los considerandos respectivos y lo faculta para remitir al Juzgado los informes mensuales requeridos mediante correo electrónico con firma digital. Impone las costas a la demandada vencida y regula los honorarios.

Concedida la apelación y elevado el expediente a la Cámara, se realiza la audiencia fijada a los fines de los arts. 14 y 130 de la ley III nro. 21 (antes 4347).

A fs. 185/192 la demandada expresa agravios.

Se agravia por el acogimiento favorable de la demanda, porque no se ha oído a la madre de la menor y por entender que más allá de haber rechazado la Sra. Jueza el recurso de aclaratoria, lo aclaró

ampliando el resolutorio en forma más gravosa para su parte, lo que es motivo de nulidad comprendido en la vía de apelación.

Alega que no se ha escuchado a la tía del menor, y le resultan excesivos los días de visita acordados. Señala que la sentencia se aparta del dictamen de la Asesora de familia e Incapaces, en el primer agravio, omitiendo expresar fundamentos.

En consecuencia ha desoído lo manifestado por el equipo interdisciplinario, ya que éste supeditaba la comunicación al alta por parte de los profesionales tratantes del Sr. C., no estando acreditada tal circunstancia. Agrega que se amplió el resolutorio indicando que las visitas podían realizarse fuera del hogar de la tía paterna, lo que constituye el segundo agravio.

Señala que es un contrasentido fijar como día de visita los domingos cuando el Sr. C. suele trabajar en dicho día y se desconoce si la tía paterna tiene impedimento para ser el nexo de recepción y entrega.

En el tercer agravio indica que se encuentra en un estado de indefensión, ya que la inmediación judicial es uno de los principios basales del proceso de familia, y en la audiencia de vista de causa la Sra. Juez oyó e interrogó al Sr. C., no ocurriendo lo mismo con ella quien no fue escuchada y no se plasmó sus dichos en el informe del Equipo Interdisciplinario.

Se refiere a las testimoniales mediante las que no se ha podido acreditar el hostigamiento que sufre por parte de C., ya que la Sra. Juez desestimó las preguntas. Menciona el testimonio de la Dra. B.,

respecto de la cual los interrogatorios de las partes fueron limitados en virtud del secreto profesional, del hermano y la cuñada.

Indica que de acuerdo a los antecedentes que surgen de autos "M., V. A. c/ C., G. L. s/ Violencia Familiar", expte 59/2009, jamás pudo resolverse que lo manifestado por su parte careció de fundamentos.

Cuarto agravio: El horario de visitas es motivo de crítica, ya que no se han consensuado los mismos no pudiendo manifestar cuáles son los horarios que dispone para llevar y traer a M.

Insiste en la nulidad de la sentencia por el rechazo de la aclaratoria y lo que considera una modificación del resolutorio, al disponer que el hogar de la Sra. C. era para la recepción y entrega del menor, pudiendo el padre desarrollar visitas donde éste crea conveniente.

Resalta la edad del menor, x años y la inconveniencia del régimen dispuesto.

Señala el tiempo con el que podrá estar con M., ya que ante el desconocimiento de la sentenciante, al no haber interrogado sobre sus horarios se vio impedida de indicarlos.

Hace reserva del caso federal.

A fs. 196/201vta. el actor contesta los agravios.

A fs. 203 se agrega la contestación de vista de la Sra. Asesora de Familia e Incapaces.

En principio no advierto que la Sra. Juez haya modificado en la providencia de fs. 162 la resolución que es motivo de apelación, ya que nada se había establecido al respecto. Si bien es cierto que la

aclaratoria fue rechazada parcialmente, pues lo peticionado en el cuarto párrafo de fs. 159 fue aclarado, toda vez que de la sentencia surgía que "la madre deberá llevar a su hijo al domicilio de la tía paterna … y lo retirará de dicho domicilio. La Sra. C. será la encargada de recibir y entregar el niño al progenitor y allí se dispuso que "el progenitor del niño se encuentra facultado para llevar a cabo el régimen de visitas en el lugar que estime más conveniente siendo la casa de la Sra. M. el lugar de recepción y entrega del niño", no surge de la lectura de la sentencia que se haya establecido que las visitas fueran en la casa de la tía. En consecuencia la nulidad articula resulta improcedente.

