000665/2013

Comodoro Rivadavia, de marzo de 2014.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"D. D. R. c/ E. A. L. s/ MEDIDA CAUTELAR" Expte Nº 665/2013**, venidos del Juzgado de Familia N° 3, (Expte. N° 188/2010), por haber interpuesto la demandada a fs.495 recurso de apelación, contra el punto tercero y subsiguientes de la resolución obrante en fs.491/492.

I.- La apelante presenta memorial de agravios a fs. 500/510, solicitando se revoque la resolución atacada, y se modifique el régimen de vinculación con su hijo J. B. D., en dos días a la semana a implementarse en la casa de su progenitora, con la presencia de su familia materna, de tres a cinco horas, con costas por su orden. Luego de transcribir los antecedentes de la causa, solicita se tenga en cuenta los esfuerzos que realiza para recuperar el vínculo de su hijo, desde hace ya más de dos años, en que le sustrajeron a su hijo a causa de una descompensación psicológica. Su recuperación es un proceso lento pero en el cual persiste, y en el que se encuentra motivada para llevar adelante, con la esperanza de que la revocación de la sentencia cuestionada, le dé una oportunidad para vincularse con su hijo dentro de otro contexto.

Sostiene que la resolución de la a quo que rechaza el pedido de modificación en la forma y tiempo de implementarse el régimen de vinculación con su hijo, es infundada y contradictoria, lo cual la torna en jurídicamente arbitraria. Ello por cuanto pretende fundar el fallo en lo informado por la Licenciada en psicología P., tratante del niño, quien informa que los progresos y mejoría general del niño podrían verse afectados por un cambio del régimen actual por lo que desaconseja las visitas en la casa de la madre sin la supervisión de un profesional (fs. 424), y posteriormente señala que no es el momento oportuno para ampliar el régimen de comunicación entre J. y su madre y que éste se desarrolle en el domicilio materno (fs.477). La ausencia de fundamentación y motivación de los informes de la licenciada hacen que sus informes sean insuficientes e ineficientes para tenerlos por válidos o vinculantes para la sentenciante. En conclusión, la argumentación de la Jueza fundada en un informe discrecional e ineficaz, conlleva el mismo vicio, como consecuencia torna infundada también la sentencia.

Considera asimismo, que el Equipo Técnico Interdisciplinario, actuó con contradicciones y yerros durante largo tiempo en el proceso y luego opina en contra de sus propias afirmaciones. Las conclusiones a que arriban luego de un año de no haber emitido opinión resultan infundadas y discrecionales.

La Licenciada P., al ser contratada por el actor para la terapia de su hijo, se asemeja a un perito de control o de parte, de modo que su opinión deberá además ser valorada dentro de este contexto, ya que la imparcialidad y la objetividad se pierden.

Afirma por otro lado, que el dictamen de la Sra. Asesora de Familia está viciado por inoficioso, ya que se sustentó en los arbitrarios dictámenes de las profesionales analizados, por lo que su vista resulta ineficaz.

La arbitrariedad del fallo, deviene como consecuencia de construirse sobre dictámenes y opiniones inmotivadas e inclusive una vista ineficaz.

Concluye en que se le otorgue la oportunidad que merecidamente viene demandando de ver a su hijo en la casa de su abuela materna, con la asistencia de un profesional si el mejor criterio lo considera, con la contención de su hermana V., quien siempre ha estado presente a lo largo de la causa judicial, un par de horas dos veces por semana. Por dichas consideraciones, solicita se revoque por contrario imperio la resolución en la parte atacada, por los graves perjuicios que la misma conlleva y se proceda hacer lugar a la modificación requerida, con costas. Formula reserva del Caso Federal.

A fs.517/524 contesta traslado la parte actora, solicitando se rechace el recurso y se confirme la sentencia en todas sus partes.

Corrida vista a la Asesora de Familia se expide a fs.528/529vta considerando que de las constancias que surgen de las presentes actuaciones, especialmente el contenido de los informes de las profesionales intervinientes, en atención al interés familiar y el interés superior del niño, la causa se encuentra en condiciones para que se dicte resolución confirmando la dictada el

Primera instancia el 02/10/201, y teniendo en cuenta la provisoriedad de las medidas dispuestas.

Para resolver ésta cuestión, se deja constancia que conforme las disposiciones del art. 130 de la Ley III Nº 21, se ha celebrado audiencia, en la que se ha tomado contacto personal con el niño y los progenitores (fs.539).-

II.- De las constancias de autos surge que a fs.18/22vta. el actor interpone medida cautelar de no innovar sobre el estado de familia de su hijo J. B. D. E., peticionando la tenencia del mismo, atento el estado de salud de la demandada A. L. E.

A fs.46/47 en audiencia, las partes acuerdan un régimen de comunicación de J. con su mamá, cuatro días a la semana; homologado a fs.51.

