

Universidad Empresarial Siglo 21

Vicerrectorado de Innovación, Investigación y Posgrado

Especialidad en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia

Cohorte 2020-2021

## **INCUMPLIMIENTO DEL REGIMEN COMUNICACIONAL**



LEILA ESTEFANIA RICHIARDONE



## Agradecimiento

A mi familia que me acompañó en la decisión de cursar la especialidad en Derecho de Familia, pendiente de realizar para complementar mis estudios y finalmente se concretó en un año complejo, pandemia de por medio y en la virtualidad.

A mis compañeros de trabajo con quienes comparto la inquietud de brindar soluciones eficientes y debato frente a los planteos concretos que se nos presentan la manera de brindar un servicio de justicia eficaz con soluciones concretas.



## INDICE

-Introducción .....	7
-Capítulo I Conceptos Generales.....	9
1. Responsabilidad Parental.....	9
1.1. Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental.....	10
1.2. Cuidado Personal.....	11
1.3. Régimen Comunicacional.....	13
1.4. Coparentalidad.....	14
-Capítulo II Aproximación al Problema .....	17
1. Régimen Comunicacional.....	19
2. Autonomía Progresiva –Opinión del Niño, niña y adolescente .....	19
3. Tutela Judicial Efectiva.....	21
-Capítulo III Soluciones .....	23
1. Sanciones en el ámbito Civil .....	25
1.1. Cambio de cuidado personal.....	25
1.2. Ejecución Forzosa (Oficial de Justicia).....	27
1.3. Puntos de Encuentro Familiar.....	28
1.4. Clausulas Penales.....	32
1.5. Sanciones Conminatorias .....	33
1.6. Registro de Obstaculizadores.....	34

1.7. Otras Alternativas .....	35
2. Sanciones en el Ámbito Penal .....	36
2.1. Impedimento de Contacto .....	36
2.2. Desobediencia a la Autoridad .....	37
-Conclusión .....	39
-Bibliografía .....	43
-Anexo-Jurisprudencia.....	45

## **INTRODUCCION**

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) regula en los arts. 555 a 557 lo relativo al derecho de comunicación. La normativa citada establece, en el último de los artículos mencionados que el Juez, ante reiterados incumplimientos del régimen comunicacional, puede imponer al responsable del incumplimiento, medidas razonables para asegurar su eficacia.

Sin embargo, en la práctica, no son pocas las veces en que uno de los progenitores debe peregrinar por ante los tribunales requiriendo el auxilio de la justicia a fin de hacer efectivo ese derecho-deber de comunicación con su hijo/a debido al impedimento infundado del progenitor con quien reside el niño/a.

Con el presente trabajo se pretende mostrar, frente a lo que hoy parecen ser soluciones insuficientes, las alternativas disponibles para lograr el disfrute de este derecho-deber y así poder adoptar las que se estimen pertinentes a fin de lograr la eficacia del régimen comunicacional establecido.

La investigación que exponemos pretende plantear el problema desde lo observado en la práctica cotidiana en los Tribunales de Familia de la ciudad de Córdoba. Se realizará una aproximación al tema brindando conceptos básicos, se describirá la problemática y se expondrán las diferentes alternativas que otorga la legislación local y de otras jurisdicciones, para que tanto partes como letrados tengan conocimiento acerca de las herramientas a su alcance para hacer realidad la efectiva tutela judicial del derecho-deber de comunicación entre padres e hijos. Por últimos brindaremos una opinión de la que estimamos es la mejor solución.

No se hará referencia a los casos en que la suspensión del régimen de contacto tiene fundamento en denuncias de violencia hacia el niño, denuncias de abuso sexual, etc., sino a los casos en los que el incumpliendo deviene de la

obstrucción infundada y sin justificación alguna por parte del progenitor con quien el niño/a reside de manera principal.

Nos centramos en estos supuestos por entender que son los que se presentan con mayor frecuencia en la práctica tribunalicia, sin desconocer que este derecho-deber tiene igual vigencia en los casos en que los niños, niñas o adolescentes se encuentren bajo el cuidado de un guardador, tutor o referente afectivo o que el incumplidor sea el progenitor que tiene el derecho-deber de comunicación, es decir con el que el niño/a no reside de manera principal. Por último, agregaremos que siempre habrá que estarse a lo que resulte más beneficioso para el interés superior del niño/a.

Asimismo, cabe aclarar que cuando nos referimos a "padre" o "progenitor con quien el niño reside de manera principal", no usamos el lenguaje con una connotación de género, si no de manera general neutral, ya que los supuestos se presentan de igual manera sea que los niños, niñas o adolescentes residan de manera principal con su madre o con su padre.



## **CAPITULO I CONCEPTOS GENERALES**

Como punto de partida diremos que con la sanción del Código Civil y Comercial en el año 2015, se introdujeron al derecho de familia una serie de modificaciones originadas fundamentalmente en su constitucionalización. Esto se refleja tanto en la terminología como en el contenido de cada instituto.

Al respecto Mizrahi (2018) apunta que, ya desde los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial se señalaba que "la incorporación de los tratados de derechos humanos en el bloque constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) ha tenido también un fuerte impacto en las relaciones padres e hijos"; y que "el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico". (p.238)

Agrega que la sustitución terminológica ha de cooperar en la transformación de las creencias y que, por ende ejercerá una indudable influencia en las actitudes y comportamientos. (p.241)

Realizaremos a continuación una aproximación a los conceptos empleados en el CCCN en relación a la temática planteada a los fines de su mejor comprensión.

### **-1. Responsabilidad Parental**

Encontramos como punto de partida que se eliminó la denominación de "patria potestad" para dar lugar al de "responsabilidad parental". Ésta designación, implica el ejercicio de la función en cabeza de ambos progenitores, de manera conjunta y resulta más apropiada y acorde a la consideración del niño como sujeto de derecho.

Hablamos de responsabilidad parental como el conjunto de deberes y derechos de ambos progenitores y el reconocimiento del principio de coparentalidad, sin preferencia de uno sobre el otro con la finalidad de proteger el desarrollo y formación de los niños, niñas y adolescentes.

La responsabilidad parental debe entenderse como una función y acompañamiento que los progenitores ejercen en interés de los hijos, para asistirlos en la incorporación de competencias propias de las distintas etapas de desarrollo. Se encuentra prevista para la formación integral, protección y preparación del niño, quien poco a poco va forjando su propia identidad. (Culaciati 2021-p.23)

La normativa distingue en torno a la responsabilidad parental tres conceptos centrales: la titularidad, el ejercicio y el cuidado personal del hijo.

### **-1.1 Titularidad y Ejercicio de la responsabilidad parental**

La titularidad hace referencia al conjunto de deberes y derechos que derivan de la responsabilidad parental y recae sobre ambos progenitores, salvo su extinción o privación (arts. 699 y 700 CCC). Esta titularidad puede o no estar acompañada del ejercicio de la responsabilidad parental.

El ejercicio implica la puesta en acto del conjunto de responsabilidades/facultades para la protección, desarrollo y formación integral del hijo (art. 638 CCC), es decir la toma de decisiones concretas que se comparte por ambos progenitores. En principio corresponde a ambos padres, sea que convivan o no, de allí que se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, salvo que se requiera el consentimiento expreso de ambos (art. 645 CCCN)

## **-1.2. Cuidado Personal**

El "cuidado personal", por su parte, es el instituto que desplaza al antiguo de "tenencia". Ya no se asocia la "tenencia" con el desempeño de la función parental porque se coloca en pie de igualdad a ambos padres. (arts. 648 al 647 del CCCN).

El art. 649 por su parte, establece las clases de cuidado personal cuando los progenitores no conviven, dando prioridad el CCCN al cuidado compartido (art. 651 CCCN), que se entiende brinda mejores condiciones para los hijos al dejarlos ajenos a las desavenencias de los padres.

A su vez, el cuidado compartido puede ser alternado –cuando el hijo pasa periodos de tiempo con cada progenitor según la organización y posibilidades familiares- o indistinto cuando reside de manera principal con uno de sus progenitores, pero ambos comparten las decisiones y tareas relacionadas al cuidado. En este supuesto, independientemente de con quién viva el hijo pasa momentos significativos con ambos padres quienes contribuyen de manera equitativa a la crianza del hijo.

Respecto al cuidado personal compartido Culaciati expresa que

Este sistema está basado en los principios de coparentalidad y de corresponsabilidad parental, y se caracteriza porque ambos padres se alternan en el desempeño de las funciones inherentes a la guarda y custodia, compartiendo en un plano de igualdad, derechos y obligaciones respecto a sus hijos como si se tratase de una familia intacta, con la salvedad de que los progenitores ya no viven juntos. (2021-p.27/28)

En tanto Fernández, Herrera y Molina de Juan (2016) exponen que:

uno de los desafíos que enfrentan los padres y madres de éste siglo es aprender a compartir el cuidado de sus hijos. Compartir implica colaborar,

participar, comunicar, acompañar la crianza. En una palabra, cooperar con el otro en un esfuerzo conjunto para que niños y adolescentes crezcan en forma saludable y alcancen un desarrollo pleno. (p.373)

Por otra parte, la modalidad de cuidado personal unipersonal es contemplada como excepción por el ordenamiento civil, siendo importante destacar que en este supuesto el progenitor que no tiene el cuidado personal mantiene el derecho a relacionarse con su hijo/a.

Al respecto el autor citado manifiesta que puede perjudicar –a priori- el interés del hijo, pues lo desvincula paulatinamente de una de las figuras parentales, con lo cual se lesiona su proceso de crecimiento y humanización. (Culaciati- 2021-p.53)

Así, en un fallo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Familia de Primera Nominación de Río Cuarto el tribunal rechazó la demanda de cuidado personal unilateral presentada por el progenitor conviviente en contra de la progenitora que padece de trastorno bipolar diagnosticado, disponiendo el cuidado personal compartido indistinto con residencia principal en el domicilio paterno y estableció un régimen comunicacional con la progenitora. En la resolución el magistrado valoró la importancia para el desarrollo integral de la niña el mantenimiento de su vínculo con la madre y su hermana, concluyendo que el padecer un trastorno mental no representa necesariamente la imposibilidad de afrontar el ejercicio de los cuidados parentales. (O, MA c/ F, A – Cuidado Personal-Juzg. de 1ra. Inst. en lo Civil, Com. y Flia de Primera Nominac. de Río Cuarto-01/12/2021-citado en Boletín Judicial Nro. 17/Mayo 2022-Jurisprudencia actualizada-Poder Judicial de Córdoba-Edición especial Día internacional de las Familias- Se puede leer completo en el anexo)

En la práctica el cuidado personal unipersonal se establece cuando el otro progenitor vive a gran distancia que no le permita el trato frecuente, cuando ha perdido contacto con el hijo por tiempo prolongado o cuando es lo que

resulta más beneficioso para éste. En estos casos el magistrado cita al progenitor demandado a los fines de que haga valer sus derechos y se requiere no solo la acreditación fehaciente de la verosimilitud del derecho invocado, sino también el contacto personal del juez con el hijo/a, dándole intervención al Equipo Técnico en caso de estimarlo pertinente.

Es importante destacar que en todos los casos de cuidado unilateral, el otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con aquel que ejerce la custodia directa del hijo. Además, existe un deber recíproco de información sobre la salud y cuestiones relativas a la persona y bienes del hijo, consagrado expresamente en el artículo 654 del CCyC. (Fernández, Herrera, Molina de Juan, 2016, p.392)

### **-1.3. Régimen Comunicacional**

Asimismo, entre los conceptos generales, se dio acogida al término régimen comunicacional desplazando al de régimen de visitas, ya que éste nació como la posibilidad que se otorgaba al progenitor no conviviente de ver al niño, niña o adolescente en el domicilio en que vivía con el otro progenitor. Esto fue evolucionando, reflejando hoy en día el contenido y alcance de la relación, que se vincula íntimamente con el concepto de "coparentalidad".

Al decir de Gil Domínguez, Fama y Herrera (2007), el de régimen comunicacional es el término "que mejor se adecua a la idea del mantenimiento de vínculos personales con ambos progenitores de manera asidua y, paralelamente, al respeto por la igualdad entre los miembros de la pareja parental". (p.249).

Cuando los progenitores de un niño, niña o adolescente no conviven bajo el mismo techo aparece el concepto de "régimen comunicacional"; este se basa en la solidaridad familiar. Mizrahi (2015), señala que el régimen

comunicacional "consiste en ver y tratar periódicamente a personas menores de edad, o a mayores de edad limitados en su capacidad, inhabilitados, impedidos o enfermos, con el objeto de conservar y cultivar las relaciones personales emergentes de esos contactos"(p. 518); por su parte Herrera-Caramelo y Picasso (2015) expresan que: "El régimen de comunicación es un derecho/deber que consiste en la vinculación periódica y de manera asidua entre dos personas unidas por un determinado grado de parentesco".(p.276)

En éste punto es importante recordar que el derecho comunicacional es un derecho-deber recíproco ya que existe en ambos extremos del vínculo, personalísimo, indelegable, inalienable, indisponible e irrenunciable porque apunta a la subsistencia del lazo familiar, por lo que no se aplica en ningún caso la prescripción ni la caducidad.

Solo puede ser suspendido cuando medien causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad del niño, niña o adolescente. Es provisional, ya que en esencia es mutable de acuerdo a las nuevas circunstancias y puede reclamarse en todo momento, por lo que las resoluciones que se tomen a su respecto no hacen cosa juzgada material, ni evita la promoción de nuevas acciones.

#### **-1.4. Coparentalidad**

El principio o derecho a la coparentalidad es el derecho que tiene el hijo a relacionarse con ambos progenitores.

En relación a la importancia que tiene la preservación de las relaciones personales entre padres e hijos Mizrahi (2015) expresa que "...la interacción del niño con sus dos progenitores hace a la correcta estructuración del psiquismo de aquel, a su autoestima personal; a generarle confianza en el mundo; a prevenirlo contra disfunciones y patologías psíquicas; en suma a no quedar desnutridos en el desarrollo de su identidad." (p. 518)

Por su parte, Culaciati (2021) define el principio de coparentalidad como el derecho que poseen los hijos menores de edad a mantener una relación fluida y estable con sus dos progenitores, con independencia de la ruptura matrimonial de estos. (p.35)

Este derecho a la coparentalidad se encuentra contemplado también en la Convención de los Derechos del Niño (CDN) que en los arts. 7.1 y 9.3 reconoce el derecho del niño a ser cuidado por ambos progenitores y a que en caso de encontrarse separados de uno o de ambos padres puedan mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, salvo que ello resulte contrario a su interés.

Realizada la presente aproximación a la temática que nos ocupa abordaremos ahora las posibilidades que existen para preservar la comunicación del niño con ambos padres y por ende el ejercicio del derecho a la coparentalidad que coloca a ambos progenitores en pie de igualdad, beneficiando tanto a padres como hijos al facilitar el mantenimiento de un vínculo cotidiano con ambos, persiguiendo que la separación de los progenitores genere el menor impacto posible en la vida de los hijos.





## **CAPITULO II APROXIMACION AL PROBLEMA**

El debido cumplimiento del régimen comunicacional, sea este acordado por las partes o fijado por el juez ante su falta de conciliación, es de vital importancia sobre todo para el beneficiario principal de ese derecho-deber, es decir para el niño, niña o adolescente. Es por eso que el régimen comunicacional se relaciona con el interés superior del niño, vinculándose incluso con normas de derecho internacional como la Convención de los Derechos del Niño (arts. 8.1, 9.3 y 10.2).

La citada convención establece en los artículos referidos que los estados parte se comprometen a respetar, entre otros, el derecho del niño a preservar las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas; que respetaran el derecho del niño que este separado de uno de sus padres o de ambos a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que ello sea contrario a su interés superior y que en caso de que uno de los progenitores resida en otro país, los Estado parte respetaran tanto el derecho del niño como de sus padres a salir y entrar en esos países a los fines de que puedan mantener contacto directo.

Al respecto la Sala Civil del TSJ en autos caratulados "P, S.M c/ M, M.V – Régimen comunicacional internacional-" subrayó que la Ley Provincial 10.419 establece entre sus finalidades la de "preservar el derecho de visita o contacto internacional", destaca la relevancia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes como criterio orientador de interpretación de los convenios que reglamento, lo que se traduce en mantener contacto fluido con ambos progenitores y obtener una rápida resolución de la solicitud de contacto internacional. (Auto Nro. 145 del 06/09/2021- de la Sala Civil del TSJ en autos "P, S.M c/ S.M, M. V- Régimen comunicacional internacional-" publicado en Boletín Judicial Nro.12- Abril 2022-Derecho de las Familias-Jurisprudencia actualizada de Familia TSJ- puede leerse completo en el anexo)

Tan indudable es la raigambre constitucional de la comunicación paterno-filial, que además de la Convención de los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional conforme lo expresa el art. 75 inc. 22, la propia Constitución Nacional obliga al estado a la "...protección integral de la familia..." según se desprende del art. 14 bis.

