Comodoro Rivadavia, de marzo de 2018.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados "**P., V. S. c/ R., S. s/ Medida Cautelar**" Expte. N° 28/2018 venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia N° 2 (542/2017) en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 142 por S. R., en contra de los puntos 1°, 4° y 5° de la parte resolutiva del auto de fs. 130/136, el cual fuera concedido a fs. 143, fundado a fs. 149/155 y contestado a fs. 159/165.

I. En la resolución en crisis, la magistrada de la instancia anterior, en lo que aquí interesa, decidió otorgar "el cuidado personal unilateral exclusivo a favor de la progenitora, Sra. V. S. P.… de los niños L. E. R.… y L. M. R.… por el término de tres meses", instó "al progenitor a abstenerse de realizar todo acto que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños" e impuso las costas al demandado.

Para resolver del modo en que lo hizo, la juez a quo entendió que "la conflictiva familiar, las posturas inflexibles de las partes" hace que los acuerdos alcanzados "no reflejan la situación actual, por lo que de hecho no se encuentran vigentes, entendiendo que en los presentes autos resulta aplicable el art. 656 de la norma de fondo, que faculta al juez a fijar el régimen de cuidados de los hijos y el cuidado unipersonal si ello resulta más beneficioso para los niños…".

Asimismo indicó que "es la progenitora quien se encuentra en mejores condiciones para cumplir en forma integral con los cuidados personales de sus hijos L. y L., debiendo otorgarse el cuidado personal unilateral exclusivo por un plazo acotado, en el cual

deberán los progenitores reformular acuerdos superadores tendientes a finiquitar la conflictiva expuesta…”.

Por último, indicó que debe “establecerse un régimen de comunicación a favor del progenitor no conviviente a fin de mantener el vínculo con sus hijos”.

Al no haber encontrado mérito para apartarse del principio objetivo de la derrota, las costas fueron impuestas al demandado.

En contra de la decisión reseñada, el accionado interpone y funda recurso de apelación.

En primer lugar, el recurrente postula la inexistencia de “extremos fácticos y legales para atribuir en forma unilateral el cuidado” de los niños a la actora.

Alega el apelante que “la progenitora resulta absolutamente negada a que los niños mantengan fluido contacto con su padre, y lo ha recortado todo lo que ha podido siempre, aun con anterioridad a esta medida, siendo rígida e inflexible a esos efectos, y aun cuando los niños refirieron… que les gusta ir a casa de su papá…”.

Contrapone a dicha conducta atribuida a la contraria que el “ETI acompaña informe completo… que fuera transcripto precedentemente obrante a fs. 86/87, donde se manifiestan a favor, de restablecer el contacto entre los niños y su padre, recomendando que el mismo se retome en primera instancia en los espacios terapéuticos y con posterioridad se prevea la interacción con el grupo familiar conviviente del Sr. R.”.

Con base en todo lo anterior, la

demandada postula que la decisión de la juez a quo de poner en cabeza de la actora el cuidado personal de los niños "no es una medida que haya sido recomendada por el ETI, ni por la Asesora, y lejos de propiciar dichas intervenciones el alejamiento del Sr. R. de sus hijos y la crianza de los mismos.

Puntualiza, asimismo, que "en sendos informes y vistas se recomienda favorecer la revinculación paterno filial, especialmente en el del Equipo Técnico la Licenciada Álvarez pone de manifiesto la falta de intención del Sr. R. en que la situación haya resultado del cariz que indica el informe y su apertura a la reflexión y a acatar la que la revinculación con sus hijos sea en el ámbito terapéutico".

Entiende que "lejos de ser un padre periférico, siempre mantuvo un rol comprometido en la crianza de sus hijos, con un régimen de comunicación amplio que incluía como mínimo que los niños pernoctaran al menos un día de la semana con su padre, y fin de semana de por medio, además compartir tres tardes en la semana".