A fs.100/100vta., no se hace lugar a la ampliación del régimen de comunicación acordado, hasta tanto se completen la totalidad de las pruebas ordenadas.

A fs.188/188vta., el 28/04/2011, las partes acuerdan ampliar el régimen de comunicación del niño con su madre, por un lapso de tres meses, que fuera homologado en fs.191.

A fs.218/222, el 05/03/2012, mediante Sentencia Interlocutoria Nro. 11/2012, la a quo resolvió hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el actor y otorgarle la custodia provisoria de su hijo J. B., rechazando la restitución peticionada por la demandada, haciendo saber al actor que deberá respetar el régimen de comunicación entre el menor y su progenitora, instando a las partes a dar cumplimiento a dicho régimen.

A fs.258/261vta, el 19/04/2012 mediante Sentencia Interlocutoria Nro. 29/2012, la Sra. Juez de Primera Instancia, resolvió suspender provisoriamente y por el término de dos meses el régimen de comunicación del niño con su madre.

A fs.330 el 13/08/2012 en audiencia, las partes acuerdan un régimen de comunicación provisoria entre J. y su madre, por dos meses, que se llevará a cabo los días domingos en el domicilio del padre por un lapso de dos

horas, con el acompañamiento de algún familiar de la Sra. A. L. E., homologado en fs. 332, y prorrogado por un mes el 26/10/2012 en fs. 359 y hasta nueva fecha de audiencia el 18/12/2012 en fs. 377/377vta.

A fs.491/492 la Sra. Juez rechaza la solicitud del régimen de comunicación peticionado por la demandada en fs.412, 439 y 490, y hace saber al padre que deberá cumplir estrictamente las sugerencias efectuadas por el Equipo Técnico Interdisciplinario, respecto a la necesidad de un corrimiento de su parte de la escena donde se desarrolla la comunicación madre e hijo.

Contra dicha resolución interpone recurso de apelación la demandada, cuyos agravios fueron transcriptos en el punto I.- precedente.

III.- En forma liminar se ha de señalar que sin negar el derecho que los padres tienen respecto de sus hijos menores de edad, en cumplimiento de la patria potestad, a solicitar la comunicación o contacto con sus hijos, el denominado régimen de visita o derecho de comunicación, es fundamentalmente, un derecho del niño y como tal, debe ser analizado.

Ello así, corresponde remarcar que estando en juego el derecho al desarrollo de la personalidad del niño, rige el art. 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Dicha norma establece que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

En tal orden de ideas, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, que la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separa conceptualmente aquel interés del niño sujeto de derecho de los intereses de los otros sujetos de derecho incluso llegado el caso, de los padres. Pues el niño es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir o no, pero no se reducen a los de sus mayores (del voto de los Señores Ministros Dres. Carlos Fayt, Raúl Zaffaroni y Carmen Argibay, citados en CSN 13/03/2007, Fallos 330:642, A.F La ley 2007-B-686).

IV.- Ahora bien, respecto al recurso bajo estudio, esta Sala ha afirmado en reiteradas oportunidades que en los procesos de familia las medidas cautelares no pueden ser tramitadas bajo parámetros rigurosos desde el punto de vista formal, sino que se caracterizan por su instrumentalidad, provisionalidad y flexibilidad, encontrándose facultada la jueza actuante para sustanciar las medidas cautelares, o fijar audiencia de oficio, a fin de intentar conciliar los intereses en juego y arribar a una solución componedora de la problemática que se denuncia, entre otras medidas.

Principio apuntalado también por la juez a quo, según constancias de fs. 46, 100, 188, 330, 359 y 377. Más aún considerando que a partir de la reforma constitucional de 1994 con la incorporación de los instrumentos de carácter internacional (vg. C.I.D.N. y PIDESC-Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales) el cambio operado en relación a la interpretación y conjugación de la normativa aplicable en los procesos de familia obligan a una intervención tendiente en todos los casos a la protección integral de los derechos de la infancia y la adolescencia.

Partiendo de lo anteriormente señalado, debe atenderse a la finalidad de las medidas solicitadas cuyo ámbito se encuentra suficientemente descripto. Y en este sentido, tal como lo ha efectuado la juez a quo en cada una de las actuaciones judiciales que precedieron a la resolución ahora recurrida, el criterio rector de valoración, debe ser en todos los casos la conveniencia e interés del niño J. B. y el interés familiar.

Los intereses del niño por quien acude a la justicia el actor y la demandada, deben ser respetados por ser el norte de cualquier decisión judicial. Sin embargo, no demostró la quejosa que la solución adoptada sea contraria al interés superior del niño ni se hizo cargo en su crítica, del criterio de la a quo respecto a la estabilidad del niño, los informes profesionales elaborados en autos, ni el dictamen de la Sra. Asesora, quien vela por los intereses de J.; quen si bien tilda de arbitrarios, no se observa en ellos tal calificación. Cuestiones y opiniones que, involucrando a un niño, en modo alguno pueden ser minimizados.