Resulta esclarecedor, aunque no desconocido, lo sostenido por la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributaria de Mendoza, Sala Segunda "B.S. s/ medida de protección de derechos" con relación a la nulidad de la sentencia, que no existe "necesidad de declarar nulidad alguna, dado que recurrir a tal extremo remedio sólo es admisible si lo que se anula son procedimientos que deben reproducirse. En el caso, contamos con todos los elementos necesarios para resolver conforme a los fundamentos dados más arriba, lo que excluye la necesidad de declaración de nulidad del auto recurrido con el consiguiente desplazamiento de competencia..." (expediente 32992 – L. de P., S. c/ G., A. p/ Ejecución Típica, 28-10-2008, LA 114 – 262). Se complementa el señalado criterio, con que corresponde expedirse en el sentido que … "El juez no está compelido a analizar todos los elementos de prueba que se hayan incorporado en la causa para tornar válida su sentencia. Basta que elija los que cree

definitorios y apoye su decisión en ellos. Si tal elección es errónea, o la merituación que efectúe el decisor es errónea, discutible y aún encuadrable en los diversos supuestos de la arbitrariedad -propia de los recursos extraordinarios y no del recurso de apelación-, en la medida en que se haya respetado el derecho de defensa y cuente el tribunal de alzada con todos los elementos necesarios para decidir conforme a su visión de la causa, no corresponde la declaración de nulidad de la sentencia, sino el reparo de los agravios a través de la apelación.... (expediente: 32805 - P.V. C/P.S. P/Div. Contencioso,13-08-2008, LS 119 - 126). Se agravia la demandada por entender que la Sra. Juez no ha dado razones para apartarse del informe de la Sra. Asesora de Menores y advierto de la audiencia de avenimiento que la Sra. Asesora, en representación promiscua del menor (art 59 CC) se refirió a las pruebas y mencionado al informe del ETI, señaló que las razones que existen para que haya un obstáculo para el régimen de visitas, es la existencia de una conflictiva entre los adultos, y que mientras éste exista el perjudicado es el niño.

Respecto de la testigo B., indicó que no supo decir si el actor fue derivado, sin perjuicio de ello no podría detenerse sólo en el padre, ambos deben realizar tratamientos ante el conflicto que tienen.

Agregó que a fin de armonizar sus relaciones para que no se repitan las historias, y refiriéndose al art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, es decir el interés superior del niño, es necesario que ambos tengan buenas relaciones para que el hijo pueda tener contacto con ellos. El conflicto de los padres replica sobre el niño.

Indicó que el equipo técnico fue terminante. Que entrevistó a la Sra. C. (tía de M.), al Sr. C. padre y quedó afuera la Sra. M.. Ante ello sugirió medida de mejor proveer para que el Equipo Técnico asesore a ambos.

Agregó que los padres se preocupan y quieren lo mejor para el niño.

Aconsejó un régimen de visitas no amplio, ni en el lugar donde vive el niño ni donde vive el padre, pero resaltó que la comunicación no debe interrumpirse y como dice el ETI, de acuerdo al estado del padre.

Establece la forma en que lo organizaría, 4 veces por semana de 17,30 a 21 h en el domicilio de la tía paterna, la madre lo llevaría media hora antes y lo retiraría cuando el padre se haya ido, a fin que no se encuentren los padres.

Solicitó se haga lugar al régimen de visita propuesto y fundó sus argumentos en la convención punto 8.1, 3.9.1 arts. 75 CN, 59 y 254, inc. 2, CC, arts. 78 y 79 ley 21 y doctrina, "Familia, Matrimonio y divorcio", Mauricio Misrhai, págs. 428 y 429.

Por su parte el ETI, a fs. 128/129, informa que se concretaron entrevistas en sede con la pareja M.-C. y contacto con M. C., tía paterna de M..

Señala el ETI que "al momento de la intervención y de confirmarse por parte de los profesionales a cargo del tratamiento del Sr. C., el progreso y la evolución positiva del mismo, no estaría indicada la necesidad de interrumpir el contacto paterno-filial", en lo que se basa la quejosa para concluir que no se ha confirmado el alta por los

profesionales intervinientes. Es preciso remitirse a la testimonial de B., quien declaró que el Sr. C. terminó el tratamiento, obteniendo el alta farmacológico en marzo de 2009.

Por su parte el testigo M., declara que el trato entre el padre y M. era normal, aunque reconoció que el 90% de lo declarado se lo contaron.

S. M. relató que la relación padre e hijo es armoniosa. Detalló como fueron variando los lugares de visita, que M. sufrió algunas alteraciones del sueño, pero no en los otros aspectos de la vida de relación.

Todo ello y los informes que no son vinculantes fueron tenidos en cuenta por la Sra. Juez, en consecuencia, lo argumentado sobre la omisión de toda consideración a muchas cuestiones planteadas carece de fundamento.

A fin de dar respuesta a la quejosa, he observado a lo largo de la audiencia de vista de causa que las preguntas que no se hicieron a los testigos, no puede ser imputado a la Sra. Juez; "la Sra. Juez ha desestimado todas las preguntas que se hicieron en tal sentido"; sino al incumplimiento de la oferente a los artículos 447 y 448 del CPCCh.

No es posible quejarse ante la alzada por una presunta infracción cometida durante la audiencia con relación al interrogatorio observado, si se concurrió a la misma y nada se dijo, señaló u observó acerca de las modificaciones introducidas en la redacción de las preguntas del referido interrogatorio, máxime cuando no sólo consintió dichas modificaciones y en otros casos desistió de las preguntas.

Asimismo, el expte. sobre violencia

familiar al que se refiere la apelante no fue ofrecido como prueba y la crítica a los días y horas fijadas para la comunicación de padre e hijo establecidos, por entender que no fueron consensuados, cabe recordar que cuando se acordó, el mismo no fue cumplido (fs. 102 y 108).

Atento lo analizado corresponde confirmar la sentencia de la instancia de grado.

Las costas de esta instancia las impongo a la demandada apelante vencida.

Se agravia la demandada ante la regulación de los honorarios por entender que son altos.

Analizando la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad de que las pretensiones prosperen y demás pautas de los artículos 5, 6, y 29 de la ley de aranceles, estimo, junto con mi colega que los honorarios han sido regulados conforme derecho.

Iguales pautas tenidas para la consideración de los honorarios de la instancia de grado, tendré para regular los de esta instancia y los arts. 5 y 13 de la ley arancelaria, que los difiero para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión la Sra. Jueza de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Rechazar los agravios de la demandada y confirmar la sentencia de fs. 144/146vta.

2) Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para el acuerdo.

3) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 191vta.

A la primera y segunda cuestión la Dra.

García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte demandada contra la sentencia definitiva nro. 246/2009 del Juzgado de Familia nro. 2 de la jurisdicción que hizo lugar a la demanda y fijó un régimen de comunicación entre el actor L. G. C. y el niño M. C. que tendrá lugar los días lunes, martes, miércoles y jueves de 18 a 21:30 horas, los domingos el padre estará con el hijo desde las 11 a 18 horas, estableció el lugar y modo de encuentro, libró oficio al equipo técnico interdisciplinario a los fines de remitir informe dispuesto, impuso las costas a la demandada vencida (fs. 167, fs. 144/7).

No obstante encontrarse cumplimentada la manda procedimental del art. 165, inc. 3 (D. Jurídico Pcia. del Chubut, ley XIII-5), detallaré escuetamente los cuestionamientos de la demandada apelante desarrollados en el memorial de agravios obrante a fs. 185/92.

Dice no haber sido oída ni tampoco la tía del menor en cuyo domicilio se desarrollará el régimen de comunicación impuesto. Sólo se atendió a los horarios de trabajo del padre. Hace fundamental hincapié en la circunstancia de no haberse interrogado a la Sra. M.. También el estado psíquico del accionante -a su modo de ver- no fue evaluado adecuadamente, dice que se apartó porque el informe del equipo técnico recomienda que sea el contacto siempre y cuando los profesionales tratantes del Sr. C. así lo dispongan. Tampoco surge constancia alguna del alta de los profesionales tratantes.

En la audiencia de vista la Sra. M. no

fue interrogada, dice no haber sido oída. Critica la forma en que fuera interrogada la psiquiatra que había atendido al actor y poco se pudo explayar la demandada sobre el hostigamiento que sufre.

Considera que debe imponerse un régimen paulatino para que el niño se adapte a los cambios. Critica las horas y días fijados, dice que la sentencia es nula porque no tuvo en cuenta que algunos domingos el padre trabaja y es día de visita y hace reserva del caso federal.

Son contestados los agravios a fs. 196/201).

Análisis:

En primer término he de señalar que quienes me precedieron en la emisión de sus decisiones han arribado a idénticas conclusiones finales, confirmatorias de la sentencia de grado. La modificación legal introducida que otorga facultad de no emitir el voto en caso de concordancia entre los preopinantes, y a mayor precisión el STJ de la provincia ha dicho que "la circunstancia de que un magistrado haya tratado con mayor relevancia en su voto no significa discordancia pues los jueces son libres de decidir los elementos que forma la convicción, siempre que se ajusten a los criterios de valoración de las pruebas, establecido en el orden procesal, y a todo evento llegan por distintos caminos a idéntica conclusión (voto Dr. Torrejón, sent. def. del 1-6-98), más aun "la mayoría de los votos concordantes debe coincidir en la solución de cada uno de los puntos o capítulos que integran la litis, no necesariamente debe exigirse la existencia de fundamentos iguales, sino cada juez debe dar sus fundamentos aunque no sean los

mismos o difieran de los dados por los otros miembros. Es que si fuera necesaria la coincidencia de fundamentos, la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido, pues no sería otra cosa que exigir una reiteración de fundamentos por cada miembro del tribunal. Por lo que considero que para determinar si existe mayoría, en aquellos supuestos en que los votos se apoyan en argumentos distintos, lo que debe sopesarse que estos no se excluyen jurídicamente entre sí de manera que no tengan afinidad acumulativa indispensable (STJ causa 000A 000026 fecha 20-10-99).

La necesidad de coincidencia en la solución de cada uno de los puntos o capítulos que integran la litis no significan, sin más, que sea exigible la existencia de fundamentos iguales, cada juez puede dar sus fundamentos aunque no sean los mismos o difieran de los dados por los otros porque si fuera necesaria la coincidencia de fundamentos, la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido pues no sería otra cosa que exigir una reiteración de argumentos para establecer si existe mayoría definitiva en aquellos supuestos en que los votos se apoyan en fundamentos distintos (STJCh nro. 88SRE/04, SD NRO. 45/SER/95, SI NRO. 124/SER/06 entre otras).

Si bien con estos fundamentos se tiene por confirmada la sentencia venida en crisis atento a la concordancia en la decisión final por parte de las Sras. Camaristas que me precedieron, de acuerdo a criterio seguido por el máximo Tribunal de la Pcia. y lo dispuesto por la Ley V-17, emitiré igualmente mi voto.

Peticiona la nulidad del fallo la parte

demandada por cuanto encuentra objetable la valoración de las constancias de autos. Reiteradamente la jurisprudencia declaró improcedente la nulidad de las sentencias cuando los vicios o defectos de existir, pueden ser reparados mediante recurso de apelación, también, mantenido, y el tribunal de alzada puede examinar los hechos y el derecho con plena jurisdicción. "Sería innecesario considerar la nulidad, si en toda ocasión se entrara al fondo del asunto, para confirmar la sentencia si es justa, y reformarla si es injusta" (Santiago Fassi – Cesar Yáñez, "Cód. Proc…", t.2, pág. 323, ed. Astrea-89). Por ello desestimo los planteos de nulidad interpuestos.

Por otra parte no puede atenderse el cuestionamiento respecto de la valoración de la prueba ofrecida por cuanto la apelante se limita exclusivamente a disentir, sin conmover el principio procesal que es facultativo de los magistrados dicha labor sin formular una crítica razonada de su error o insuficiencia.

"La valoración del testimonio de un testigo constituye, por lo tanto, una facultad privativa del juez, el cual de acuerdo con el conjunto de principios que sustentan su criterio de evaluación, admitirá o descartará con mayor rigidez las declaraciones que a su entender no sean la excepción de la verdad que trata de iluminar" (FECHA: 01-12-2000: Cámara de Apelaciones - Sala B – Trelew, citar: elDial - BC126E).

La declaración de B. da cuenta de que no estaba en tratamiento farmacológico, tampoco se desacreditan las conclusiones del ETI a fs. 128, ni mucho menos pueden atenderse los argumentos de las

omisiones de la A quo sobre su propia participación en el proceso que no concuerdan con lo acaecido sino con las faltas al cumplimiento de las disposiciones procedimentales.

Lo exteriorizado por las partes en la audiencia llevada a cabo en sede de este Tribunal es la dificultosa relación entre los progenitores y en este particular punto hago hincapié coincidiendo con mis colegas preopinantes, propiciando la modificación de tales conductas en beneficio del niño, agregando que no encuentro argumentos que me insten a modificar lo decidido e imponer un régimen paulatino de comunicación, más aún considero en la especie que ello dificultaría el fin perseguido por este instituto de fortalecer los lazos afectivos de ambos. La adecuada comunicación con el hijo del padre no conviviente con él, no implica en forma abstracta la relación jurídico sustancial entre visitante y visitado, sino por el contrario, un conjunto de situaciones tendientes a organizar y estructurar en forma genérica las relaciones intrafamiliares, teniendo como principio cardinal el lugar de privilegio que debe asignársele al interés del menor ("C., F; C., A; C., N.; C., M. s/ Art. 10 ley 10067" - CC0002 - MO 35497 RSD-193-96 S - 21-5-1996 -citar: elDial - WC430). Dijo la jurisprudencia que para la solución de casos como el que nos ocupa, corresponde tener en cuenta la necesidad de los menores de concretar una buena relación con los padres. El ejercicio de este derecho incuestionable del hijo, concebido primordialmente en su beneficio, debe ser resguardado plenamente. La denominación "derecho de visita" no expresa toda la amplitud de esta prerrogativa, especialmente desde el punto de vista

psicológico. No se trata solo de ver periódicamente a una persona sino de tratarla y mantener con ella relaciones afectuosas, cultivando una recíproca y sincera comunicación; de allí la importancia de las circunstancias de lugar, tiempo y modo (CNCiv., Sala L, expte. 48834 del 21-6-95 cita CNCiv., Sala K, octubre 26-2000 ED 192-2001, pág. 499), que considero en el caso ha sido adecuada por parte de la sentenciante de grado, lo que me lleva a confirmar la sentencia rechazando los agravios.

Igual suerte corre el agravio de la parte demandada respecto de la regulación de los honorarios de la contraria, advirtiendo la labor profesional desplegada y la importancia y trascendencia para la parte, encuentro que son ajustados a las previsiones de la ley arancelaria (arts. 5, 13 y concordantes ley XIII-4).

Las costas de la Alzada a la recurrente vencida conforme principio objetivo de la derrota, difiriendo la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del acuerdo.

Doy por reproducida la fórmula postulatoria de quienes me precedieron.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar los agravios de la demandada y confirmar la sentencia de fs. 144/146vta.

2) Imponer las costas a la vencida, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de las Dras. L. D. J. D. M. y A. C. R., conjuntamente, en la suma de PESOS NOVECIENTOS ($900) y de los Dres. L. G. y E. N., conjuntamente, en la suma de PESOS DOSCIENTOS

VEINTICINCO ($225).

3) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 191vta.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2010
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"