Sobre estas premisas y el hecho de que el régimen de comunicación "existió siempre hasta la interposición de la demanda correspondiente a estos autos, que además quedó claro que cualquier situación que hayan padecido los niños mientras estuvieran a cargo de su padre no fue intencional y que el maltrato no fue nunca paterno"; la accionada entiende que "no están dados ni los extremos excepcionales que prevé el Código para la atribución del cuidado personal exclusivo a alguno de los progenitores, ni tampoco del análisis de la situación a la luz del artículo 653 surge que la Sra. P. haya actuado conforme a

derecho, ni haya tenido la capacidad reflexiva para favorecer el trato del Sr. R. con sus hijos".

Por otro lado, reprocha a la actora haber preferido "el escalda de la contienda judicial, la denuncia reiterada de falsedades y los artilugios tendientes a instalarse en el conflicto, en lugar de tender a la solución…".

Respecto de uno de los hechos denunciados pondera el apelante que "el episodio de las muñecas como lo llama el ETI visibilizó una situación que… no supo manejar y que perjudicó a sus hijos, pero también que había cuestiones de base y de personalidad de los niños que debían trabajar y atenderse en el espacio Terapéutico de cada uno, ajenas al episodio… el conflicto se judicializa en razón de la conflictiva parental…".

Concluye afirmando que la atribución de cuidado personal unilateral y exclusivo a la actora "no propiciará una solución satisfactoria para los niños…".

En segundo lugar, el demandado se agravia por lo que entiende constituye una diferente valoración de las conductas desplegadas por una y otra parte a lo largo del conflicto parental.

Como fundamento alega que "al momento de resolver y de hacer únicamente al Sr. R. las recomendaciones de las cuales debiera abstenerse y valorar sólo su comportamiento, sin analizar el contexto, ni la conducta obstruccionista de la contraria, deriva en un juicio parcializado e injusto".

Con base en estos dos agravios, el accionado solicita se deje sin efecto la atribución del cuidado personal exclusivo a favor de la actora y

que se le haga extensiva a esta la recomendación de abstenerse de provocar daño a los niños.

Por último, se agravia de la imposición de costas alegando que los "conflictos de familia no suelen ser íntegramente responsabilidad de una sola de las partes, y que en el caso de autos la judicialización del mismo obedeció a la mala relación que mantienen las partes…".

Dado el pertinente traslado, la parte actora lo contesta y, en primer lugar, solicita que la apelación de su contraria sea declarada desierta.

En subsidio, para la eventualidad que se aprecie la aptitud del escrito de fs. 149/155 para fundar la apelación, procede a contestar el recurso.

En respuesta al primer agravio la actora señala que el demandado miente y alega falsedades.

En respuesta al segundo agravio alega que "la única posición reprochable ha sido la del progenitor no conviviente, el daño lo ha causado éste y no se limpia tamaño error por una reflexión y reconocimiento de culpa ante terceros ajenos al problema pues sus hijos a la fecha siguen esperando sus disculpas…".

En lo que al tercer agravio se refiere, dice que el causante de todo este proceso fue el demandado.

A fs. 171 obra el acta de audiencia en la cual el Tribunal tomó contacto personal con los niños y con su grupo familiar conviviente; mientras que, a fs. 174 compareció el accionado.

A fs. 176/179 dictamina la señora Asesora de Familia propiciando el rechazo de los agravios.

II. Teniendo en cuenta diversidad de

antecedentes que ambas partes citan como fundamento de sus posiciones, cuestiones de buen orden metodológico obligan a ponderar su contenido.

a) A fs. 6 la actora denuncia que el accionado "hostiga a L." para que "retire un juguete que supuestamente había traído de su casa y la trata de ladrona y mentirosa y él se queda afuera de la casa por una hora, mandando mensajes reclamando el juguete y diciendo que no sobreproteja a la nena que era una ladrona, y a mi hijo L. le mandaba mensajes de texto la hijastra de él diciendo que L. estaba haciendo bardo…".

Agrega que "L. de los nervios vomitaba mi hijo recuenta que L. sin permiso había traído una muñeca y cuando el papá se enteró, la puso de castigo en la habilitación sin dejarla ir al baño y sacándole el peluche que usa desde pequeña, y en dos oportunidades anteriores L. había llegado manchada con pis una vez y otra con caca ya que el usa ese tipo de castigo".

A fs. 18 el régimen de comunicación fue suspendido por el término de 10 días.

A fs. 52 se desestima el pedido formulado por la actora para que se extienda la suspensión del régimen de visitas.

A fs. 53 la juez a quo dispone la prohibición de acercamiento del demandado respecto de la actora y los niños de ambos.

A fs. 78/78 vta. obra primer dictamen del ETI, del cual se desprende que "la comunicación paterno-filial debería restablecerse finalizada la presente intervención, con las indicaciones y las pautas que se estimen necesarias en post de bienestar de L. y L.…"

A fs. 86/87 obra nuevo dictamen del ETI, en el cual se indica que "se sugirió a ambos padres que a través, de los terapeutas de sus niños, acordaran modalidad para el restablecimiento de la comunicación paterno-filial, la que si se evalúa en primera instancia deberá incluir solo al papá con los niños…".

III. Sobre esta plataforma fáctica, corresponde señalar que la Convención sobre Derechos del Niños (aprobada por Ley 23.849) establece, en su artículo 19, que los Estados parte deben adoptar medidas para "proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos"; las cuales "deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial".

Por otro lado, el artículo 24 consagra el derecho del niño a la salud, el 27 el derecho al desarrollo "físico, mental, espiritual, moral y social".

Los derechos consignados en los dos párrafos anteriores, deben ser valorados a la luz del llamado "interés suprior del niño" (art. 3 de la Convención).

El principio antes aludido, fue especialmente receptado por el legislador al sancionar el Código Civil y Comercial de la Nación, como

informador de todo proceso de familia; en el cual se encuentre involucrado un niño.

A su respecto, la doctrina tiene dicho que "el interés superior del niño rara vez viene determinado por un factor primordial y único. La principal consideración para decidir es establecer cuál de las opciones disponibles asegura mejor la realización de los derechos del niño y conviene, por tanto, a su interés superior… De ello se desprende que cuando se toma una decisión relativa a las medidas de cuidado temporal, u otras necesidades inmediatas de protección, debe tomar en cuenta las posibilidades a largo plazo para una solución duradera que se pretende alcanzar… El principio general contenido en la Convención de Derechos del Niño también establece que el interés superior del niño constituye la consideración primordial en relación a los intereses de adultos en colisión. Es decir que en caso de múltiples intereses contrapuestos en juego, el juez debe resolver priorizando el interés del niño, niña o adolescente, por sobre los de los demás integrantes mayores y capaces".

Paralelamente, también el legislador nacional ha dispuesto, mediante la ley 26.061 que la protección integral de los niños, niñas y adolescentes constituye una política pública del Estado.

Dentro de los derechos especialmente enumerados por el legislador, en la norma antes aludida, se incluye el de la dignidad e integridad personal; el cual se encuentra constituido por la ausencia de "trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio".

A su turno, el legislador provincial, mediante la Ley XV N° 12 también elevó, a la prevención

de la violencia familiar, a la categoría de política pública.

En ese marco, se estableció en el artículo 9 que el juez "de oficio o a pedido del damnificado, podrá adoptar inaudita parte, al tomar conocimiento de los hechos, las siguientes medidas cautelares, las cuales siempre serán de carácter provisional: … prohibir el acceso y acercamiento del denunciado al domicilio del damnificado…

El Suprior Tribunal de Justicia de la Provincia, en su Acuerdo Plenario N° 4426/16 tiene dicho que "los operadores judiciales deben actuar de conformidad a los principios que informan a la temática en cuestión: principio de protección de la víctima y de la familia; principio de urgencia; principio de integridad; principio de aplicación general; y principio de accesibilidad para no demorar o frustrar la protección debida a las víctimas y evitar eventuales peligros...".