Doctrina calificada ha expresado asimismo que: "La voluntad o deseo de los progenitores o sus sustitutos debe ceder ante lo que resulte más conveniente para el niño o el adolescente, persona a la cual afectará la decisión jurisdiccional" (Grossman: El derecho infraconstitucional y los Derechos del Niño, ps. 326 y ss).

Bien se ha dicho que cabe recibir el principio favor debilis o pro minoris, con expresa recepción en los arts. 30, 50 y ccdtes. de la ley 26.061, conforme el cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de éstos, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. Por ello, en aras de ese interés superior del menor y de la protección y defensa de sus derechos, quedan relegados en una medida razonable los que pudieren invocar los mayores, y el procedimiento de régimen de visitas despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta, aún

mucho más resaltada a partir de la incorporación de los Derechos del Niño en nuestro texto constitucional por imperio de la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22).

No se trata en este caso de decidir una mera adjudicación de derechos sobre un objeto inanimado o sobre un bien abstracto, cuya substancia permanecerá insensible o inalterada frente al paso del tiempo, sino sobre el destino de una persona de carne y hueso, que vive, piensa, tiene sentimientos, experimenta emociones, ríe, llora y va forjando día a día su identidad y la personalidad con la que afrontará el resto de su existencia (voto del Dr. Pettigiani, SCBA, Ac. 78.446, sent. Del 27-VI-2001).

De los antecedentes que emergen de la causa, los informes del Equipo Técnico Interdisciplinario y la opinión de la licenciada P., dan por tierra con todo discurso genérico en cuanto a los derechos de comunicación que tiene la madre y los esfuerzos que está realizando en su recuperación, cuando en el caso concreto se han dado y se siguen dando circunstancias nocivas para enervar las conclusiones negativas que con los debidos fundamentos se brindaran en el fallo. No menos relevante resulta lo advertido en la audiencia celebrada en cumplimiento del art. 130 de la Ley III N° 21, donde se ha tenido oportunidad de tomar contacto no sólo con los padres y J., sino con la abuela del niño, madre de la apelante, quien refirió sobre el estado y situación de su hija, y la conveniencia o no respecto a la comunicación de la misma con su hijo.

Por otra parte, cabe destacar que en razón de la naturaleza de las cuestiones debatidas y resueltas, las circunstancias que las motivaron, pueden

variar en el tiempo y replantearse la vuelta a una relación de comunicación adecuada y esperable en la medida que satisfaga los intereses primordiales del niño. Mucho más cuando, como en el caso, se trata de un régimen de comunicación provisorio, que ha sido mutado constantemente desde el inicio del proceso en 2010. En estos lineamientos, debe tenerse presente que los factores que contribuyen a formar el juicio acerca del interés del menor son siempre coyunturales, cualquier decisión es esencialmente provisoria.

Conforme lo expuesto, y teniendo en cuenta el desarrollo de la audiencia fijada al efecto ante esta instancia (fs. 539), donde se tuvo oportunidad de tomar conocimiento del niño, padre, abuela y madre recurrente, escuchando sus opiniones y percibiendo sus expectativas, las que aún no resultando vinculantes, permitieron auscultar la realidad actual y llegar a la convicción de que la solución propuesta es la que a todas luces resulta más funcional en la armonización de todos los apreciables intereses puestos en juego (conf. arts. 7, 8, 12, 13 y concs., Convención sobre los Derechos del Niño; 75 inc. 22, Constitución nacional) más teniendo en consideración asimismo que el régimen de comunicación y de visitas asistido que se estableció en el fallo recurrido, se privilegió el resguardo del niño, por lo que el mismo debe mantenerse en todas sus partes, pues está como se señalara suficientemente motivado en el marco de fundados dictámenes de los peritos y auxiliares que actuaron en los autos (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; 1, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y concs. Constitución nacional; 2, 3 y concs., ley 26.061).

En virtud de lo analizado, el recurso debe ser rechazado, confirmándose la resolución de la instancia de grado.

IV.- Las costas de esta instancia se imponen en el orden causado por aplicación del criterio rector en la materia objeto de la litis, desde que existe razón válida para litigar. Los honorarios de los letrados intervinientes se regularán teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, labor desarrollada y éxito obtenido, y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados (arts. 5 a 7, 13, 32 y 46 y ss. Ley XIII N°4 y Ley XIII N°15).

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1°) Rechazar el recurso de apelación interpuesto en fs.495 y confirmar la resolución de fs. 491/492 en cuanto fuera materia de agravio.

2°) Costas de la alzada por su orden. Regular los honorarios profesionales de los Dres. M. A. C., en DOS (2) JUS y A. A. d. T. y J. T. S., conjuntamente, en CUATRO (4) JUS.

3°) Tener presente la reserva del Caso Federal realizada de fs.510.

4°) Regístrese, notifíquese y devuél-vase.

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2014

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS