Puerto Madryn, Octubre de 2018.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: "**M., C. G. S/ Incidente modificación del régimen de comunicación en expte: "M., C. G. S/ Petición de Divorcio (229/17)"", Expte. 189 Año 2018** venidos del Juzgado Familia N° 2, Expte. N° 1009/2017, por haber interpuesto a fs. 86 la actora, recurso de apelación contra la Sentencia Interlocutoria registrada bajo N° 377/2018 de fs. 79/83.

I. Frente al pedido de la Sra. M. de modificación del régimen de comunicación paterno – filial de sus hijos L. M. y J. B. con su progenitor G. M. M., la Sra. Jueza de grado resuelve no hacer lugar a la misma.

Basa lo resuelto en lo expresado por los niños, el resultado de los informes psicológicos y socio ambientales con más la vista de la Abogada de la Asesoría de Familia.

Contra dicha resolución se alza la actora a fs. 86, fundando su memorial a fs. 88/90.

Le causa agravio que la Sra. Jueza de grado no haya admitido la modificación del régimen de comunicación paterno filial que ha solicitado imponiéndole las costas.

Menciona que en este cambio de régimen se había ofrecido, en primer término, que sea el progenitor quien elija los días fijos que se mantendrían todas las semanas, pero además se peticionó que se establezcan pautas que no fueron acordadas previamente, respecto a los cumpleaños de los niños, de los progenitores, de otros familiares, días del niño, del padre, etc.

Sostiene que por la conflictividad de la relación existente no es posible llegar a acuerdos con el Sr. M., no es factible pactar la posibilidad de viajar con los niños un fin de semana o tomarse unas vacaciones con ellos.

Indica que al hacer el planteo de la modificación tuvo en cuenta la imposibilidad que tienen hoy los niños de realizar una actividad si el otro progenitor no está de acuerdo o no tiene la disponibilidad horaria para buscarlos o llevarlos.

Explica que tampoco se ha tenido en cuenta que ella tiene otro hijo y que con este régimen comparten semana por medio al mes.

Asevera que no solo deben tenerse en cuenta las necesidades de los niños y su bienestar, sino también de los adultos que son parte de esta ecuación, es importante valorar sus tiempos, actividades laborales, la existencia de otros hijos, ya que son los encargados de llevar adelante el régimen.

Alega que si bien es importante escuchar a los niños, también debe considerarse la opinión de los adultos, además, que exista la obligación de escucharlos no quiere decir que su opinión deba ser vinculante y definitoria al momento de la toma de decisiones.

Manifiesta que la estabilidad a la que hace referencia la a quo en su sentencia debe tenerse en cuenta respecto de cualquier régimen de comunicación que se plantee. Es decir, si los padres pueden acordar modificar los hábitos y costumbres de sus hijos, sin que esta circunstancia los afecte, lo mismo ocurre cuando dicho cambio lo implementa el Juez.

Finalmente, le causa agravio la imposición de costas, ya que existen conflictos serios que dificultan a esa parte llevar adelante el régimen vigente, que se plantearon junto a otras cuestiones puntuales que ni siquiera fueron tratadas.

Concluye que en las cuestiones de familia las costas no pueden imponerse teniendo en cuenta el principio de la derrota, ya que por la conflictiva existente es necesaria la intervención de la Sra. Jueza para tratar de llegar a un acuerdo entre las partes.

A fs. 92/93 contesta traslado la letrada apoderada del Sr. M..

La audiencia prevista en el art. 130 de la Ley III N° 21 obra agregada a fs. 103.

A fs. 105 contesta vista la representante de la Asesoría de Familia quien considera que los agravios presentados por la actora no son suficientes para mover el fallo de primera instancia, que ha tenido como único norte el interés superior de los niños M..

II. Al momento de analizar cuestiones como la traída a estudio, este Cuerpo considera que no puede escindirse el objeto protectorio de la misma que no es otro que el interés superior del niño reconocido en los arts. 26, 64, 104, 112, 595, 604, 621, 627, 638, 671 y 706 del CCyC. Como lo ha sostenido el STJCH "...dicha regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. El niño, desde el punto de vista del derecho es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir, pero no se reducen a los de sus mayores..." (STJCH en autos: M., R. I. y Otra s/ Adopción, Expte. Nº 21.797-M-2009, Id. V., F. M. s/ Adopción Simple", Expte. N° 19.520-V-2004, S.D. 09/S.R.E./05, Tal criterio es mantenido por la Corte en las causas "M.D.H. c/ M.B.M.F.", 29/04/08, Fallos, 331:941, en "A.F.", 13/03/07, Fallos, 330:642, "Antinao, Celia c/ D. C., M. A. - D., G. N.", 17/04/07, Fallos, 330:1671 y "S.,C. s/ Adopción", 02/08/05, Fallos, 328:287).

Tal como surge de los arts. 1 y 2 del CCyC, los Tratados de Derechos Humanos en los que la República Argentina sea parte, configuran parte del Derecho Civil y poseen valor interpretativo para el Juez en los casos concretos. En este orden de ideas los Arts. 19 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño establecen la protección de todos los niños contra

toda forma de "... abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación... mientras se encuentren bajo la custodia de los padres...", agregando que los niños solo podrán ser privados permanentemente de su medio familiar cuando su "...superior interés exija que no permanezcan en ese medio..." debiendo garantizar "...otros tipos de cuidado para esos niños...".

La atención primordial al interés superior del niño a que alude el Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor.

Los tribunales están obligados a atender como consideración primordial al interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina de la CSJN que "garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención" (Fallos: 318:514) (conf. C.S.J.N., 02-12-2008, Fallos 331:2691; L. L. 2008-F, 705).-

Los órganos judiciales, así como toda institución estatal, han de aplicar el principio del interés superior del niño "estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente" (Comité, Observación general Nº 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 2003, HRI/GEN/1/ Rev. 7, párr. 12, p. 365). (C.S.J.N., 16/09/2008, Expte. G. 617. XLIII, L. L. 2009-A, 450).-

No es posible dar contenido concreto a la fórmula genérica del "interés superior del niño" si no es analizando cada caso en particular, porque

precisamente la consideración del niño como persona, sujeto de derechos, exige atender a sus circunstancias particulares.

La actora considera que es un derecho de los niños el ser oídos, pero no es vinculante para el momento de decidir. Es dable aclararle, que frente a la conflictiva entre adultos es responsabilidad, tanto de la Asesoría de Familia, como de los distintos funcionarios judiciales garantizar el bienestar de niños, niñas y adolescentes, y ese es el norte que se sigue, obviamente teniendo en cuenta la opinión del grupo interdisciplinario que evalúa las circunstancias en cada caso.

Por otro lado, pone de manifiesto que el régimen de comunicación se puede cambiar en cualquier momento, no importa si lo hacen las partes mediante un acuerdo, o por decisión del Juez, y que ello causaría la misma estabilidad o no en los niños.

En este punto, vale decir que cuando los padres acuerdan un régimen de comunicación lo hacen teniendo en cuenta el mayor bienestar de sus hijos, existe un diálogo que les permite dejar de lado cuestiones que son de adultos para poder lograr una comunicación filial favorable para los niños. En los casos como el presente, que existe una gran conflictiva entre adultos y no logran llegar a un acuerdo, son los Magistrados y representantes de la Asesoría, quienes con las recomendaciones del Equipo Técnico Interdisciplinario buscan lograr cierta estabilidad y bienestar para los niños, siendo responsables de ello. De ahí que resulta mucho más importante su opinión que la de los adultos.

De las constancias obrantes en autos, teniendo en cuenta el interés superior de L. y J. B., la provisoriedad que caracteriza las medidas adoptadas, los informes del ETI y lo recomendado por la representante de la Asesoría, este Cuerpo no encuentra motivos suficientes para apartarse de lo dispuesto a fs. 79/83.

En relación a la imposición de costas procesales, conforme como se resuelve no corresponde apartarse del principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCC). Este Cuerpo entiende que si bien la actora pudo sentirse con motivos suficientes para solicitar la modificación del régimen de comunicación, de la audiencia de fs. 35 surge que el demandado intentó hacer una propuesta de días y horas, tal como había sido solicitada por la actora, la que no fue aceptada por ésta.

De lo expuesto es que no existe motivo para apartarse del principio que establece el art. 69 del CPCC.

III. Las costas de esta instancia se imponen a la apelante vencida (art. 69 CPCC); regulándose los honorarios correspondientes a la Ab. L. G. en 8 JUS y a la Ab. N. A. 10 JUS, ambas por su actuación en esta instancia (Arts. 5, 6 bis y 7 Ley XIII Nº 4 y sus mod.).

Por ello la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn.

RESUELVE:

1) **CONFIRMAR** la Sentencia Interlocutoria registrada bajo N° 377/18 de fs. 79/83 en todo cuanto ha sido materia de agravios.
2) **IMPONER** las costas de esta instancia a la apelante vencida (art. 69 CPCC).
3) **REGULAR** los honorarios profesionales de la Ab. L. G. en 8 JUS y los de la Ab. N. A. 10 JUS, ambas por su actuación en esta instancia (Arts. 5, 6 bis y 7 Ley XIII Nº 4 y sus mod.).
4) **REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE**.

La presente sentencia es firmada por dos Jueces de Cámara en virtud de encontrarse el Dr. Julián Emil Jalil en uso de licencia y concordar en la solución del caso (Art. 7 y 8 Ley V N° 17).

REGISTRADA BAJO EL N° /18 SIF.-