El legislador, luego de darle contenido a los principios citados por el Superior Tribunal, estableció que "toda persona tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado".

En el marco de estos estándares que hacen al interés superior del niño, el legislador al sancionar el Código Civil y Comercial (en el artículo 647) prohibió el sometimiento de niños y niñas a castigos corporales, malos tratos y hechos que los lesionen o menoscaben.

En su reemplazo se estableció el apoyo de servicios de orientación a cargo del Estado.

Al respecto la doctrina ha dicho que "fácil resulta advertir que la norma aprobada tiene

un claro norte, cuál es el evitar todo tipo de castigo físico dirigido contra los hijos, no existiendo circunstancia alguna que pudiese justificar la adopción de ese curso de acción. El repudio es expreso y enfático, quedando desterrada la violencia como herramienta disciplinaria o correctiva en el marco de las relaciones parterno filiales, englobándose dentro de este concepto a todo acto lesivo de la integridad personal, moral o psicológica y de la dignidad de las niñas, niños y adolescentes. Por su parte, el Código reconoce las dificultades que en la práctica pueden tener los progenitores en la labor de crianza de sus hijos, se les permite acudir por ante los organismos del Estado especializados en cuestiones de infancia para solicitar auxilio a efectos de lograr la realización de las obligaciones legalmente impuestas respecto de su descendencia, como instancia complementaria y de asistencia en el ejercicio de la función parental. La regulación en análisis es el resultado de un largo y arduo camino en el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, entre ellos, del derecho a la integridad y dignidad, siendo estos derechos humanos un puntal en la lucha para la erradicación del maltrato infantil". (Lorenzetti, Ricardo Luis "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado" Tomo IV, página 323, Ed. Rubinzal Culzoni)

Asimismo, se ha dicho que "en junio de 2006, el Comité de Derechos del Niño publicó una observación General sobre el derecho de los niños a la protección contra los castigos corporales y otras sanciones crueles o degradantes, reafirmando la obligación que han contraído los gobiernos de prohibir y eliminar todas las formas de castigo corporal en

todos los entornos, incluido el hogar familiar, y ofreciendo recomendaciones detalladas sobre la reforma legal y otras medidas necesarias…la norma en comentario viene a adecuar nuestra legislación a esta recomendación". (Rivera, Juli César y Medina Graciela, "Código Civil y Comercial Comentado" Tomo II, página 512, Ed. La Ley)

En este orden de ideas, ante la denuncia de hechos que se encuentran reñidos con el estándar de derechos que asisten a los hijos de las partes, se adoptó una medida rápida para desactivar el conflicto (suspensión del régimen de comunicación) y se dio intervención a los organismos del Estado encargados de auxiliar a los involucrados.

Como consecuencia de esta tarea y de la contratación por parte de los involucrados de distintos profesionales, se han creado distintos ámbitos terapéuticos.

Así las cosas, en la audiencia de fs. 171 ante esta Alzada se indicó que "desde hace un mes los niños comenzaron a vincularse con el Sr. R. en el espacio terapéutico y, a sugerencia de los profesionales actuantes, fuera del mismo compartiendo incluso espacios y tiempos diferentes".

Por otro lado, en la audiencia de fs. 174 se dejó constancia que el demandado "mantuvo contacto con los niños tres veces por semana".

A la evolución de la plataforma fáctica que motiva la presente apelación se le debe adicionar que el Equipo Técnico Interdisciplinario, en sus distintas intervenciones, señaló la importancia de mejorar la relación paterno filial (fs. 78 y vta. Fs. 86/87)

Sobre estas premisas, el Tribunal

advierte que no se configura en el caso que nos ocupa un supuesto de gravedad que permita aplicar la excepción a la regla que establece que el cuidado personal de los niños debe ser ejercido de manera conjunta por ambos padres.

Nótese que si el ETI ha recomendado profundizar la comunicación paterno filial, no resulta razonable para tal fin excluir al padre de las decisiones relativas a la vida cotidiana de sus hijos (conf. arts. 648, 651).

En este orden de ideas, el interés superior del niño determina la necesidad de continuar trabajando en el fortalecimiento del vínculo y en la mejora de la comunicación entre todos los integrantes del grupo familiar.

Por ello, se hará lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y se revocará el punto 1° de la resolución en crisis.

Distinta suerte correrá el agravio relativo al exhortación que la juez a quo le formuló al apelante.

En este sentido, no cabe duda que es compleja la tarea de lograr una buena y armoniosa convivencia entre L. y L. con los hijos de su actual pareja; pero ello, en modo alguno autoriza al recurrente a proceder del modo descripto en la denuncia de fs. 6.

Por ello, el agravio será desestimado.

IV. Si bien no ha sido materia de agravio, esta Alzada entiende necesario dejar constancia de que no comparte la delegación de la función jurisdiccional de establecer el régimen de comunicación en los psicólogos tratantes.

Si bien el trabajo de estos es de fundamental importancia para desentrañar la problemática que nos ocupa y buscar soluciones, ello no puede derivar en la atribución dichos profesionales de la facultad de determinar la modalidad de comunicación entre las partes y los niños.

Los psicólogos podrán asesorar al magistrado, pero de ninguna manera debieran ser ellos los que resuelvan la cuestión debatida e impongan obligaciones a las partes.

V. Teniendo en cuenta que estos obrados son la consecuencia de un conflicto de larga data entre ambas partes, el cual –por su naturaleza- afecta a L. y L. y que ya ha discurrido a lo largo del cuatro expedientes judiciales, se advierte que no es posible predicar la existencia de un vencedor; por lo cual corresponde hacer lugar al agravio del accionado e imponer las costas de ambas instancias en el orden causado.

En virtud de lo normado por el artículo 282 del CPCC la regulación de honorarios será readecuada. En esta tarea se tendrá el cuenta el carácter incidental de las presentes actuaciones, la índole de la cuestión debatida, la labor profesional cumplida y el éxito obtenido.

Los honorarios correspondientes a la tarea profesional cumplida en esta instancia serán regulados teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, el mérito de la labor desarrollada, éxito obtenido y situación económica de las partes (arts. 5, 6, 6 bis, 7, 13 y 32 de la Ley XIII N° 4 modif. 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) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto a fs. 142 y, en consecuencia, revocar los puntos 1° y 5° de la resolución de fs. 130/136 otorgando el cuidado personal compartido de los niños L. y L. bajo la modalidad indistinto.

2) Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado.

3) Regular los honorarios, por la actuación profesional en la instancia de grado, de las Dras. Maura M. Gutiérrez y Adriana Ávila de Torrernte, apoderadas de la actora, en conjunto, en la suma equivalente a 8 Jus; y los de las Dras. Ana Clara Romero y Liliana Jorge de Merlo, letradas apoderadas del accionado, en conjunto, en la suma equivalente a 8 Jus. En ambos casos con más I.V.A. en caso de corresponder.

4) Regular los honorarios, por la actuación profesional en esta instancia, de las Dras. Maura M. Gutiérrez y Adriana Ávila de Torrernte, apoderadas de la actora, en conjunto, en la suma equivalente a 25% de lo regulado para la instancia de grado; y los de las Dras. Ana Clara Romero y Liliana Jorge de Merlo, letradas apoderadas del accionado, en conjunto, en la suma equivalente al 30% de lo regulado para la instancia de grado. En ambos casos con más I.V.A. en caso de corresponder.

5) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de

Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y existir concordancia en la solución del caso (Ley V N° 17 del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut).

GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO
Jueza de Cámara

MARIA FERNANDA ZANATTA
Presidenta

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2018 DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS

MARCELO ANDRÉS NICÓTERA
Secretario de Cámara