A la normativa citada, podemos aditar el art. 3 de la Ley 26.061 que define el interés superior del niño como "...la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en ésta ley..." correlacionado con el art. 11 de la citada normativa que confiere a los hijos el derecho a "preservar las relaciones familiares de conformidad a la ley (...) a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando estos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley...".

Al tratar el tema Mizrahi (2018) expresa

Con acierto se dijo que la adecuada comunicación entre los progenitores y sus hijos se debe interpretar en relación a éstos con proyección a futuro. Es que un buen contacto materno o paterno-filial, mediante vínculos efectivos profundos, evita la consolidación de conflictos, trastornos de la personalidad y el carácter, frustraciones e inmadurez; y de ahí que la mentada comunicación resulta esencial en ésta etapa -la de la niñez- en la que se estructura el psiquismo del individuo. Desde ésta perspectiva, es indudable que la mejor formación del hijo depende en gran medida del mantenimiento de las figuras materna y paterna. (p.232)

## **-1. Régimen comunicacional**

En relación al régimen comunicacional, diremos que las modalidades en que se fija son siempre transitorias y pueden modificarse con el fin de adecuarlo a las cambiantes necesidades de los hijos; a su etapa evolutiva o a las modificaciones propias de la dinámica de cada familia (trabajo de los progenitores, distancia entre los domicilios, actividades extracurriculares de los beneficiarios, su edad, etc.).

En general, lo ideal es que sean los progenitores quienes acuerden el plan de parentalidad, ya que son quienes están en mejores condiciones de expresar lo más conveniente para el grupo familiar. Cuando estas cuestiones relativas al cuidado, ejercicio y comunicación no son resueltas por los progenitores, sino que deben ser abordadas en sede judicial, es fundamental hacerlo con diligencia y celeridad, a fin de que no se afiancen situaciones irregulares que alejen de tal manera a padres e hijos que luego sea difícil retomar el vínculo.

## **-2. Autonomía progresiva- Opinión del niño, niña o adolescente**

Por otro lado, es de destacar que la voluntad de los hijos adquiere trascendencia no solo en la decisión sobre su cuidado personal, sino también sobre el sostenimiento y modalidad de la comunicación con el progenitor no conviviente. Entra a jugar aquí el concepto de autonomía progresiva.

El respeto por la opinión de los hijos tiene cada vez mayor peso en los tribunales argentinos conforme los paradigmas que orientan a la nueva codificación proclamados en la Convención de los Derechos del Niño, en la Ley 26.061 y en el Código Civil.

Al respecto Fernández-Herrera y Molina de Juan expresan:

Del art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño se desprende el principio de autonomía de los niños y niñas, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 18 de la misma Convención con relación al ejercicio de la

parentalidad y siempre bajo el tamiz o resguardo del principio de protección de la infancia (art. 19 CADH), que determina ciertos límites a esta autonomía conforme la idea de progresividad, esto es, acorde al desarrollo, edad y grado de madurez de cada niño o niña. (2016-p.319/320)

Por su parte Duprat (2019) manifiesta que

Los niños no se transforman en adultos de un día para el otro; por el contrario, a medida que crecen van adquiriendo nuevas aptitudes y madurez de forma gradual. El concepto de autonomía progresiva permite que, a medida que los niños adquieran mayores competencias, aumente su capacidad para asumir responsabilidades, disminuyendo, consecuentemente, la necesidad de orientación y dirección de sus progenitores. (p. 2)

Sin perjuicio de lo dicho, como principio general, la oposición del niño a la comunicación con su padre no es causa suficiente para la suspensión del régimen de contacto. El juez, con la colaboración del equipo técnico que lo asista y valiéndose de su rol de director del proceso podrá requerir informe a los terapeutas o profesionales que asistan al niño, al establecimiento escolar, indagar en el entorno del niño, con sus referentes afectivos, etc. a fin de tener acabado conocimiento en relación a si la oposición del niño a los encuentros es propia o reproduce la resistencia del progenitor con el que convive.

En este punto, estimamos que es de fundamental importancia el contacto directo, del director del proceso con el niño, niña o adolescente conforme lo dispuesto por el art. 707 del CCCN y consagrado por el art. 12 de la CDN y art. 2 de la Ley 20.601.

En relación a la escucha de los niños, niñas y adolescentes, Mizrahi (2018) a dicho que

...en nuestro ordenamiento vigente existe un derecho de los niños, sin distinciones de edades, a ser oídos en los procesos que los afectan. Este derecho a la audición debe entenderse en un sentido amplio; o sea, en el de escucha, que compromete al juez a realizar una labor compleja y más activa. (...) el peso de ésta directiva estará en directa relación con el grado de madurez y desarrollo que haya alcanzado el niño. (p.63)

No debemos olvidar, sin embargo, que si bien resulta ineludible la escucha activa del niño, niña o adolescente en el proceso en el que se decidan cuestiones que le atañen, su comparecencia debe tener un límite conforme lo establecen tanto el Comité de los Derechos del Niño (observación general 12) como las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (Regla 69) que aconsejan no entrevistar al niño con más frecuencia de la necesaria y evitar las comparecencias innecesarias.

### **-3. Tutela Judicial Efectiva**

En este punto debemos agregar que la eficacia de los regímenes comunicacionales se vincula con uno de las más serias preocupaciones de la praxis del derecho de familia, esto es la tutela judicial efectiva, enumerada en el art. 706 del CCCN como uno de los principios generales del proceso de familia.

La tutela judicial efectiva implica el derecho a un juicio justo, a ser oído, a rendir prueba, a que se dicte sentencia sin dilaciones indebidas y a que esa sentencia se cumpla pues de otro modo deja de ser efectiva. (Duprat 2019-p 139).

Tal es la relevancia del principio que el art. 653 del CCCN confiere prioridad para atribuirle el cuidado personal progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro y el art 557 autoriza "imponer al

responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia”.

Al respecto Culaciati (2021) manifiesta que

Las actitudes obstruccionistas y resistentes a un adecuado desarrollo del vínculo parental con el progenitor no conviviente no solo implican un incumplimiento de los deberes propios de la responsabilidad parental, sino que también pueden conllevar un daño psicológico a los hijos que, a la postre, conculcan su interés superior. (p.56)

Se pone sobre el tapete la efectividad de estos procesos, que hacen a la función jurisdiccional, ya que no puede estimarse eficiente un ordenamiento si las sentencias no son acatadas o no existen vías idóneas para doblegar la voluntad del incumplidor.

Al respecto Mizrahi (2018) sostiene que la juricatura tiene que emplear todos los medios a su alcance para que no tengan cabida los intentos de un progenitor –conscientes o inconscientes- de apartar al otro del contacto con el hijo común. (p.529)

Las partes deben contar con la garantía del estado de que las decisiones de los jueces no quedaran en meras declaraciones sin alcance práctico. Lo primordial es encontrar mecanismos y soluciones para la delicada cuestión que estamos abordando.

### **CAPITULO III SOLUCIONES**

El ordenamiento civil de fondo al brindar pautas a tener en cuenta por el juzgador al momento de otorgar el cuidado personal del niño, expresa que deberá darse prioridad al progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro (art 653). Se trata de un parámetro muy importante a tener en cuenta toda vez que aquel progenitor que facilita el vínculo con el otro demuestra que puede comprender las necesidades del niño. (Duprat 2019 p. 281)

Por su lado el art. 652 del Código citado establece que en el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores el otro tiene el derecho y el deber de una fluida comunicación con el hijo.

Lamentablemente, el incumplimiento del régimen comunicacional es uno de los reclamos más frecuentes en los tribunales de familia y puede darse cuando el cuidado personal se ha establecido de manera unilateral como cuando se lo hizo de manera compartida indistinta con residencia principal en el domicilio de uno de los progenitores.

Cuando ésta situación se presenta, se brinda la posibilidad de exigir el debido cumplimiento por distintos medios, haciendo alusión el CCCN a que el juez puede imponer las sanciones que estime razonables para asegurar su eficacia (art.557).

Si bien el régimen comunicacional puede ser incumplido tanto por el progenitor con quien reside principalmente el niño, niña o adolescente, como por el que no lo hace, el caso típico y más frecuente que se denuncia en los tribunales de familia, es en el que el progenitor que convive con el niño impide la adecuada comunicación con el progenitor no conviviente, brindando diferentes excusas, como por ejemplo que es el niño el que no quiere mantener contacto con el otro progenitor, el inicio de actividades

extracurriculares en el horario del régimen acordado o fijado, turnos médicos, etc., siendo la más grave la falsa denuncia sobre actos de violencia o delitos de instancia privada que luego son desestimadas por inexistencia de los hechos.

Ya que el debido contacto con ambos progenitores desempeña un rol fundamental en la estructura psíquica y moral del niño, lo que da cuenta de su relevancia desde el punto de vista afectivo y psicológico, la justicia debe emplear todos los medios a su alcance para que un progenitor, que impida al otro del contacto con el hijo común cumpla el régimen comunicacional.

Esto tiene íntima vinculación con el principio de tutela judicial efectiva, principio rector del derecho de familia, siendo el límite el interés superior del niño.

El interés del hijo debe ser la consideración a tener en cuenta por el juez al momento de establecer el régimen de contacto. La adecuada comunicación de los progenitores con los hijos se debe interpretar en relación con estos últimos con proyección a futuro (...) La falta de contacto puede provocar trastornos de la personalidad del niño, frustraciones e inmadurez, y por eso es esencial el vínculo fluido con ambos progenitores en la etapa de niñez en la que se estructura el psiquismo del individuo. (Duprat 2019 p.287)

Analizaremos a continuación algunas de las medidas con que contamos a los fines de lograr el cumplimiento del régimen comunicacional, sin que ello signifique que son las únicas, ya que como se verá la legislación en el art. 557 del CCCN deja abierta la posibilidad de solicitar por parte del interesado, y de ordenar por parte del juzgador las que más se adecuen el grupo familiar concreto.

Entre ellas trataremos tanto las que pueden aplicarse dentro del ámbito civil como las que se aplican en sede penal por configurar un tipo delictivo.



En el ámbito civil encontramos el cambio de modalidad del cuidado personal, el cumplimiento forzado, el cumplimiento en los llamados "Puntos de encuentro Familiar", la aplicación de sanciones pecuniarias o medidas conminatorias, la inscripción en el registro de obstaculizadores, la previsión de cláusulas penales en los acuerdos y entre las de aplicación en el ámbito penal encontramos el impedimento de contacto y el incumplimiento de una orden judicial.

## **-1. Sanciones en el ámbito civil**

### **-1.1. Cambio de la modalidad del cuidado personal**

El cambio de la modalidad del cuidado personal, es si se quiere la medida más extrema a la hora de sancionar el impedimento de contacto entre el hijo y el progenitor no conviviente. Decimos extrema porque al aplicarla se deja de lado el principio de estabilidad o continuidad previsto por el art. 653 inc. d del CCCN, que hace referencia a "el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo", disponiendo el cambio de residencia del niño, niña o adolescente del domicilio de un progenitor, a la del otro.

En algunos casos no es sencillo de llevar adelante, en especial cuando se trata de niños que han pasado gran parte de su vida sin tener contacto con su progenitor no conviviente, por lo que imponer el cambio de cuidado personal, podría causarle graves consecuencias psicológicas, lo que deberá ser valorado por el juez antes de tomar la medida. Ello deberá hacerse con la colaboración de los cuerpos técnicos y profesionales con que cuente, lo que se vincula con la interdisciplinariedad y su importancia para el proceso de familia.

Al respecto Mizrahi (2018) expresa

Si los casos tienen que ser considerados de la manera referida cuando se trata de ponderar qué padre tomará a su cargo el cuidado del hijo, con mayor razón se requerirá necesariamente la intervención de los peritos especializados en los supuestos en, que tras la resolución judicial, se ha de

disponer el traslado del cuidado personal del niños de un progenitor a otro; quebrando el principio de estabilidad. (p. 414)

El autor agrega que en los casos donde el magistrado se aparta del principio de estabilidad no puede decidir en soledad ignorando los estudios interdisciplinarios ya que afronta el severo riesgo de caer en pronunciamientos arbitrarios. (p.415)

La medida es más factible de llevar adelante cuando ha habido una reciente convivencia o contacto asiduo entre padre/madre e hijo. En este punto es de especial importancia el tratamiento con celeridad de la petición, para que no se vea trunca la solución.

Cabe aclarar que, en general, el cambio de cuidado personal se resuelve al haber fracasado otras medidas (emplazamientos, aplicación de astreintes, denuncias penales).

Luego del emplazamiento al incumplidor con el apercibimiento que de continuar con su postura se tomara tal decisión y una sustanciación con el representante complementario del niño y la intervención de los equipos técnicos para que efectúen una valoración de las reales posibilidades de su efectividad a fin de poder llegar a la solución que contemple el interés superior del niño el magistrado ordenará el cambio de cuidado personal.

En éste sentido la jurisprudencia ha hecho lugar al pedido de cambio de cuidado personal solicitado por el padre –invirtiendo el régimen comunicacional fijado- al existir una constante y reiterada falta de colaboración por parte de la progenitora para el cumplimiento del régimen comunicacional, obrando con mala fe al entorpecer reiteradamente el régimen comunicacional fijado y por ende vulnerando el derecho a la coparentalidad de sus hijos. (B, CE c/ S, FM – Reg.vis-alim- Juzg. Civ. Com. y Concil. Marcos Juarez-01/11/2018 –cita digital IUSJU033912E-Erreius –fallo completo en anexo)

En la ciudad de Córdoba, y bajo la aplicación de la Ley 10.305 se solicita en estos casos la intervención del Cuerpo de Asistencia Técnica Multidisciplinaria

(CATEMU) a fin de que acompañe tanto a la familia en el tránsito por ésta circunstancia como para que informen al Juez sobre la situación familiar a cuyo fin realizan entrevistas tanto en el establecimiento escolar, como con los vecinos, familiares y profesionales que asisten a los miembros de la familia. Es común también ordenar terapia vincular al grupo familiar, con acreditación en el proceso de diagnóstico, pronóstico y evolución.

### **-1.2. Ejecución forzosa de régimen comunicacional**

Si bien algunos autores no recomiendan la intervención de un oficial de justicia para propiciar el cumplimiento del régimen comunicacional, por el impacto psicológico que podría causarle al niño, lo cierto es que hay que analizar su utilización en el caso concreto, toda vez que en numerosas oportunidades se ha ordenado ésta medida llevándose adelante con la asistencia de los profesionales de los equipos técnicos del fuero de familia, habiéndose logrado el cumplimiento del régimen comunicacional. En estos casos luego de algunos encuentros realizados de ésta manera suele ya no ser necesaria la intervención del Oficial de Justicia, llevándose adelante con normalidad el régimen comunicacional.

Es importante destacar que en ningún caso deberá hacerse uso de la fuerza sobre la persona del niño, es por lo que en algunas oportunidades la medida no es efectiva en atención a que el niño, por temor a represalias o influido por el padre conviviente se niega a retirarse con el funcionario público, que como en cada procedimiento en el que intervine debe labrar un acta circunstanciada de todo lo que acontece.

Al respecto Mizrahi (2018) ha expresado que si el medio se usa con cierta habilidad y cuidado, y teniendo en cuenta que la orden se dirige a los adultos, y no al niño, no debe estimarse que este instrumento judicial es inconveniente en todos los casos y que presente una dificultad insuperable. (p.680)

Por su parte, Ballarín (2022) al hablar en relación a la necesidad de la incorporación de normas en sobre ejecución de sentencias de familia cuando se trata de obligaciones de hacer en los Códigos Procesales manifestó que

para materializar la ejecución de la sentencia, la persona juzgadora podrá disponer de la intervención de la fuerza pública cuando evalúe que su incumpliendo ocasiona un mayor perjuicio a las personas involucradas que la violencia propia de la ejecución. Encontrándose involucrados derechos de personas en situación de vulnerabilidad deberá prever la intervención de personal especializado, pudiendo recurrir tanto a los miembros de su equipo técnico como a los servicios de promoción y protección de los derechos del niño, u otros organismos oficiales existentes de cada jurisdicción (p.3)

Al igual que se dijo al tratar la medida anterior, previamente se emplaza al incumplidor describiendo el apercibimiento que se aplicará en caso de continuar con su actitud renuente.

### **-1.3. Puntos de encuentro familiar**

A nivel internacional y en algunas jurisdicciones nacionales encontramos los llamados "Puntos de Encuentro Familiar" (PEF). Estos espacios constituyen un lugar neutral en el que se procura un contacto espontaneo entre padres e hijos. España, por ejemplo, encontró una solución en su aplicación.

El Punto de Encuentro Familiar es un servicio gratuito que sirve de espacio neutral para garantizar el régimen de visitas de los menores, y que así puedan relacionarse con sus progenitores y familiares durante los procesos y situaciones de separación, divorcio u otros supuestos de ruptura familiar u otros casos en que el interés del menor así lo aconseje. Este

servicio garantiza el derecho de los menores a llevar a cabo las relaciones con el progenitor no custodio y/o la familia biológica, de forma excepcional y temporal y sólo hasta el momento en que se normalice las circunstancias que dieron lugar a que se acordase la utilización de este ..." (Castillo 2020).

También es utilizado en países como Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelandia y Portugal.

A los fines de valorizar estos espacios el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado a ciertos estados por no haber adoptado medida suficientes y adecuadas para prevenir las consecuencias de una separación demasiado prolongada entre padres e hijos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 11/01/11, "Bordeianu c/ Moldavia", Jur 2011/2703, If, 2/11/10, "Piazzi c/ Italia, JUR 2010/360648.)

En nuestro país funciona en provincias como por ejemplo Mendoza, en donde lo hace bajo la órbita de la Suprema Corte de Justicia. También se le ha dado cabida en Chubut y en la ciudad de Mar del Plata.

En dichas jurisdicciones se ha creado un organismo técnico especializado en concretar el régimen de comunicación en situaciones de ruptura familiar, facilitando el ejercicio del derecho de los niños y adolescentes a mantener la relación personal con ambos progenitores, otros familiares y referentes afectivos.

Se ha implementado, asimismo, en el ámbito de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, donde funciona desde 1993 el Programa "Encuentro entre Padres e hijos" y constituye una alternativa viable para favorecer el restablecimiento de los vínculos paterno o materno filiales, ofreciendo un marco adecuado para mantener esa relación, garantizando a su vez el bienestar y seguridad que los niños en la situaciones de conflicto, particularmente cuando se produce el quiebre de la unión de los progenitores. Su función es favorecer y facilitar los recursos para la transición a la nueva

configuración familiar. Se compone por trabajadores sociales, psicólogos y una docente especializada en el área de recreación. El tiempo estimado de trabajo es de seis meses pero puede variar según las particularidades del caso. (Mizrahi 2015 p. 576)

Tiene como característica que constituye un recurso subsidiario y temporario. Es subsidiario porque interviene cuando no es posible el cumplimiento del régimen comunicacional por otras vías, favoreciendo el cumplimiento del derecho del niño a relacionarse con ambos progenitores. Es temporario toda vez que persigue que los progenitores puedan acordar respecto al régimen comunicacional con autonomía, sin depender del servicio una vez que el vínculo se consolide. En relación a éste carácter las leyes que lo regulan establecen que una vez que el servicio interviene, si advierte la posibilidad de alguna forma de llevar adelante el régimen comunicacional, fuera de su ámbito, debe ponerlo en conocimiento del tribunal interviniente para que valore esa circunstancia, ya que la idea es que el organismo no intervenga más de LO estrictamente necesario de acuerdo al conflicto familiar.

Alesi (2014) al referirse a los Puntos de Encuentro en la Provincia de Chubut expreso que

La creación del servicio obedeció a la constatación de que existían situaciones en el ejercicio del derecho de comunicación a la que ni el Poder Judicial ni las instituciones de la Administración podían dar una respuesta adecuada con los recursos que había hasta ese momento, por lo que era necesario ofrecer una serie de mecanismos que permitieran tener en cuenta no solo ciertos aspectos jurídicos, sino también psicológicos, sociales o estructurales del propio niño y de su familia. (p.509)

En relación a la modalidad de trabajo de los Puntos de Encuentro se ha establecido que pueden ser de acompañamiento y supervisión, de régimen sin supervisión o de intermediación.

La modalidad mencionada en primer término –acompañamiento y supervisión– se da cuanto el régimen comunicacional se cumple en las instalaciones del Punto de Encuentro con la presencia de profesionales del equipo técnico. Se establece en los casos en que uno o ambos progenitores necesitan orientación profesional para la revinculación y se busque generar un espacio de confianza ente el hijo y su progenitor que facilite el encuentro; cuando ha transcurrido mucho tiempo sin que padre/madre haya tenido contacto con el hijo, cuando condiciones personales o de salud del progenitor hagan necesaria la supervisión profesional de los encuentros, etc.

La modalidad de régimen sin supervisión se presenta cuando el régimen de contacto se lleva adelante en el espacio del Punto de Encuentro, sin que requiera la presencia y supervisión del equipo técnico. Se da en los casos en los que la vivienda del progenitor resulta inadecuada para recibir a los hijos, o cuando no cuenta con un espacio para el cumplimiento del régimen comunicacional por residir en otra localidad y no tener los recursos económicos ni familiares o allegados que le brinden un espacio adecuado para su cumplimiento.

Por último, la modalidad de intermediación, es en la que la actividad se circunscribe a brindar apoyo y supervisar la entrega y restitución del niño sin que el régimen de comunicación se desarrolle en el espacio físico del servicio, suele utilizarse ante reiterados incumplimientos en los horarios de retiro y reintegro del niño, peleas o discusiones entre los progenitores en dichos momentos, etc.

En relación al acceso al espacio de Punto de Encuentro Familiar las leyes que los crean disponen que sea por derivación judicial cuando el magistrado estime que de acuerdo a la conflictiva lo amerita. La derivación se realiza por medio de oficio con los datos imprescindibles para la identificación y localización de las personas involucradas. Algunos autores recomiendan que el proveído que ordene la derivación aperciba a las partes acerca de que la obstaculización de los encuentros o falta de colaboración con el personal del Punto de Encuentro

Familiar darán lugar a la imposición progresiva de astreintes, arresto y cambio de custodia. (Alesi, 2014-p.527)

En algunas provincias, como la nuestra hay instituciones privadas o profesionales especializados en acompañamiento que cumplen la función de los puntos de encuentro, de esta manera contribuyen a evitar que se consolide la ruptura de la comunicación entre padres e hijos, facilitan el vínculo generando un espacio adecuado y controlado y elevan al tribunal interviniente informes acerca de la evolución del contacto, cuyo objetivo es que pueda luego desarrollarse sin la intervención de terceros y fuera del ámbito controlado. Su limitación está dada en que son lugares o profesionales que se desempeñan en el ámbito privado lo que implica que tiene un costo para las partes y además el que sea abonado por una de ellas hace que la otra cuestione la objetividad de los informes cuando el conflicto se encuentra en estado latente.

En el ámbito jurisdiccional en la ciudad de Córdoba en que se aplica la Ley 10.305 de Procedimiento de Familia, los jueces tienen la facultad de encargar el Equipo Técnico de Intervención en Regímenes Comunicacionales (ETIRC) la elaboración de informes y actividades necesarias para la evaluación de posibilidades vinculares de las familias en conflicto, pero por un lapso acotado de sesenta días según lo previsto por el art. 68 de la Ley citada. Dichos informes son de gran utilidad tanto para el juez como para las partes y representante complementario de los niños a fin de elaborar las estrategias a seguir para encauzar la comunicación entre padres e hijos y de padres entre sí.

Sin embargo no debemos confundir la función de los Puntos de Encuentro con la del ETIRC, toda vez que la del Equipo Técnico es una función más acotada tanto en el tiempo como en las posibilidades de llevar adelante encuentros.

#### **-1.4. Clausulas penales**

Por otro lado, la ley prevé herramientas que si bien no implican el cumplimiento efectivo del régimen comunicacional pretenden constreñir al



incumplidor para que cumpla. Entre ellas podemos enumerara las clausulas penales.

Para Belluscio (2019) es conveniente que en caso de acuerdo entre las partes respecto al régimen comunicacional, se establezcan clausulas penales como forma de prevenir un posible incumplimiento. De esta manera se produce un resarcimiento pecuniario y se reparan los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento. El autor entiende que la función de clausula penal es resarcitoria y compulsiva ya que agrega un estímulo que obliga psicológicamente a cumplir con la obligación pactada para evitar la pena prevista. La multa regirá para ambos polos de la relación, es decir tanto cuando quien incumple es el progenitor que convive con el niño, niña o adolescente como el otro a favor de quien se estableció el régimen comunicacional.

### **-1.5. Sanciones Conminatorias**

Podemos citar también entre las medidas disponibles, la aplicación de sanciones conminatorias. Estas medidas, previstas por el art. 804 del CCCN, no siempre son efectivas para proteger la comunicación entre dos personas ya sea porque quien incumple carece de capacidad económica para hacerles frente o por el contrario, tiene una capacidad económica holgada y no tiene problema en solventar suma dineraria alguna.

Asi el art. 804 del CCCN establece que "Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial."

Las sanciones conminatorias tienen como finalidad vencer la resistencia a cumplir por parte del condenado y encuentran su fundamento en el resguardo del principio de autoridad ya que pretenden consagrar el valor de la eficacia de las resoluciones judiciales. Su fin último es sancionar la desobediencia a la

ordenes o mandatos de los jueces, puesto que tal proceder atenta contra el poder de imperio de los magistrados, dotándolos así de un arma eficaz para doblegar la resistencia contumaz de un litigante que no cumple con las obligaciones que surgen de una resolución judicial. (Cpo de Apelac. de autos P, A.G. c/ R, M.A. -Med. urgentes- La Ley on line- LA LEY AR/JUR/15306/2018 – fallo completo en anexo)

Su aplicación tiene dos etapas, como ya se expresó con otras medidas. En una primera etapa se impone el deber de cumplir el régimen comunicacional bajo apercibimiento de aplicar la sanción, ya que el instituto cumple una función conminatoria, se fija con el objeto de lograr el cumplimiento, lo que la hace provisoria. En la segunda etapa, al persistir el incumplimiento, adquiere una función sancionatoria, es cuando se hace efectivo el apercibimiento.

#### **-1.6. Registro de Obstaculizadores**

Cabe destacar que la amplitud y flexibilidad que adopta la normativa en análisis también permite respetar ciertas medidas que son propias de algunas jurisdicciones locales, que crean y regulan registros de incumplidores, entre ellas la de quienes obstruyen vínculos familiares.

Así encontramos el Registro de Obstaculizadores de Lazos Familiares, que en el caso de Mendoza depende del Ministerio de Gobierno de la Provincia y funciona de manera similar al Registro de Deudores Alimentarios Morosos creado en nuestra provincia.

La Ley 7644 del 21/02/2007 que lo crea , establece que la inscripción en el registro tiene como consecuencia no poder acceder a cargos en la función pública, no poder postularse a cargos electivos ni poder contratar con la provincia o municipalidad, limita el acceso a algunas líneas crediticias, subsidios o concesiones de licencias para el transporte público.

También rige en las provincias de Santa Cruz (Ley 2928 del 28/09/2006) y Rio Negro (Ley 4456 del 29/10/2009).

Todos los ejemplos estudiados requieren, previo a la imposición de la sanción el emplazamiento al incumplidor para que cumpla el régimen comunicacional vigente bajo apercibimiento de su aplicación y a los fines de evitar ulteriores planteos, sustanciarse con una vista al progenitor incumplidor y al representante complementario del niño.

### **-1.7.Otras alternativas**

En el ámbito del derecho civil, teniendo en consideración que uno de los principios sobre los que se edificó el CCCN es el de realidad y que la normativa faculta al Juez a aplicar "medidas razonables" para asegurar el cumplimiento, las sanciones que puede disponer pueden ser de la más variada índole, ya que alguna medida disuasiva que puede ser útil en un grupo familiar puede que en otro no lo sea, por lo que siempre que se atiendan los principios de proporcionalidad y razonabilidad pueden encontrarse diversas variantes. Entre las impuestas por algunos fallos judiciales encontramos **la prohibición para salir del país**, en caso de que el progenitor viaje en reiteradas oportunidades al exterior, **la prohibición a ingresar a algunos espectáculos públicos** como un partido de fútbol en el caso de que el progenitor incumplidor sea fanático de algún equipo o socio de algún club deportivo.

Entre los medios indirectos para lograr el cumplimiento del régimen comunicacional algunos autores hacen referencia a la **terapia bajo mandato**, con lo que volvemos al valor de la interdisciplina ya que se ordena tratamiento terapéutico al grupo familiar a fin de que revierta la resistencia que traba la efectividad de los encuentros.

La regulación es amplia y flexible y delega en las habilidades o ingenio de los abogados y jueces para solicitar u ordenar las medidas que estimen se ajusten más a la realidad familiar del caso concreto.

## **-2. Sanciones en el ámbito penal**

### **-2.1. Impedimento de contacto**

Dentro del ámbito penal, nos encontramos con la denuncia por impedimento de contacto de los hijos menores de edad con su padre no conviviente –Ley 24270.

El bien jurídico protegido es la familia y el interés superior del niño, protegiendo la debida comunicación con su progenitor no conviviente y el fundamento se encuentra en la adhesión a la convención sobre los derechos del niño que en el art. 9 inc. 3 determina que “Los Estado partes respetarán el derecho del niño que este separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personal y contacto directo con ambos padres de modo regular salvo si ello es contrario al interés superior del niño.”

Lo que se persigue es proteger la buena comunicación entre padres e hijos desalentando a través de la amenaza de una pena la conducta obstaculizadora.

La Ley en cuestión reprime con prisión de un mes a un año quien ilegalmente impidiera u obstruyera el contacto de menores de edad con su padres no convivientes, agravándola si el impedimento recae sobre un niño menor de diez años o discapacitado.

Como carácter especial de nuestra ley podemos decir que a diferencia de la que rige en otros países no requiere que haya un régimen comunicacional vigente establecido en sede judicial, es decir que ante la mera denuncia puede intervenir directamente.

Para la configuración del delito se requiere dolo, es decir la acción u omisión deliberada destinada a obstruir o impedir la comunicación. El art. 4 de la ley mencionada dispone que sea un delito de instancia privada, es decir que la puesta e movimiento de la actuación jurisdiccional debe ser requerida por el

titular del derecho y le impone al juez e deber de restablecer el contacto del hijo con el padre no conviviente que ha sido interrumpido.

En la práctica lo que se ve es que los jueces penales para no intervenir con el accionar del fuero especializado –Familia- suelen citar a ambos progenitores, fijar un régimen de contacto provisional y acotado y dar noticia o indicar a las partes que concurran al fuero de familia para dirimir el conflicto conforme las facultades que les confiere el art. 3 de la Ley 24270.

## **-2.2 Desobediencia a la autoridad.**

Por otro lado y también relacionado con la justicia penal encontramos la figura de desobediencia a la autoridad contemplada en el art. 239 del Código Penal que reza: “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal.”

La norma que prevé una pena de prisión de quince días a un año al que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que lo asistiere a su requerimiento o en virtud de una obligación legal. En éste caso el Juez de Familia al dictar el emplazamiento lo hará bajo apercibimiento de art. 239 de CP, el que por lo general se transcribe en la notificación y si el incumplidor sigue renuente a cumplir se oficia a la Fiscalía en Turno o se expiden las copias necesarias para que el interesado formule la denuncia respectiva.

Como podemos ver, se encuentran a disposición de quienes reclaman diferentes alternativas y la ley deja librado a la creatividad de las partes el contar con mayores herramientas de acuerdo al caso concreto y al principio de razonabilidad.

De igual modo, y a pesar de la amplitud de posibilidades, encontramos siempre casos en los que ninguna ha logrado la efectividad. Sin duda, deberemos seguir trabajando en ello para hacer efectiva la tutela judicial.

## CONCLUSIÓN

La presencia de ambos progenitores en la vida del niño es fundamental para su desarrollo y la adecuada vinculación con ambos padres constituye un presupuesto para el saludable desarrollo psicológico del hijo.

Cada padre cumple diferentes roles y cumplen una función en la vida del hijo. Tan importante es la presencia de ambos progenitores que se ha llegado a decir que la adecuada vinculación con padres no convivientes forma parte del derecho a la salud de los hijos, entendida esta en un concepto extenso.

Ante la falta de convivencia de los progenitores deben adoptarse las medidas que aseguren la protección necesaria de los hijos y su derecho a una adecuada comunicación con sus padres.

El derecho de comunicación requiere compromiso de ambos progenitores, pero sobre todo del progenitor con quien el niño reside de manera principal ya que será el encargado de favorecer las condiciones para que la relación afectiva entre el niño y el progenitor no conviviente se afiance

Como vemos existen varias herramientas a disposición del justiciable para perseguir el cumplimiento de este derecho deber de comunicación, lo que es dudosa es su eficacia en el caso concreto, lo que hace que los operadores de la justicia nos cuestionemos una y otra vez cual es la más efectiva. Lo central es propender el restablecimiento del vínculo o comunicación interrumpida.

Si lo que se persigue es el efectivo goce del derecho a la coparentalidad y a mantener por parte del niño, niña o adolescente relaciones fluidas con ambos progenitores, las medidas más efectivas entendemos son las que logran tal cometido y no las que significan sanciones de tipo pecuniario o prohibiciones de hacer alguna actividad para el incumplidor

Sin llegar al cambio de cuidado personal o al cumplimiento compulsivo del régimen comunicacional, son los Puntos de Encuentro Familiar los que consideramos el sistema más adecuado para la efectivización del deber a la comunicación.

Los puntos de encuentro familiar favorecen el cumplimiento del régimen comunicacional, previniendo situaciones de violencia cuando se encuentran latentes conflictos en las familias, de esta forma tanto el niño como sus progenitores se sienten seguros, en un espacio neutral, controlado por profesionales que lo orientan en la manera de mejora sus relaciones, fomentando la resolución consensuada de los conflictos para que ese contacto pueda luego desarrollarse en el ámbito privado.

Asimismo, sirve para asegurar al juzgador informes confiables y objetivos sobre las actitudes y aptitudes de las partes e incluso puede ser un lugar de retiro y reintegro del niño.

Constituyen una excelente herramienta, creemos, tanto para las familias como para los jueces que al contar con ella tendrán a la mano una mayor posibilidad de hacer efectivas sus sentencias. Por dichos motivos estimamos que cada jurisdicción debería propender a tener espacios como estos, al que puedan acceder todas las familias, es decir sin costos para así garantizar su acceso a todos los que llegan con este dilema a los tribunales y garantizar de ésta manera el derecho a gozar de la vida familiar, tanto para los niños como para los adultos involucrados.

En relación a su efectividad, si bien no ha sido posible conseguir datos concretos en nuestro país, existen algunas investigaciones en España que apuntan hacia la idea de que los Puntos de Encuentro Familiar contribuyen a la disminución de la conflictividad entre los padres y a la mejora del bienestar de los hijos. Dichos estudios estiman que la alta remisión de casos al Punto de Encuentro Familiar y los beneficios observados en el bienestar de los y las menores respaldaría la necesidad de este tipo de servicios. (García Fernández, Peralbo Uzquiano, Permuy Lopez y otros-2021-p.7)



Lo expuesto tiene correlato con las acciones positivas que deben llevar adelante los Estados para la protección de las personas vulnerables (art. 75 C.N. y 19 C.D.N) ya que, como se ha dicho no es suficiente con abstenerse de violar los derechos, sino que es necesario llevar adelante medidas positivas para su protección.

Coincidimos por ende con Ballarín (2022) que al respecto expresa

Resulta alentador que comience a, siquiera, mencionarse aquellas herramientas de eficacia de la sentencia; los Puntos de Encuentro Familiar que tienen en otros países una existencia de tres décadas y en nuestro país han sido propuestos desde la doctrina hace ya diez años, aunque su puesta en funcionamiento resulta aún dificultosa en la mayoría de las jurisdicciones, cuenten o no con leyes provinciales de creación.

Ya es hora de que empecemos a poner nombre a las medidas razonables de las que habla el Código Civil y Comercial: si el lenguaje no es neutral, si de veras nos interesa la eficacia del derecho a vivir en familia de NNA, la puesta en marcha de Puntos de Encuentro Familiar en todas las jurisdicciones del país no admite más demoras. Ello nos permitirá como aludieramos al comienzo, emplazarlos como sujetos de derechos humanos, y no tan solo como sujetos del discurso sobre derechos humanos. (p.5)



## BIBLIOGRAFIA

-Alesi Martín B. (2014) Los Puntos de Encuentro Familiar en la Provincia de Chubut en Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una Mirada crítica y contemporánea. Ed. Infojus. Id. SAIJ:DACF140451.

-Ballarín Silvana (2022) Ejecución de sentencia de sistemas de comunicación y ejercicio de la parentalidad. Publicado e RDF 105.08/07/2022.151 TR LALEY AR/DOC/1780/2022.

-Belluscio Claudio A. (2019). REGIMEN DE COMUNICACIÓN según el Código Civil y Comercial. Ed. Garcia Alonso.

-Castillo Inmaculada (2020) ¿Qué es el punto de encuentro familiar? En MundoJuridico.info. Disponible en: <https://www.mundojuridico.info/que-es-el-punto-de-encuentro-familiar/>

-Culaciati Martín Miguel (2021) El cuidado personal compartido. Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad. El derecho a la coparentalidad en Fernández Silvia Eugenia (dir) Tratado de derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, T.II. Ed. Abeledo Perrot

-Duprat Carolina (2019) RESPONSABILIDAD PARENTAL. Ed. Erreius

-García Fernández Manuel, Peralbo Uzquiano Manuel, Permuy López Mónica, Pimentel Gomes Elisabete, Mendoca Teves Carolina y Ferreira Nuno Matías (2021) Manuel de Buenas prácticas en Puntos de Encuentro Familiar- Ed. Universidade da Coruña.

-Herrera Marisa, Caramelo Gustavo, Picasso Sebastián (2015) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado- Infojus Tomo II

-Fernández Silvia E., Herrera Marisa- Molina de Juan, Mariel F. (2016) Responsabilidad Parental en Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras (directoras) Tratado de Derecho de Familia tomo V-B.-Rubinzal-Culzoni Editores

-Gil Domínguez Andrés, Fama María Victoria, Herrera Marisa (2007) LEY DE PROTECCION INTEGRAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. DERECHO CONSTITUCIONAL DE FAMILIA-COMENTADA-ANOTADA-CONCORDADA- Ed. Ediar

-Mizrahi Mauricio Luis (2018). RESPONSABILIDAD PARENTAL. Cuidado Personal y comunicación con los hijos. Ed. Astrea

# ANEXO

## -JURISPRUDENCIA-

En el presente anexo incluimos cuatro fallos completos citados en el desarrollo del presente trabajo que entendemos pueden aportar conceptos de interés más allá de lo referido al régimen comunicacional.

Esto es temáticas del derecho de familia tales como la responsabilidad parental, su titularidad y ejercicio, el cuidado personal, salud mental y capacidad de los progenitores, interés superior del niño, derecho a la coparentalidad, el régimen comunicacional transnacional o internacional, tutela judicial efectiva, ejecución de sentencia e interdisciplinariedad entre otros.

Esperamos sean de utilidad.





**CITADO EN****-Capítulo I-1.2 Cuidado Personal**

Tribunal: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Familia de Primera Nominación de Río Cuarto.

Fecha:01/12/2021

Autos: O, M.A. c/ F, A. -Cuidado Personal-

Publicado en Boletín Judicial Nro. 17/Mayo 2022 Poder Judicial de Córdoba-  
Jurisprudencia actualizada Edición Especial Día Internacional de las Familias

Sentencia n.º 172. RIO CUARTO, 01/12/2021. Y VISTOS: estos autos caratulados O, M A C/ F, A – CUIDADO PERSONAL, pasados a despacho para resolver y de los que resulta que: I) A través de la presentación de fecha nueve de diciembre de dos mil veinte compareció el Sr. M A O, e inició demanda en contra de la Sra. A F, a los fines de que le sea asignado el cuidado personal unilateral de su hija, A V O F. Fundamentó dicha petición en los antecedentes que seguidamente se relatan. II) El compareciente expuso que se conoció con la demandada en la Facultad de Agronomía de la Universidad Nacional de Río Cuarto, lo cual derivó en una relación de noviazgo que se extendió por el lapso de dos años. Agregó el compareciente que una vez que la relación finalizó conoció del embarazo de la Sra. F. Indicó que, sucedido el nacimiento de A V, se suscitaron reiterados inconvenientes, obstáculos e impedimentos que opuso la progenitora al ejercicio de las responsabilidades de coparentalidad, lo cual derivó en la apertura de una instancia de mediación a los efectos de lograr una conciliación en lo referido a las condiciones de cuidados de A V. Seguidamente, refirió que el acuerdo alcanzado fue presentado para su homologación, la que ocurrió mediante Auto Interlocutorio Nro. 251, de fecha 31/07/2015, dictado en autos "O, M A y otro solicita homologación", expediente Nro. 2319647. Sin perjuicio de ello, agregó que la progenitora no admitía su contacto con A V, y que cuando ello efectivamente



sucedía la niña se encontraba desarreglada y desatendida en su aseo personal. De igual manera, refirió que atento las desavenencias relatadas, trasladó sus preocupaciones con la familia de A, cuyos padres y hermano estuvieron siempre atentos a colaborar, expresando también su propio pesar, a la vez que prestaron valiosos auxilios, en la medida de sus posibilidades. Más adelante, indicó que conforme A V fue creciendo, logró percibir la inestabilidad de su progenitora, pues esta cambiaba de parejas constantemente, lo cual representaba grandes modificaciones en el entorno familiar que conformaba con la niña. De igual manera, refirió que en ciertos períodos en los que A se desplomaba y caía en estados depresivos, A V encontraba el refugio en la casa de sus abuelos maternos, V F y B S, quienes le manifestaron su preocupación por A, su estado psicológico alterado y consecuentes comportamientos y conductas. Asimismo, manifestó que en el mes de agosto del año dos mil quince, fruto de su convivencia con el Sr. H A M, A tuvo su segunda hija, A Á M F. Relató que en virtud de los hechos de violencia acontecidos en dicho núcleo familiar se asignaron los cuidados personales de A a su progenitor. Agregó que una vez suscripto un segundo acuerdo en ámbito de mediación en el año dos mil diecinueve, la entonces abogada de la progenitora ya no siguió en el patrocinio y el acta que instrumentó lo convenido, no fue presentada para su homologación. Más adelante, expresó que A continuó con sus afanes obstructivos al desarrollo de los encuentros pautados, lo cual impactó negativamente en el vínculo paterno filial. Añadió que en numerosas ocasiones A V llegaba al jardín sin guardapolvo o sin su mochila, lo cual determinó que los docentes responsables encomendaran prestar atención y especial apoyo a A V. Luego, declaró que la familia nuclear de origen de A, advirtiendo sucesivos riesgos, intentó asistirle y generar conciencia en ella acerca de los estados que forman parte de su enfermedad y de la necesidad de recibir un tratamiento, lo cual derivó en una nueva reacción adversa por parte de la accionada, quien echó a sus padres y hermanos. Asimismo, indicó el compareciente, que la Sra. F les anunció su reconciliación con H A M y sus planes de contraer matrimonio con él. En virtud de lo expuesto, el Sr. O apuntó que, luego de haberse comunicado con la Lic. en Psicología que asistía a la demandada, y siguiendo

su criterio profesional, decidió con fecha veinte de noviembre del pasado año tomar a su cargo los cuidados de A V, otorgándole necesaria protección. Más adelante, expuso que concurrió junto al Sr. A F, hermano de la accionada, respondiendo a la convocatoria del Médico Psiquiatra G D C, quien refirió que A se encontraba cursando un episodio maniaco, con marcado desorden en su conducta y pensamiento, lo que le impedía cuidar adecuadamente de su persona y dirigir sus actos, tornándose peligrosa para sí y su entorno. En conclusión, manifestó que los ciclos maniaco depresivos de A han constituido y constituyen un grave riesgo a la salud psicofísica de la niña involucrada, lo cual lo ha llevado al convencimiento de reorganizar sus actividades privilegiando la atención que demanda su hija, razón por la cual solicitó como medida provisional urgente se le otorgue el cuidado personal unilateral de su hija A V O F. Ofreció prueba. Asimismo, cabe aclarar, con fecha quince de diciembre del pasado año, se amplió la demanda entablada, oportunidad en la cual el progenitor señaló que, con motivo de la denuncia de una locataria de la progenitora, a quien esta habría golpeado, agentes de la policía de la provincia la detuvieron y, orden judicial mediante, fue internada en la clínica P P de esta ciudad, circunstancia por la cual la niña quedó bajo su cuidado. III) Con fecha dieciséis de diciembre del corriente año se otorgó trámite de ley a la demanda entablada oportunidad en la cual se citó a la parte accionada a contestar la demanda y ofrecer prueba. Seguidamente, conforme lo resuelto por el Tribunal de Feria con fecha catorce de enero del presente año en los autos "EXPEDIENTE - SOLICITA HABILITACION DE FERIA EN AUTOS: O, M A C/ F, A - CUIDADO PERSONAL - SOLICITA HABILITACION DE FERIA", se resolvió lo siguiente: "(...) Atribuir, en forma provisoria y como medida cautelar, el cuidado personal unilateral de A V O F a su progenitor, Sr. M A O y, en su mérito, disponer la suspensión del pago de la cuota alimentaria que se encontraba a su cargo subsistiendo ambas medidas hasta que la Sra. A F sea dada de alta (...)". Seguidamente, conforme decisorio dictado con fecha catorce de abril del corriente año, se dispuso la prórroga de la referida medida. IV) Por otro costado, cabe destacar, con fecha veintidós de febrero del corriente año compareció la demandada, sin haber contestado la demanda.

Más adelante, concedido el plazo a los fines del diligenciamiento de la prueba ofrecida (cfr. proveído de fecha diez de mayo del corriente año), se diligenció la que obra glosada en autos. V) Más adelante, a través de la presentación de fecha veintinueve de septiembre de dos mil veintiuno, el Ministerio Público Pupilar elaboró el dictamen que le fuera encomendado. VI) Dictado el decreto de autos (cfr. proveído de fecha treinta de septiembre del presente año), notificado y firme, la causa quedó en estado de ser resuelta. CONSIDERANDO: I) Que el Sr. M A O solicitó la fijación del cuidado personal bajo modalidad unilateral respecto de la niña A V O F. Corrido el traslado a la demandada, esta compareció, sin haber contestado la demanda entablada en su contra. En consecuencia, habiéndose expedido el progenitor y, de igual modo, el Ministerio Público Pupilar, es que corresponde expedirse con relación a la pretensión articulada. II) Cuidado personal. Vale recordar que cuando hablamos de cuidado personal nos estamos refiriendo a una figura derivada del instituto de la responsabilidad parental, pues su ejercicio repercute principalmente en la vida cotidiana del hijo, circunstancia por la cual la convivencia con el mismo es lo que hace a su esencia. Cabe destacar que su desarrollo sucede a partir de distintas modalidades, pues conforme lo prevé el art. 649 del Código Civil y Comercial de la Nación, puede ser asumido por un progenitor o por ambos, siendo la regla general en la materia que ambos padres lo tomen a su cargo, pues las ventajas de su ejercicio compartido son evidentes, desde que permite a los hijos mantener lazos de afectividad, una relación continuada con ambos progenitores y una mejor aceptación de la nueva situación familiar (Kemelmajer de Carlucci, Aida; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora (2014); Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de la Nación. Ed. Rubinzal-Culzoni: Santa Fe). En comentario al referido instituto, Rivera sostiene: "El deber de cuidado es el ingrediente fundamental de los restantes deberes derivados de la responsabilidad parental o si se prefiere un compendio de todos ellos, porque cuidar del hijo implica atender a su salud física y psíquica, informarse de sus problemas, aficiones personales y amistades personales, atender a su educación moral, cívica y hasta religiosa. En realidad el deber de cuidado se presenta sin un contenido

específico, como una actitud que informa la totalidad de la función de parentalidad (...) es el derecho deber de los progenitores de tener al hijo consigo. Es la presencia física la característica esencial de este cuidado” (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014, comentado junto a Graciela Medina y Mariano Esper, Buenos Aires: Ed. La Ley). En consecuencia, a partir del marco teórico propuesto, es que corresponde adentrarnos en la valoración de la prueba diligenciada en autos. III) Recolección de prueba. Cabe destacar con relación a la producción probatoria incorporada a las presentes actuaciones que se ha diligenciado prueba testimonial, documental, informativa y pericial. Ingresando al análisis pormenorizado de las audiencias testimoniales celebradas surge que, en su mayoría, los testigos resultan familiares y allegados a las partes, lo cual, claro está, luce receptado y admitido tanto por el CCCN en su artículo 711 como por la ley procedimental N° 10.305 en su artículo 15. En consecuencia, corresponde adentrarse en una prudente valoración de la misma. Con fecha primero de junio del corriente año la Sra. C M C, progenitora del actor, declaró: “(...) desde que pudo, ello es desde que la tiene bajo su cuidado, se hace cargo de todo. Que ha acomodado sus horarios de trabajo conforme le posibilita cuidar a A V. Que por el tipo de trabajo que desarrolla ha podido organizarse. Que hace la comida, que la guía en sus cuidados, que la lleva a asistencia psicológica, también se ha ocupado del cumplimiento de la escolaridad, la que se cumple en el Colegio S. E., que está a una cuadra de la casa en la que habita (...) Que el carácter de A es variable, inestable, con exabruptos que dificultan los buenos diálogos, y todo cuanto conlleva la enfermedad que padece y que conoce a través de información de Dr C y del hermano de A, A F. Que siempre ha tenido esos notorios cambios de estar o deprimida o excitada. Que la mamá de A le expresó a la declarante que desde los siete años de A comenzaron a manifestarse dificultades. Que además la propia madre le refirió que por aquellas razones A no estaba en condiciones de cuidar de su hija (...)”. Por su parte, el Sr. H M O, progenitor del actor, en idéntica fecha a la precedentemente referida, declaró: “(...) Que siempre, tanto M cuanto la familia del dicente tienen muy buena relación con los abuelos, tíos y primos de A V. Siempre se han cuidado esos vínculos,

procurando que la pequeña tenga una vida feliz (...)”. Más adelante, al referir sobre la accionada, expresó: “(...) Que es una persona agresiva, lo que ha advertido reiteradamente, incluso en reuniones. Que insulta, agrede aun cuando no se le responde. Que lo dice por situaciones que ha vivido. Que tiene una personalidad enferma, de la que han sido víctima incluso sus padres (...) Que siempre fue conflictiva. Que ha llamado a los teléfonos reiteradamente de modo obsesivo, dejando mensajes (...) Que ha visto a A. V. mal vestida, mal aseada, se notaba que no había descansado bien, venía a casa con hambre y refería de haber despertado en su casa sola. Que sabe por comentarios de amigos, que han vivido en carne propia, agresiones como vecinos en Solariegas. Que A. V. refiere conocer los autos de la policía porque dice haber subido a alguno de esos. Que así lo comentan también los padres y el hermano de A (...)”. Seguidamente, con fecha tres de junio del corriente año, la Sra. S E S, quien ha intervenido en calidad de acompañante terapéutica de la demandada, declaró: “(...) Que cuando fue acompañante terapéutica debió interrumpir esa tarea con motivo de la internación de A (...) Que A F le dijo que ya no la necesitaba en un momento en que era acompañante y por ello no la asistió durante aproximadamente dos meses. Que tal interrupción ocurrió aproximadamente diez días antes que se produjera la internación de A. Que cuando le dieron el alta fue la dicente por cuanto fue convocada en la oportunidad por el Dr. C, psiquiatra que la atendía. Que a partir de entonces siguió un tiempo como acompañante hasta aproximadamente un mes y días oportunidad en la que la Sra. F le dijo a la dicente que ya no sería preciso que cumpliera con esa función en razón de que el nombrado Dr. C le había dicho que le iba a dar un espacio (...) Que habitan con A F su otra hija A y una pareja de ella, que se llama A M (...)”. Por último, cabe traer a colación la declaración testimonial efectuada el día siete de junio de este año por el Sr. A F S, hermano de la demandada, quien refirió: “(...) M es una persona muy correcta, ubicada, tranquila, de excelente trato, de escucha, reflexiva, involucrado con su hija (...) Desde que A V está con M su familia próxima ha tenido mayor relación con esta, pues la niña ha ido a su casa a la pileta, a pijamadas, a dormir (...) Que el día martes siguiente al día de la soberanía, fue

el declarante con M a entrevista a la que los había citado previamente el Psiquiatra, Dr. C. Que en la oportunidad el Dr. C les dijo que hacía mucho tiempo que la trababa y utilizó la expresión de que A no era adherente al tratamiento. Que conforme lo que decía el Psiquiatra, un problema era que A no tomaba los medicamentos (...) Que A siempre ha tenido un carácter muy fuerte, es difícil de tratar, no es una persona que esté a la escucha y tanto menos cuando está en sus estados de euforia. Que en esos estados es agresiva. Que en los periodos que está deprimida es todo lo contrario, está como en un pozo. Que esas características conforme lo ha visto son cíclicas, que se repiten año tras año y que se van agudizando (...) Que se deja llevar por impulsos, toma decisiones sin mensurar y a la vez es insegura. Que es otra característica el culpar a otro de cuanto le ocurre y no le gusta (...) Que había y hay temor en los padres del declarante pues un tío suyo, hermano de su padre, tenía un padecimiento psiquiátrico de bipolaridad y terminó suicidándose (...) Que esas actitudes de A asustan, uno no sabe cómo va a actuar, es impredecible. Que, además, suele establecer vínculos rápidos de amistad, nuevas, que adopta como íntimas y después terminan de mal modo. Que así ocurrió con una de las personas con las que tuvo las dificultades que concluyeron con la internación (...) Que la relación de A con H M ha sido muy conflictiva. Que la información de tal ha de estar en las varias denuncias que se han hecho entre ellos e inclusive en el expediente en el que debatieron por la tenencia de A. Que la propia A les ha contado que ha ido, con A V, a hacer denuncia contra M. Que ella misma, A, le ha referido al dicente que M la ha destruido psicológicamente, que lo así lo expresó en un audio que guarda el dicente. Que siempre, conforme también el relato de A, la extorsionaba en que para ver a su hija debía estar con él. Por su lado A pensaba que la única alternativa que le quedaba para estar con sus dos hijas era permanecer con M. Que cuando él estaba en pareja con otra persona utilizaba otros argumentos. Que desde el punto de vista del declarante M ha ejercido contra su hermana, A, todos los tipos de violencia contemplados en la Ley (...) Que recuerda el declarante que en oportunidad en que A fue operada de la rodilla en el Sanatorio A. por decisión de M, mientras que estaban con A en debate por la

tenencia de la pequeña, el testigo acompañó a su hermana a Córdoba para visitar a su hija, en esa ocasión cuando A ingresó a la sala de internación M la manoseó en partes íntimas (...) Que también recuerda que cuando ocurrió la primera internación psiquiátrica que recuerda de su hermana, puede que ello haya sido en 2019, M –quien estaba separado de ella- perseguía evidencias de tal internación, tomando fotos con su celular desde el perímetro del P. P. hacia el patio (...) Que, finalmente, quiere destacar por cuanto entraña de gravedad, que tanto M cuanto su hermana le han referido al dicente, que éste le ha requerido en varias oportunidades tener trato sexual íntimo en la habitación en la que, en otra cama, se encontraban ambas niñas jugando con una tablet, lo refiere aun cuando ello se sitúa en tiempo en que A tenía uno o dos años y tres o cuatro A V (...) A no llevó a A V a su primer día de clase, inclusive en el jardín de cuatro años, A enviaba a A V por la mañana al jardín de la escuela xx de J. y por la tarde al R. V. Que la dejaba a las 9 de la mañana y se desentendía hasta la salida por la tarde de otro jardín, cuando A no se iba con su propio papá. Las directoras de ambos jardines habían llamado la atención acerca que no consideraban adecuado que la pequeña asistiera a dos jardines. Que el comienzo de primer grado también fue muy complicado. Durante más de un mes la estuvieron acompañando a A pues no tenía ni la lista de materiales, y algunos no quería comprar pues le parecía caro (...) Que se observa un cambio radical en A V. Ella está contenta, de buen humor, ha perdido miedos, ha dejado de sentirse como un adulto. Que ahora asume un rol de niño. Que visita asiduamente a la familia del declarante donde suele quedarse a dormir. Que en la casa de su madre A V asume la responsabilidad de cuidar a su madre y en ese mundo no se trata con niños. Es tan responsable A V que debía despertar a su madre, “patear la cama” para que se levantara, conforme expresión de A. Que A V no tenía amigos ni quería tenerlos. Ahora tiene amigos y de hecho la han llevado recientemente a cumpleaños de una de ellas (...). Por otro costado, del informe pericial socioambiental elaborado por la Lic. M S R, el cual luce incorporado en la operación de fecha veintiocho de julio del corriente año, se desprende lo siguiente: “M se desempeña como Ingeniero Agrónomo con modalidad

autónoma, actualmente puede realizar la mayor parte de su trabajo en modalidad Home Office, lo que le permite estar con A V la mayor parte del tiempo. Su ingreso mensual aproximado es de \$50.000 y también recibe ayuda económica de sus padres como una red de ayuda mutua; los abuelos paternos también acompañan a M en los cuidados de la niña (...) La vivienda donde residen M y A V se ubica en la calle M O de la Ciudad de R C, la misma se encuentra ubicada en el macrocentro de la localidad con acceso a instituciones de salud, educativas, comerciales que requiere un grupo familiar para su desarrollo cotidiano. La casa posee un dormitorio, cocina comedor, living, un baño, garaje y patio; en relación a los servicios posee luz, agua, gas natural, cable e internet. La vivienda es una construcción refaccionada y se encuentra en ampliación, M expresa que sus padres lo están ayudado con dicha obra para que A V tenga su habitación (...) M y A V poseen cobertura médica de un servicio prepago que les permite asistir a instituciones privadas de salud en situaciones de enfermedad, si bien solo lo utilizan para controles médicos les permite el acceso a la salud del progenitor y la niña (...). De igual manera, cabe ponderar el informe elevado por el Equipo Técnico Interdisciplinario de esta sede con relación a la entrevista formulada a la niña involucrada, el cual luce incorporado como archivo adjunto en la operación de fecha dieciocho de mayo del corriente año. De allí pueden destacarse las siguientes referencias formuladas por A V: "(...) Refiere que va a su casa de Solariegas donde está su mamá con A y A, pareja de la mamá, donde tiene su habitación con dos camas y sus cajones de juguetes, rompecabezas y la Tablet. Que A M es bueno porque les trae golosinas y yogurt y que tiene mascotas en la casa de la mamá, explayándose acerca de ello y de todos los animalitos que ha tenido recordándolo con alegría, y que su papá le va a comprar también una mascota. Expresa que algunos días va a la mañana a la casa de su mamá, almuerza allí y la lleva a colegio y otras veces va después del colegio. Que le gustaría quedarse a dormir y compartir más tiempo en la casa de su mamá, y que para extrañarla menos sueña con ella (...). Asimismo, de la valoración profesional efectuada por la profesional interviniente surge lo siguiente: "No se advierte del relato de la niña aspectos negativos en torno a la relación que mantiene



con su madre y su actual pareja. Al momento de la entrevista, se mostró colaboradora, y se la observó de buen ánimo". Por otro costado, no puede pasarse por alto el tenor de los informes de salud elaborados por los profesionales que intervienen en los procesos terapéuticos que involucran a la Sra. A F. A través de la operación de fecha doce de mayo del corriente año luce incorporado un certificado médico expedido por el médico psiquiatra Dr. G D C y por la Lic. en Psicología L C, del cual se desprende lo siguiente: "Certifico que A F se encuentra en tratamiento por un cuadro bipolar, recibiendo apoyo psicoterapéutico y psicofarmacológico permanente. Su evolución está siendo favorable, hallándose más estable anímica y volitivamente, ordenada en su conducta con buena adherencia al tratamiento. En su estado actual no se justifica la continuidad del acompañante terapéutico por lo que se indica la suspensión del mismo. R C, 7/5/21". Seguidamente, a través del oficio contestado con fecha uno de junio del corriente año, se informó lo siguiente: "La Sra. A F presenta oscilaciones anímicas crónicas, fluctuando entre estados de mayor estabilidad emocional y otros de decaimiento y falta de energía. Actualmente se halla con humor descendido, desánimo y desgano. La persistencia de la conflictiva familiar y el escaso contacto con su hija A V siguen siendo factores que perpetúan su labilidad emocional y ensombrecer su pronóstico. Su estado actual si bien en recuperación, sigue con inestabilidad, resultándole difícil mantener sus rutinas, como así de cuidado de sí misma y de terceros. Cabe aclarar que estos altibajos son propios de su cuadro psicopatológicos, pero factibles de remitir y estabilizarse con tratamiento (...) Fdo. G. D. C. Médico Psiquiatra". Más adelante, conforme documental glosada a la operación de fecha veintidós de septiembre del corriente año, surgen nuevos certificados expedidos por los profesionales previamente referidos, los cuales se transcriben a continuación: "F, A. 20/08/2021. Paciente que asiste semanalmente a psicoterapia. Registra una mejora en su estado de ánimo, logrando sostener períodos de estabilidad. Realiza actividades que favorecen su independencia. Cumple con responsabilidades laborales y familiares con éxito. No presente riesgo cierto e inminente para sí misma o terceros al día de la fecha. Fdo.: L C. Lic. en Psicología (...) Certifico que A F, se encuentra en

tratamiento por un trastorno bipolar. Recibe apoyo psicológico, psicoterapéutico y psicofarmacológico permanente, siendo su evolución favorable, hallándose estable anímicamente, ordenada con su tratamiento, con buena adherencia, está realizando su actividad laboral habitual como docente en la UNRC. RC, 03/09/2021. Fdo.: G. D. C, Médico Psiquiatra". Asimismo, a través de la operación de fecha diecinueve de octubre del corriente año, se incorpora un nuevo certificado médico expedido por el Dr. C, el cual reza lo siguiente: "Certifico que A F, se encuentra en tratamiento por un trastorno del estado de ánimo, bipolar, cuadro psicopatológico de larga evolución por el que recibe apoyo psicológico y psicofarmacológico permanente. Actualmente se halla estable anímica y volitivamente, ordenada en su conducta y en su pensamiento, cumpliendo con sus preocupaciones con buena adherencia y conciencia de enfermedad, ha retomado su actividad laboral como docente de la UNRC con buen desempeño. Su funcionamiento cotidiano en el manejo de la casa y el vínculo con sus hijos es bueno, realizándolo con responsabilidad. Sigue siendo desfavorable para su situación el distanciamiento con su hija A V al igual que para el vínculo con su hermana A, siendo muy poco el tiempo que disponen para compartir. Actualmente no es necesaria la presencia de un acompañante terapéutico que supervise las visitas, ni tampoco que las mismas se lleven a cabo en la casa de los abuelos. R C, 15/10/2021. Fdo.: Dr. G D. C. - Médico Psiquiatra". Por último, en lo que refiere al proceso de acompañamiento psicoterapéutico al cual asiste la niña A V, cabe resaltar que la profesional interviniente, Lic. P M, expuso lo siguiente: "(...) A lo largo de estos meses de trabajo podemos notar una evolución en cuanto al estado emocional de A V, se la ve alegre y con una actitud positiva. Se vincula de manera más fluida con sus pares, y muestra buen rendimiento escolar (...)" (cfr. operación de fecha veintitrés de agosto del dos mil veintiuno). IV) Análisis del caso. Ante todo, cabe poner de manifiesto que nos encontramos ante una plataforma fáctica compuesta por sujetos que presentan diferentes vulnerabilidades en virtud de los eventos relatados. En el caso de la progenitora puede advertirse a partir del cúmulo de prueba acompañada que se encuentra afectada en su salud mental en cuanto padece de un trastorno

crónico y recurrente, denominado clínicamente como "trastorno bipolar", el cual conlleva fluctuaciones patológicas del estado de ánimo, alternando episodios maníacos y depresivos, lo que indefectiblemente repercute en el ámbito familiar y social. Indudablemente, las complejidades que acarrea este trastorno obligan a precisar el nivel de impacto del mismo en aspectos cruciales de la vida cotidiana, tal cual es el caso del ejercicio de las funciones parentales. Doctrina especializada tiene dicho lo siguiente: "En el caso de las personas con TB (trastorno bipolar), se ha observado que los progenitores con esta patología tienen dificultades para el manejo de los roles diferenciados de padre (...) Los padres con TB igualmente son más vulnerables a los estresores psicosociales, pudiendo suponer los conflictos elevados en el ámbito familiar, factores facilitadores para la recaída. Los estudios indican la necesidad de incorporar a estas personas a programas de rehabilitación intensivos y estructurados ante la existencia de contextos sociales desfavorables, ocupando el apoyo social un papel vital en la prevención de las recidivas y en el impacto del trastorno en la vida de la persona (...)" (Horcajo - Gil, P.J.; Dujo López, V.; González -Guerrero, L.; González - Trijueque, D. (2017). Trastorno bipolar y competencias parentales: repercusiones forenses sobre las decisiones judiciales en materia de idoneidad de guarda y custodia. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 17, 2017, pp.49-68. ISSN: 1576-9941). Claro está, cualquier tipo de abordaje que se efectúe al respecto debe realizarse sin perderse de vista que el paciente de salud mental necesita mayor protección por ser una persona vulnerable, pues los derechos a la salud y a su preservación tienen anclaje constitucional ya que están reconocidos de modo implícito en el art. 33, y de manera explícita en el 75 inc. 22, que recepta los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (ZALAZAR, Claudia E; PUCCIO, Sofía; R. Fac. Dir. UFG, v. 43, p.01-11, 2019). En términos generales, cabe referir que el nuevo paradigma imperante en materia de salud mental permite concluir en que el hecho de padecer un trastorno mental ya no representa necesariamente la imposibilidad de afrontar el ejercicio de los cuidados parentales. Las cuestiones de esta índole deberán ser evaluadas dentro del contexto en que se presentan contemplando no solo el aquí y ahora,

sino el antes (historia clínica, medio ambiente, etc) y el después (pronóstico, adherencia a los tratamientos etc). Las particularidades de la patología señalada conllevan, para casos como estos, un abordaje puntualizado, pues solo de esta manera se podrá determinar en qué grado y en qué medida se encuentra afectada, o no, la capacidad del progenitor a los efectos del ejercicio de dicho rol. En este sentido, desde la doctrina especializada se ha mencionado lo siguiente: "(...) El TB per se no anula o impide el ejercicio parental, sino que será la valoración pericial de sus manifestaciones psicopatológicas idiosincrásicas y de la posible repercusión de estas en el funcionamiento de la persona lo que permita evaluar sus competencias parentales, junto con una sólida evaluación de los factores de protección presentes que contribuya a ajustar un pronóstico que respalde la minimización del impacto de la posible sintomatología y el mantenimiento de un estado de estabilidad a nivel funcional compatible con un adecuado ejercicio de las capacidades tuitivas (...)" (Horcajo - Gil, P.J.; Dujo López, V.; González - Guerrero, L.; González - Trijueque, D. (2017). Trastorno bipolar y competencias parentales: repercusiones forenses sobre las decisiones judiciales en materia de idoneidad de guarda y custodia. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 17, 2017, pp.49-68. ISSN: 1576-9941). Aparte de ello, a los fines de resolver en consonancia con las disposiciones normativas imperantes en nuestro país, no debe perderse de vista lo previsto por la Ley N° 26.657 de Salud Mental, la cual prevé: "ARTICULO 5° — La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado". Asimismo, la referida ley prevé lo siguiente: "ARTICULO 7° — El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental los siguientes derechos: (...) b) Derecho a conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia". Sin perjuicio de ello, atento el tenor de los intereses involucrados, corresponderá siempre efectuar una valoración concreta y específica de cada caso, pues conforme se indicó ut supra, esto debe necesariamente ser conjugado con los intereses propios de la otra persona

cuya vulnerabilidad resulta manifiesta, en este caso hablamos de A V, quien al día de la fecha tiene siete años de edad (100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, Sección N° 2, Regla N° 5). A partir de la valoración efectuada con relación a la prueba producida en estos autos puede advertirse que A V ha sufrido en su temprana edad diversos episodios que resultaron impropios para alguien de su madurez emocional, lo cual indudablemente ha tenido íntima vinculación con la patología que atraviesa su progenitora. Del mismo modo, se observa a partir de la modificación de la residencia principal de A V, actualmente en domicilio de su progenitor, una evolución en sus dimensiones afectivas, emocionales y psicopedagógicas, circunstancias que lucen acreditadas a partir de los informes ya referenciados y en virtud de las declaraciones testimoniales brindadas, todo lo cual da cuenta de la existencia de una red de contención sumamente propicia para su adecuado crecimiento. De igual manera, y a pesar de las distintas circunstancias traumáticas por las que ha atravesado, se advierte del propio relato de la niña, así como de los profesionales que la han entrevistado, la necesidad que esta tiene en cuanto al mantenimiento del vínculo con su progenitora y con su hermana A, circunstancia que permite concluir en la necesaria protección que merecen dichos vínculos. Por otro costado, se observa con relación a la progenitora, Sra. A F, que esta reconoce la patología por la cual atraviesa, circunstancia que ha derivado en diversas instancias de abordaje terapéutico, las cuales, en una gran cantidad de oportunidades, fueron interrumpidas en virtud de mejorías esporádicas. Sin perjuicio de ello, no puede desconocerse que los profesionales intervinientes, Dr. C y Lic. C, han referido que el tratamiento iniciado en última instancia ha evolucionado desde el mes de junio en que se informó que "resulta difícil cuidar de si misma y de terceros" (Dr. C 01/06/21) a los últimos informes de los que surge que ha logrado buena adherencia por parte de la progenitora, lo cual luce acreditado a partir de los sucesivos certificados médicos glosados. Asimismo, cabe destacar que de allí se desprenden pautas clínicas que han derivado en sugerencias que hacen al ejercicio de las funciones maternas de la Sra. F, desde que los referidos profesionales han manifestado que el período de estabilidad por el

que atraviesa la progenitora hace innecesaria la participación de un acompañante terapéutico en los momentos que comparte con A V, indicando incluso que un incremento del tiempo compartido entre madre e hija podría repercutir de manera favorable en cuanto a la evolución de la patología mencionada. En resumen, el esfuerzo realizado por la progenitora a los fines de mitigar aquellas conductas derivadas del trastorno de salud por el cual atraviesa, así como la clara voluntad de A V de sostener y profundizar el vínculo con su mamá, sumado a la excepcionalidad de la modalidad de cuidado personal solicitada por el progenitor, permite concluir en que el sistema de cuidado personal compartido de naturaleza indistinta luce como el más adecuado a los fines de su implementación en la dinámica del grupo familiar tratado, pues resulta indudable que la participación activa de los dos progenitores en la vida cotidiana del hijo acarrea un mejor desarrollo de las responsabilidades de estos, teniendo en cuenta además que el código lo privilegia como primera alternativa de cuidado de los hijos, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el mismo, circunstancia que en el caso no resulta de los últimos informes médicos acompañados respecto de la progenitora. En segundo término, cabe hacer referencia al domicilio en el cual deberá residir A V. En este sentido, cabe considerar la existencia de una serie de circunstancias que rodean la plataforma fáctica abordada que no pueden desconocerse. En este caso concreto, puede advertirse a partir de la historia clínica correspondiente a la progenitora y que luce glosada en la operación de fecha quince de junio del corriente año, que con fecha siete de diciembre del año dos mil cinco la Sra. A F fue diagnosticada por el Dr. C con el cuadro de trastorno bipolar. Si bien no puede desconocerse la mejoría en cuanto a su estabilidad psicoemocional en los últimos meses, todo lo cual se desprende de los certificados médicos previamente transcritos, no resulta menos cierto que de manera recurrente ha existido una reactivación de los síntomas propios de su patología (cfr. pp. 4-8 de la historia clínica acompañada). Indudablemente, ello se constituye como un factor determinante a la hora de establecer la residencia principal de A V, más aun a partir de los diferentes sucesos relatados en el marco de las audiencias testimoniales recibidas en autos.

Asimismo, dichos eventos deben conjugarse con la acreditada mejoría de la niña en lo que respecta a su faceta emocional desde que esta vive junto a su progenitor en el domicilio de este, todo lo cual se ha visto probado a partir de los informes psicológicos, psicopedagógicos e interdisciplinarios acompañados. A partir de ello es que luce incuestionable que el interés superior de A V se encuentra debidamente resguardado en el contexto fáctico descrito, por lo que corresponde establecer que el domicilio principal de la niña será el del progenitor. Máxime cuando dicha modalidad fue pactada por ambas partes en el marco de la audiencia celebrada en autos el día tres de mayo del corriente año, oportunidad en la cual se acordó un régimen comunicacional entre la niña y su progenitora para los días martes y jueves de 10 a 14 h. y, de igual modo, los días sábados de 10:00 a 21:30 h. en presencia de los abuelos maternos en el domicilio de estos. Sin perjuicio de la franja horaria pactada, y a los fines de fortalecer el vínculo de A V con su hermana A, luce conveniente autorizar una mayor extensión del mismo, pudiendo transcurrir en consecuencia los encuentros de los días martes y jueves hasta las 18:00 h. Por otro costado, se advierte del referido acuerdo que los progenitores convinieron con relación a la necesaria intervención de la acompañante terapéutica para dichos momentos. Sin embargo, no puede desconocerse que actualmente la Sra. F se encuentra en una fase de estabilización, teniendo plena conciencia de su trastorno y, de igual modo, con adherencia al tratamiento psicofarmacológico prescripto. Dichos extremos, sumado a las sugerencias elaboradas por los profesionales intervinientes (cfr. certificado médico expedido por el Dr. C el pasado quince de octubre –incorporado a la operación de fecha veintisiete de octubre del corriente año-), permiten llegar a la conclusión de que la intervención de la acompañante terapéutica, en este momento, no luce necesaria en atención al actual estado de salud de la Sra. F, sin perjuicio de su eventual participación para el caso de resultar así conveniente en resguardo de la niña. Por otro costado, no puede desconocerse la expresa voluntad de A V, quien manifestó su deseo de pasar mayor tiempo junto a su progenitora y de dormir junto a ella. En este sentido, y considerando que actualmente la Sra. F se encontraría cohabitando junto al Sr. H A M, persona con la cual ha tenido múltiples

denuncias de violencia familiar (cfr. las actuaciones caratuladas "M, H A (2) - DENUNCIA POR VIOLENCIA FAMILIAR" -), y lo manifestado por los testigos que declararon en autos, es que luce adecuado receptar el deseo de A V, reconociendo a ella la posibilidad de pernoctar junto a su madre y su hermana A en casa de sus abuelos maternos, circunstancia que podrá llevarse a cabo fin de semana de por medio los días sábados por la noche y hasta el domingo a las 20 hs. Por último, cabe poner en conocimiento de la progenitora que deberá acompañar trimestralmente a estas actuaciones, y bajo apercibimiento, datos de los profesionales que la asisten, evolución de la patología y el diagnóstico respectivo, todo ello a los efectos de una eventual readecuación del régimen comunicacional acordado, para lo cual se tendrá en miras el interés superior de A V, lo cual se fundamenta a partir de la naturaleza de la patología que se encuentra atravesando la Sra. F, pues se trata de un trastorno que corresponde ser abordado desde un tratamiento permanente, sostenido y constante. Finalmente, corresponde hacer saber a los progenitores que el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad parental representa una verdadera función social, circunstancia por la cual se les encomienda proteger y formar integralmente a A V a los efectos de que esta logre un mejor proceso de crecimiento, motivo por el cual se los insta a mantener un diálogo fluido y a adoptar las medidas que estimen adecuadas para la satisfacción de su interés superior. V) Costas y honorarios. En lo que respecta a la imposición de costas, y en aras de mantener el interés familiar, es que corresponde imponer las mismas por el orden causado (art. 130 in fine CPCC). De conformidad a lo dispuesto por el art. 26 de la ley 9459-a contrario sensu- no corresponde regular honorarios a los letrados intervinientes hasta que se soliciten. En consecuencia, únicamente corresponde regular los honorarios profesionales de la perito asistente social oficial interviniente, Lic. M S R, toda vez que dicha profesional ha confeccionado las tareas periciales encomendadas, conforme surge del dictamen glosado el veintiocho de julio del corriente año. En cuanto a la determinación del monto de sus honorarios el Código Arancelario vigente al tiempo de realización de la labor (Ley 9459) establece en su art. 49 inc, 1º que: "A los peritos designados por sorteo, se les



regulará entre ocho (5) y ciento cincuenta (150) jus, aplicándose las reglas de evaluación cualitativa del artículo 39 de esta Ley, en cuanto le sean compatibles, debiendo el juzgador evaluar el tiempo probable que le ha insumido la realización de la labor pericial ...". De modo que teniendo en cuenta la responsabilidad profesional comprometida y el tenor del dictamen producido para dirimir la incidencia considero que, en definitiva, a los fines solicitados el importe equivalente a doce (12) jus resulta ajustado a derecho; el cual actualmente asciende a la suma de \$ 3.093,84 por cada jus regulado. Los honorarios resultantes devengarán, cabe dejar sentado, un interés correspondiente a la tasa pasiva que fija el BCRA, con más el 2% mensual no acumulativo, desde la fecha de la presente resolución y hasta su efectivo pago. Por todo lo expuesto y normas legales citadas, RESUELVO: I) Rechazar la demanda promovida por el Sr. M A O, en contra de la Sra. A F, a los fines de obtener el cuidado personal unilateral de la niña A V O F,. II) Disponer el cuidado personal compartido indistinto de la niña A V O F, con residencia principal en el domicilio del progenitor Sr. M A O, y mantener el régimen comunicacional con su progenitora, Sra. A F, acordado con fecha tres de mayo del corriente año en el marco de las presentes actuaciones, habilitándose la posibilidad de extender el mismo en los días pactados (martes y jueves) hasta las 18:00 h. y, de igual modo, a los efectos de que A V, en la medida que ello sea su voluntad, pueda pernoctar fin de semana de por medio los días sábados en casa de sus abuelos maternos hasta el domingo a las 20 hs. junto a estos, su progenitora y su hermana A. III) Emplazar a la Sra. A F, , a los fines de que acompañe de manera trimestral datos de los profesionales de la salud que la asisten, evolución de su patología y el diagnóstico respectivo, bajo apercibimiento de tomar las medidas que se estimen adecuadas en función del interés superior de A V. IV) Costas por su orden. Regular los honorarios de la Lic. M S R de manera definitiva en la suma de pesos treinta y siete mil ciento veintiséis con ocho ctvos (\$ 37.126,08), con más los intereses fijados en el considerando. Protocolícese y hágase saber.

**Citado en****-Capítulo II Aproximación al problema**

Tribunal: Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba

Fecha: 06/09/2021

Autos: Auto Nro. 145 "P, S.M c/ S.M, M. V- Régimen comunicacional internacional-"

Publicado en Boletín Judicial Nro. 12- Abril 2022-Derecho de las Familias-  
Jurisprudencia actualizada de Familia TSJ

Auto n.º 145, del  
6/9/2021. CORDOBA,  
06/09/2021.

Y VISTO:

El recurso de apelación deducido por la Dra. M. A. M. C., en representación del Sr. M. P. S., en autos caratulados "P. S., M. C/ S. M., M. V. RÉGIMEN COMUNICACIONAL INTERNACIONAL -", contra la decisión adoptada por la Jueza de Familia de Tercera Nominación de esta ciudad de Córdoba (proveído de fecha 26 de Mayo de 2021) que dispuso inadmitir la demanda instaurada.

El recurrente expresó agravios al momento de apelar. A su turno, tomó intervención el Sr. Asesor Letrado de Familia de Quinto Turno, en su carácter de representante complementario de la niña. Radicados los autos ante esta Sede, hizo lo propio el Sr. Fiscal Adjunto y emitió dictamen, por lo que quedó la causa en condiciones de ser resuelta.

Y CONSIDERANDO:

I. Conforme dispone el art. 16 de la Ley 10.419, relativa al "Procedimiento para la Aplicación de los Convenios sobre Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes y Régimen de Visitas o Contacto Internacional", corresponde a este Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de su Sala Civil y Comercial, asumir la competencia en instancia de grado, para entender en el recurso de apelación deducido en contra de la resolución

dictada por la Sra. Jueza de Familia que inadmitió in liminela demanda de régimen de comunicación internacional introducida por el progenitor, Sr. M. P. S., respecto a la niña M. O. P. S..

II. Los agravios que sustentan el recurso de apelación articulado por el Sr. P. S., a través de sus representantes, pueden compendiarse como sigue:

Aduce el postulante que, de conservarse la resolución atacada en los términos originales, se provocaría un gravamen irreparable toda vez que perjudica la satisfacción de derechos de M. O. y representa la desatención de la realidad actual de la misma y de su interés superior en relación a su derecho a la coparentalidad e identidad dinámica.

A través de su primer agravio, indica que no se han considerado ciertos elementos aportados a la demanda que pretenden dilucidar la situación actual del grupo familiar involucrado.

Entiende que se ha hecho un uso indebido de otra causa, se ha dejado de lado el análisis del comportamiento de M. O. en ocasión de la audiencia receptada en el marco del proceso de restitución internacional (19/6/2020) y lo concluido por CATEMU cuando se expresó que el progenitor es una figura significativa para la niña, omitiendo también considerar las conclusiones de la pericia practicada en sede penal.

Asevera que la utilización de las constancias de una causa ajena solo se realiza en cuanto las mismas justifican la decisión de inadmitir indebidamente la demanda afectando el derecho de defensa y los derechos fundamentales de la niña de autos.

Considera que el hecho de que no se permita siquiera la tramitación de la causa representa una afección desde el órgano jurisdiccional de los derechos de M. O..

Hace referencia a la restitución internacional en trámite -que tilda de morosa- y añade que cuando una niña es impedida de ver a su padre por vía virtual y con asistencia psicológica simultánea (lo que evita todo riesgo de daño, a su criterio), el Estado incurre activamente y en forma palmaria en una conducta dañosa que afecta las relaciones familiares. Considera vulnerados los arts. 17 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Manifiesta que se trata de una negación de justicia, de acceso a justicia, debido proceso y violación de la misma dignidad humana, así como del derecho a ser oído y participar en las decisiones fundamentales que conciernen a la niña. Agrega que dicha negativa habilita directamente la ocurrencia ante la sede interamericana.

Acorde a su perspectiva, el rechazo in limine es una forma de resistir el reconocimiento a la personalidad jurídica del padre y de la hija, ignorando su relación y configurando una forma de violencia internacional.

En segundo lugar, manifiesta que la resolución atenta contra el principio de inocencia y demás garantías procesales del peticionante, consagradas en la Constitución Nacional.

Entiende que explorar el restablecimiento del contacto en una acción judicial es un deber por parte del Estado, y que toda interpretación contraria es excepcional.

Relata que la resolución que dispuso la suspensión de contacto data del 22 de julio de 2020 y fue dictada de forma preventiva ante la mera noticia de la existencia de una denuncia de abuso sexual en contra de su mandante. Refiere que, con posterioridad a la suspensión, en dicha causa se ordenó la realización de pericias en la niña de autos, las que concluyeron que no hay rastros en ella de haber padecido abuso sexual. Señala que la perito de la Defensa Pública nombrada por el Ministerio Público manifiesta que M. O. se encuentra influenciada por el discurso materno y que la progenitora podría propiciar la implantación discursiva de un abuso que la niña no padeció. Aclara que la misma progenitora es quien en la actualidad se encuentra de forma exclusiva con la niña, situación que -a su criterio- debe cesar y que se impide con el rechazo in limine decidido.

Argumenta también que, luego de más de diez meses desde la suspensión de contacto, su mandante no se encuentra imputado por delito alguno. Por tanto, concluye que lo resuelto implica una afectación real y concreta al principio de inocencia que rige el sistema penal argentino.

Destaca que no es el apelante quien debe defender su inocencia, sino el Estado que investiga la supuesta comisión de un delito, quien debe derribar el

principio de inocencia. De este modo, entiende que la resolución en crisis representa un atentado a dicho principio rector, vulnerando la tutela judicial efectiva, no solo del progenitor sino -especialmente- de la niña de autos.

Insiste en que la tramitación de una solicitud de régimen comunicacional internacional bien puede desarrollarse a fin de alcanzar oportunamente las condiciones absolutas de cuidado de la niña, y en respeto del principio de inocencia del progenitor; lo que -entiende- de ningún modo es incompatible.

Bajo el rótulo tercer agravio aduce que el rechazo in limine representa un adelanto de opinión de la jueza interviniente, propiciando una conducta obstructiva de la progenitora y realizando afirmaciones que afectan el fondo de la cuestión planteada.

Denuncia que es la a quo quien incorpora a la causa elementos subjetivos para justificar el rechazo in limine del pedido de régimen comunicacional, cuando procurar su establecimiento hasta tanto se concluya el trámite de restitución, resulta de la armonización entre el deseo y derecho del Sr. P. S., y el pleno desarrollo de la niña.

Trae a colación que la celebración de audiencia con la niña dejó en evidencia que reconoció a su papá en el acto, incluso le mostraba con entusiasmo a su madre, que su papá estaba allí, jugó con él, y lloró al ser apartada de éste.

Asevera que es la progenitora, quien, para conseguir su cometido de retener, pretende una interpretación diferente de lo sucedido -y grabado- en la audiencia. La inadmisión de la demanda -considera- representa una satisfacción inadecuada de los deseos de la progenitora, y no la atención ni cuidado de la integridad e interés superior de M. O. Reitera que de la mera existencia de una denuncia no puede devenir la máxima consecuencia posible en la actualidad: imposibilidad de tener contacto con la niña. Incluso aclara que ello no está previsto ni en la Convención, ni el derecho de fondo argentino ni mexicano, como tampoco es una facultad conferida a la juez en la ley de procedimiento.

Se pregunta si éste fue el objetivo de la denuncia realizada contra el progenitor, luego del planteo de excepciones, la audiencia y el informe de CATEMU en el marco del proceso de restitución internacional.

Aduce que se permite así a la progenitora el desempeño exclusivo del ejercicio de la responsabilidad parental en un "castigo anticipado" al progenitor denunciado.

Considera que la resolución atacada es a todas luces contraria a derecho y solicita su revocación, ordenándose de forma inmediata la tramitación de la solicitud de régimen comunicacional internacional entre M. O. y su progenitor. En el segmento titulado cuarto agravio sostiene que el rechazo in limine de la demanda se funda -erróneamente, a su criterio- en cuestiones de fondo que afectan el derecho de defensa de su parte, al invocar un antecedente que no se adecua al caso. Aclara que en el precedente citado existían elementos que legítimamente avalaban un cierto grado de probabilidad sobre el acaecimiento de la situación delictiva, mientras que en esta causa no existen elementos de probabilidad de la comisión del delito denunciado, según la prueba que se acompañó a la demanda.

Asevera que la obligación del Estado argentino consiste especialmente en la garantía de los derechos que la retención de un niño, niña o adolescente (NNA) fuera de su centro de vida, ha afectado. Especifica que el régimen solicitado prevé el resguardo de M. O. de la conducta dañosa de cualquiera de sus progenitores, lo que no pudo alegarse ni probarse por la negativa liminar dispuesta por la jueza.

Indica que la causa de restitución en que se encuentra sumida la familia de autos, tiene especial similitud a la causa resuelta por la CSJN en los autos "Q., A c/ C., M. V. y otro s/ reintegro de hijo" (25/10/2016) y transcribe segmentos de lo allí resuelto. Dice que en el caso particular, la conducta materna es muy similar a la ya desplegada en casos análogos en nuestro país, lo que de ningún modo puede representar la legitimación de las vías de hecho llevadas a cabo por la progenitora en afectación del principio de inocencia de su mandante y del interés superior de la niña.

Afirma que la Sra. Jueza a quo debió dar trámite a la solicitud de régimen comunicacional internacional, sin adelantar opinión o resolver la inadmisión con una justificación sesgada e insuficiente basada en especulaciones y en la interpretación parcial de los hechos, sin considerar las garantías

constitucionales en juego; en especial -sostiene- el de inocencia.

Reitera que la Sra. Jueza a quo debió imprimir el trámite previsto en la Ley 10.419, considerando especialmente la propuesta formulada y la distancia existente entre el progenitor -que se encuentra en M.- y la niña.

Insiste en que la realización de encuentros por medios electrónicos no puede de ningún modo equipararse a un régimen comunicacional ordinario en que habría retiro de la niña del domicilio en que se encuentre. Relata que el régimen solicitado se desarrollaría exclusivamente por video llamada.

Entiende que el rechazo liminar resulta desproporcionado y contrario a derecho, puesto que el contacto paterno filial representa en el caso particular, la única vía de conocimiento de la realidad de la niña.

Señala que la a quo olvida -según su visión- el principio de estabilidad dotando a la conducta materna de los efectos por ella buscados, afectando la satisfacción de los derechos de su hija.

Continúa argumentando que en el caso de marras debió darse trámite al régimen solicitado, puesto que del mismo surge la satisfacción adecuada del interés superior de M. O., a la hora que garantiza que la misma goce de estabilidad, de la coparentalidad a la que tiene derecho, y que el auxilio jurisdiccional sea en pos de sus derechos y no de los deseos de los progenitores.

En definitiva, se agravia de la disposición de rechazar in limine el pedido de régimen comunicacional, sin oportunidad para la prueba que lo avale y centrándose absolutamente en los intereses parciales de la progenitora.

III. En su oportunidad, se expidió el Sr. Asesor Letrado de Familia de Quinto Turno en el sentido de la confirmación del proveído apelado para evitar que M. O. mantenga contacto con el peticionante hasta tanto se despeje la cuestión actualmente en trámite en sede penal, en resguardo de su interés superior, sin que resulte -a su criterio- relevante la modalidad de contacto que se ofrezca gestionar.

Diversamente, el Sr. Fiscal Adjunto, opinó que debe hacerse lugar a la apelación interpuesta por el actor, revocar el decreto atacado e imprimirse trámite a la demanda de fijación de régimen de comunicación interpuesta.

Entiende prudente también se ordene, previo a la audiencia prevista en la Ley 10.419, la realización de un informe por parte del Equipo Auxiliar Técnico Multidisciplinario (CATEMU) sobre M. O. P. S., M. V. S. M. y M. P. S., con la intervención de los licenciados P. D. C. y G. D. (actuantes en el proceso de restitución internacional en trámite).

Analizados los agravios, a la luz de las constancias de estos autos y en el contexto del cúmulo de causas vinculadas, se impone adelantar que la apelación deducida merece ser acogida. En primer lugar es preciso recordar que al tratarse esta solicitud de un régimen de comunicación internacional de un caso de contornos transfronterizos, se torna imprescindible corroborar la existencia de fuentes convencionales que regulen los supuestos implicados (art. 75, inc. 22 CN y 2594 CCCN). En ese cometido, Argentina y México se vinculan a través del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980, Ley 23.857) y de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (1989, Ley 25.358). En ambos casos, los instrumentos regulan tanto aspectos referidos a la sustracción internacional de niños, como al derecho de "visita" internacional (según la terminología de los convenios, aunque hoy entendidos en el marco de los regímenes comunicacionales). Sin embargo, las disposiciones referidas al contacto transfronterizo en ambos tratados distan de contener la minuciosidad de la sustracción internacional (cfr. principalmente, arts. 1 b); 5 b); 21 y 29 de la Convención de La Haya 1980 y arts. 1; 3 y 21 de la Convención Interamericana 1989). Se ha admitido en esa línea que "El Convenio de 1980 cuenta con poderosas disposiciones para obligar a los padres sustractores a regresar a sus países de origen; sin embargo, las disposiciones del Convenio relativas al derecho de visita son poco significativas." (BOSCHIER, Peter, "Derecho de visita y reubicación. Algunas consideraciones en un mundo cambiante", en Boletín de los Jueces, Tomo XII/Primavera-Verano 2007, HCCH, p. 26).

Así, la ley provincial 10.419 establece en su artículo inaugural la finalidad de "preservar el derecho de visita o contacto internacional", y seguidamente (art. 2) destaca la relevancia del interés superior de los NNA como criterio



orientador y de interpretación de los convenios que reglamenta, lo que -en el tema que aquí nos ocupa- se traduce en mantener contacto fluido con ambos progenitores y obtener una rápida resolución de la solicitud de contacto internacional. Es por ello que el Capítulo IV de la ley se dedica en particular al “Contacto o Régimen Comunicacional”, diseñando el esquema de tramitación (art. 30), el plazo para dictar sentencia y la posibilidad de establecer salvaguardas (art. 31), así como la facultad de organizar un régimen comunicacional provisorio (art. 32).

Por otra parte, merece ser mencionado el documento: “Contacto Transfronterizo relativo a los niños. Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas”, publicado en 2011 por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (disponible en la página web del organismo, <https://assets.hcch.net/docs/230b60d3-0418-4cc0-a2f1-fdcb6add9605.pdf>), que aglutina experiencias y perspectivas comparadas acerca del contacto transfronterizo en el marco del Convenio de 1980, en cotejo con las previsiones de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

En el contexto descrito, corresponde iniciar el análisis abordando -como primera medida- el agravio que discute la pertinencia del rechazo liminar de la solicitud del Sr. P S en orden al restablecimiento de un régimen comunicacional, decisión que, según la postura del recurrente, afectaría desde diversos planos el interés superior de su hija M O.

V.a. Tengamos en cuenta que, en el escenario del proceso iniciado por el Sr. P con la finalidad de obtener la restitución de la niña a México, (“P., S. M. C/ S., M. M. V. - RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES DE EDAD”) esta Sala dictó con fecha 18/02/2021 el Auto N.º 12, el que rechazó el recurso de apelación deducido por el solicitante contra la decisión de primera instancia (de fecha 30/12/2020) que había hecho lugar a la excepción deducida por la Sra. M. S. en los términos del art. 13, inc.1, b) del citado Convenio de 1980, con invocación de situaciones de violencia de diverso tipo contra ella y la niña M. O.. En síntesis, se desestimó el pedido de restitución internacional. Contra la resolución de esta Sala, el Sr. P. S. interpuso recurso extraordinario federal, que resultó concedido mediante Auto N.º 39 de fecha 22/04/21, por

lo que la citada causa se halla radicada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación a sus efectos.

IV.b. En el marco de aquel proceso, se había acordado y dispuesto (con fecha 19/06/2020) establecer un régimen de contacto entre el Sr. P. S. y M. O. a través de medios tecnológicos visuales y auditivos con frecuencia diaria. Con fecha 22/07/2020, la Sra. Jueza interviniente resolvió la suspensión del régimen señalado tras la presentación formulada por la Sra. M. S. M. en la que puso en conocimiento la denuncia formulada en sede penal por representantes del Polo de la Mujer de la Provincia de Córdoba contra el Sr. P. S. por un supuesto hecho delictivo cometido contra la integridad sexual de M. O., y en la cual se había constituido en querellante particular.

IV.c. Según se desprende del informe requerido a la Fiscalía interviniente en relación a las "Actuaciones labradas por Unidad Judicial Delitos contra la Integridad Sexual", en sede penal se acompañó el informe pericial ampliatorio oportunamente ordenado y se encuentra pendiente la realización de la pericia psicológica del denunciado. Se informó asimismo que "teniendo en cuenta que resta incorporar prueba pendiente de diligenciamiento cuyo trámite depende de tiempos dispuestos por otras dependencias (peritos oficiales), el mérito conclusivo de los presentes actuados, se resolverá con la mayor celeridad posible".

IV.d. Así dadas las cosas, el postulante inició con fecha 18/5/2021 la presente causa para solicitar el urgente restablecimiento de un régimen de contacto paterno-filial con su hija M. O. en los términos previstos en el art 1 de la Ley 10.419 (según arts. 5 b) y 21 del Convenio de La Haya de 1980 y al amparo de los Arts. 3, 8 -derecho a la identidad estática y dinámica y preservar las relaciones familiares-, Art. 9, 10.2 y 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como los arts. 11, 17 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Propuso a tal fin, una modalidad sin contacto físico, con comunicación virtual, apoyándose en los principios de gradualidad y contención de la niña. Plantea la posibilidad de la asistencia de la Fundación Ser Acompañante, que incluye la intervención y acompañamiento de una profesional que identifica y cuyos datos de contacto suministra.

IV.e. En términos generales, la motivación explicitada por la Sra. Jueza para rechazar in limine la petición se cimentó en lo sucedido en el expediente de restitución internacional, cuyos aspectos más relevantes para lo que aquí se decide han sido descriptos; la transcripción de un fragmento del dictamen de la coordinadora del Equipo Técnico de Intervención en Regímenes Comunicacionales del Poder Judicial de Córdoba (elaborado en el marco de otra causa), la tramitación en curso -y sin decisión definitiva- de la denuncia radicada en sede penal contra el Sr. P. S. - y la doctrina judicial de esta Sala a la que remite.

V. Desde esa perspectiva, resulta propicio ratificar la postura sentada por la Sala en el precedente citado: "C. M. N. c/ A. F. I. – Medidas Urgentes (Art. 21 inc. 4 Ley 7676) Cuerpo de Copias de apelación", AI N° 195, de fecha 18/10/17 en cuanto se reconoció la entidad incuestionable de los intereses en juego en procesos donde emerge nítida la tensión entre el interés superior del NNA tutelado, los derechos invocados por el progenitor que pretende el establecimiento de un régimen comunicacional, y las decisiones que evalúan la suficiencia de garantías en orden a la total ausencia de riesgo en la persona del NNA cuando existe un proceso penal en curso, en el marco de la reglamentación legislativa local y las normas internacionales relativas a los derechos de la niñez. En el antecedente mencionado, tal consideración justificó entonces que el Tribunal prescindiera, en el caso particular y a modo de excepción, del valladar formal del art. 155 de Ley 10.305, previsto para habilitar la casación e ingresara al análisis de la impugnación articulada.

Sin embargo, y según se ha reconocido en resoluciones posteriores, la evidente complejidad de los derechos, intereses y valores en juego en situaciones como la que nos convoca exige que la ponderación de los elementos de hecho presentes en la causa, en cotejo con el cuadro normativo aplicable, se efectúe teniendo en consideración las particulares circunstancias que definen el contexto de cada caso individualmente analizado.

Según la última parte del ap. 3, art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es su interés superior el que puede motivar una excepción a la regla del derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos

padres de modo regular. Pero como es sabido, la evaluación que a la judicatura compete para dar preciso contenido al mandato convencional requiere de un escrutinio con tal objetivo, que cuente con la mayor cantidad de elementos posible para que la decisión se articule con los individuales y singulares contextos de cada NNA y cada familia.

Tal como hemos rescatado recientemente (cfr. TSJ, Sala Civil y Com., Auto N.º 265/20), esa perspectiva emana claramente de las advertencias formuladas por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N.º 14 (2013) "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial" (Naciones Unidas, CRC/C/GC/14), al indicar que la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada NNA. En el marco de las garantías procesales para velar por la observancia del principio en cuestión, afirmó el Comité en la citada Observación: "A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño." (el subrayado nos pertenece).

VI. En función de ese examen particularizado es que la tramitación de la solicitud deducida por el Sr. P. S. se presenta como la alternativa más atinada para lograr una aproximación más rica y contundente a los elementos que permitan decidir la cuestión sometida a estudio, sin desmedro del derecho de defensa y apelando a la contribución de la multidisciplinaria, pero de modo orientado e individualizado a la situación aquí planteada.

VI.a. Es generalmente aceptado que la posibilidad de frustrar ab initio una demanda instaurada solo se justifica cuando la infundabilidad "aparezca manifiesta, evidente, notoria, de los propios términos en que fue concebida.

De ahí que la potestad judicial ha de ejercerse con suma prudencia, debiendo estarse en caso de duda por la continuidad del trámite, cuando deviene necesario el esclarecimiento de supuestos de hecho que requirieren mayor debate o prueba. (BERIZONCE, Roberto O. "Saneamiento del proceso, rechazo in limine e improponibilidad objetiva de la demanda", en: Revista de Derecho Procesal; Demanda y Reconvención II. 2004-2, p. 81-98). De allí la interpretación estricta o restrictiva del instituto. "La desestimación 'in limine' por manifiesta improponibilidad objetiva de un acto procesal es de aplicación excepcional, toda vez que queda reservada sólo para aquellos supuestos en los que la inatendibilidad de la pretensión resulte manifiesta, palmaria, indudable." (FERRER, Sergio. "Inadmisibilidad de la demanda por 'improponibilidad' de la pretensión", Zeus Córdoba, Revista 93, T. 4, 2004, p. 175).

Tal diáfana certidumbre sobre la inatendibilidad de la pretensión introducida no luce configurada en estos obrados, por lo que estimamos prudente acoger la apelación, a fin de que se despliegue el trámite previsto por el Capítulo IV de ley 10.419.

Vlb. Si bien surge de lo informado por la Fiscalía de Delitos contra la Integridad Sexual de 2º Turno que las actuaciones en el fuero penal se encuentran en fase de tramitación, no es posible dejar de advertir una serie de circunstancias que podrían ser -eventualmente- valoradas y señalan un cuadro de situación diverso a aquel en el cual se dispuso la suspensión. En primer lugar, que -tal como destaca el Sr. Fiscal Adjunto en su dictamen- "en sede penal aún no se ha establecido la culpabilidad del allí denunciado, siendo que a la fecha todavía ni siquiera cuenta con imputación, atento encontrarse en curso la investigación penal preparatoria en razón de la instrucción particular impartida por la Fiscalía de Cámara de Acusación con fecha 30/11/2020 (art. 22, inc. 1º de la L.O.M.P.F. Nº 7826) a la Fiscal de Instrucción de Delitos contra la Integridad Sexual del Segundo Turno, para que continúe con la investigación penal preparatoria y colecte la prueba." (f. 18).

Vlc. Recordemos que la suspensión del régimen comunicacional provisorio

decretada con fecha 22/7/2020 en el proceso de Restitución Internacional (Expte. xxx) se dispuso inmediatamente de radicada la denuncia y que, con posterioridad se verificaron actuaciones y medidas probatorias en sede criminal. Algunas, incluso consideradas en el proceso de Restitución Internacional (Expte. xxx) a la hora de evaluar la alegada configuración de un "grave riesgo" en los términos convencionales asociados a un escenario de tensiones familiares que podría repercutir a futuro en el desarrollo de la niña. Tampoco puede desatenderse, aunque deba ser evaluada oportunamente, la particular modalidad propuesta para el restablecimiento que no se compadece estrictamente con aquella vigente previo a su suspensión.

Vld. Es, entonces, en el ámbito de la tramitación de la solicitud de régimen comunicacional internacional y con específica referencia a la situación aquí debatida, que deberá acudir a la multidisciplinaria -en línea con el principio reconocido por el art. 706, inc. b) del CCCN y que no resulta ajena a las previsiones de la Ley 10.419 (art. 31)-, aporte cuyo alcance, modalidad y oportunidad será definido por la Sra. Jueza interviniente como directora del proceso.

Tenemos especialmente en cuenta no solo la previa intervención de los profesionales del Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario (CATEMU) en ocasión de la audiencia celebrada en el proceso de Restitución internacional (Expte. xxx), sino también la eventual intervención del Equipo Técnico de Intervención en Regímenes Comunicacionales (ETIRC), en el abordaje del escenario aquí planteado, como resorte técnico que cuenta entre sus misiones la de acompañar "a los grupos familiares que atraviesen una situación de conflicto en los que se requiera la evaluación de la situación vincular familiar" (cfr. AR 138, Serie "B", 27 de Septiembre de 2016) y tiene como función producir los informes y realizar las actividades que le encomienden los miembros de la Magistratura de Familia y de la Asesoría de Familia en las que resulte necesaria la evaluación de posibilidades vinculares de familias en conflicto, en los términos del art. 68 de la Ley 10.305 (cfr. AR 1547, Serie "A", del 11 de Febrero de 2019).

VII. Para finalizar, considero insoslayable enfatizar que lo resuelto no importa -de modo alguno- dar razón en lo sustancial al recurrente en torno a la efectiva configuración de las circunstancias que permitan el restablecimiento de un régimen comunicacional de manera segura en relación a su hija M. O., cuestión ésta que deberá ser discernida a la luz de los elementos colectados durante la tramitación que se ordena. Tampoco implica restar relevancia a lo que se dilucide en sede penal sobre el hecho que motivó la denuncia contra el Sr. P. S., circunstancia que deberá ser sopesada a la hora de zanjar la cuestión en los términos del art. 31, Ley 10.419 y en aplicación de la normativa sustancial aplicable de origen internacional y nacional (arts. 3, 9 y 10 Ley 26.061).

VIII. Como corolario de todo lo expuesto, corresponde hacer lugar a la apelación deducida, revocar el proveído recurrido y ordenar se imprima el trámite legal a la solicitud de régimen comunicacional internacional.

Deberá también comunicarse la iniciación de la solicitud referida a la Autoridad Central argentina en relación al Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción internacional de Menores (1980) y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (1989), así como a la Sra. Jueza argentina de la Red Internacional de Jueces de La Haya (arts. 15, 35 y 36, Ley 10.419).

Por ello,

SE RESUELVE:

- I. Hacer lugar al recurso de apelación deducido por el Sr. M. P. S.
- II. Revocar el proveído de fecha 26.05.2021, en cuanto resuelve la inadmisión de la demanda.
- III. Ordenar se imprima trámite a lo solicitado y se proceda a efectuar las comunicaciones ordenadas en el considerando respectivo (IX).

Protocolícese e incorpórese copia.

**Citado en****-Capitulo III 1.1.Cambio de la Modalidad del Cuidado Personal**

Tribunal: Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Marcos Juarez

Fecha: 01/11/2018

Autos: "B., C. E. c/ S., F. M. -Régimen de visitas/alimentos – Contencioso"

Publicado en Erreius cita digital IUSJU033912E

Marcos Juárez, 01 de Noviembre de Dos mil dieciocho.-

Y VISTOS: Estos autos caratulados "B., C. E. c/ S., F. M. -Régimen de visitas/alimentos - Contencioso-", de los que resulta que:

I.- A fs. 226 en el marco de una audiencia fijada en los términos del art. 58 del CPCC, las partes de común acuerdo aceptan lo propuesto por la psicóloga del Equipo Técnico de la sede -Lic. Carla Ferreyra- de someterse por el periodo de un mes a un régimen comunicacional controlado en la sede tribunalicia. Que se pautó el mismo para los días martes y jueves de cada semana de 10:30 a 11:30 hs., pudiendo el mismo renovarse o fijarse un régimen comunicacional más convenientes para los menores de acuerdo a la valoración de la profesional actuante.-

A fs. 232 comparece el Sr. F. M. S. manifestando que el día 06/09/2018, la Sra. B. debería haber cumplimentado con las visitas supervisadas, como fuera acordado, llevando a los menores para que éste los pudiese ver, no cumpliéndolo, esperando el mismo sin que apareciera nadie. Indica que a la hora de su espera y habiendo pedido salir antes de su trabajo, a los fines de cumplir al pie de la letra lo acordado, le avisa la Lic. Carla Ferreyra de que la Sra. B. no podría cumplir con las visitas porque había presentado en el expediente -el mismo día- un certificado médico en el que se le prescribía reposo. Alega que es más que claro que no hay voluntad por parte de la Sra.



B. que su padre tenga contacto y que pueda ver a sus hijos, dado que no buscó a otra persona para llevarlo, ni siquiera avisó con tiempo. Todo ello sin contar los días de visita que llevaba a F. sin hacer la tarea por lo que se tenía que retirar antes; ni hablar de que a J., luego de no verlo por 3 meses, lo pudo ver una sola vez de los días de visitas supervisadas.-

Refiere que la Sra. B. nuevamente frustra la posibilidad de estar con sus hijos, por las constantes excusas e impedimentos, no cumpliendo una vez más lo acordado en autos. Dice que está más que en claro el constante impedimento y obstáculos que impone la Sra. B. a los fines de que pueda estar con sus hijos, violando constantemente sus derechos como padre y afectando el interés superior del niño.-

II.- A fs. 234 el Tribunal hace saber: "... a la Sra. C. E. B. que en autos se encuentra fijado un régimen de re vinculación el cual debe ser cumplido, debiendo arbitrar los medios necesarios a tales fines, todo bajo apercibimiento de entender que los niños pueden encontrarse en riesgo, siendo ello causal suficiente para ordenar un cambio de cuidado personal, si así correspondiere. Notifíquese. A fs. 232/233: Atento lo solicitado y constancias de autos désignese día y hora audiencia a los fines del art. 58 del CPCC para el 19/09/2018 a las 9:00 hs. para la Sra. C. E. B. y 9:30 hs. para el Sr. F. M. S. [...] Notifíquese a las partes, psicóloga y Asesor Letrado".-

III.- A fs. 235 comparece nuevamente el Sr. S. y manifiesta que el día 11/09/2018 se presentó en la oficina de la Lic. Carla Ferreyra, en la sede de Tribunales, a la hora señalada, a los fines de que se cumplimente con el régimen comunicacional supervisado a su favor, sin que nuevamente la Sra. B. llevase a sus hijos a los fines de cumplimentar lo acordado. Agrega que sin perjuicio de que la Sra. B. se encuentra con certificado médico, en el que se prescribe reposo, debería la misma arbitrar los medios necesarios para que se cumpla el régimen comunicacional supervisado. Ella es responsable de que los niños cumplan con dicho régimen y se garantice el contacto de sus hijos con el

padre, estando a la vista y con pruebas suficientes de que lo único que hace durante este tiempo es impedirlo constantemente.-

Peticiona, ya cansado de la situación de manipulación e incumplimiento constaste, se ordene -atento la conducta reiterada de impedimento de contacto con sus hijos- el cambio de cuidado personal a su favor respecto de los menores, atento entender que sus hijos se encuentran en riesgo respecto del desarrollo de su identidad e integridad psíquica que le causó la madre durante estos tiempos.-

IV.- A lo peticionado más arriba, a fs. 236 el Tribunal dispone que: "...Atento lo señalado por el Sr. F. M. S. y habiéndose comunicado el suscripto en el día de ayer con la psicóloga de la Sede, quién ha confirmado dicho incumplimiento: emplácese a la Sra. C. E. S. para que los días martes y jueves -días de visitas controladas por la Licencia Carla Ferreyra- arbitre los medios necesarios para que los menores mantengan contacto con su padre. Hágasele saber que ante la reiteración del incumplimiento será pasible del cambio de cuidado personal en cabeza del padre de los menores Sr. S. (art. 651 del C.C.C). Notifíquese de oficio.".-

V.- A fs. 238 comparece el Sr. S. y manifiesta que el día 13/09/2015 se presentó en la oficina de la Lic. Carla Ferreyra, en la sede de Tribunales, a la hora señalada, a los fines de que se cumplimente con el régimen comunicacional supervisado a su favor, sin que nuevamente la Sra. B. llevase a sus hijos a los fines de cumplimentar lo acordado. Que se notificó a su abogado mediante cédula haciendo caso omiso. Así las cosas, ratifica su escrito presentado el 12/09/2018 y vuelva a solicitar se aplique el apercibimiento dispuesto por el Tribunal.-

VI.- A fs. 239 se dicta el decreto de autos para resolver el "cambio de cuidado personal" previo informe valorativo de la Lic. Carla Ferrerya -en relación al régimen de comunicación controlado- y del Asesor Letrado.

Cumplimentado lo anterior y firme el mismo, queda la presente incidencia en condiciones de ser fallada.-

Y CONSIDERANDO:

I.- Cuidado personal. Nociones generales.- Tal como lo dispone la novel normativa contenida en el art 651 del CCCN, la modalidad preferente para un adecuado ejercicio del instituto bajo estudio es la que se conoce como "modalidad compartida". "La reforma privilegia el cuidado compartido en la modalidad indistinta al ser considerado el sistema que mejor asegura el derecho constitucional del hijo a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regula en igualdad de condiciones (arts. 9° y 18° de la Convención sobre los Derechos del Niño) y respetar así el principio de coparentalidad [...] El cuidado compartido de los hijos en general y en la modalidad indistinta en especial es considerado el mejor sistema legal al reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales" (LORENZETTI, Ricardo Luis, "Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, Tomo IV, p. 343/344). Ahora bien, si existiere algún impedimento, dificultad, acuerdo de partes, etc., el Tribunal puede otorgar dicho cuidado -de manera excepcional- a uno de los progenitores, siempre que se funde en una situación anómala que no satisfaga el interés superior del niño.-

II.- Cuidado personal unilateral. Petición expresa de parte. Régimen de excepción. Apercebimientos varios incumplidos. Actitud reticente y poco colaborativa para con el régimen estipulado de común acuerdo. Artículo 651 CCNN: existencia de causa graves que justifiquen el cambio del cuidado personal. Análisis de la prueba.- Liminarme estimo necesario realizar una breve reseña de los hechos suscitados en la causa a los fines de analizar el pedido de cambio de cuidado personal en cabeza del padre de los menores.-

En el sublite, luego de un largo trajín de compromisos y desavenencias entre los progenitores, después de trece (13) audiencias del art. 58 CPCC, las partes de común acuerdo -en respuesta a la propuesta efectuada por la psicóloga del Equipo Técnico de la sede Lic. Ferreyra- aceptan someterse a un "régimen comunicacional controlado" en sede judicial. Que este último comenzó a ejecutarse con normalidad, pero en el decurso de los primeros encuentros la progenitora Sra. B., encargada de trasladar los menores a la sede del equipo técnico, comienza a diseñar una serie de circunstancias que truncan el cumplimiento del mismo. En este sentido, con fecha 06/09/2018 a las 9:22 hs. presenta en el expediente un certificado médico mediante el cual se le indica reposo absoluto por el plazo de 10 días, alegando que por ello se tornaría imposible cumplimentar con el régimen propuesto. Aclaro que dicho certificado fue confeccionado con fecha 04/09/2018 (dos días antes de la data pactada para la próxima visita) para recién ser presentado en la causa minutos antes de las visitas estipuladas, sin siquiera actuar con la debida diligencia y anotar dicha circunstancias con la antelación que lo merecía. Ante dicho incumplimiento el Tribunal, mediante proveído de fecha 10/09/2018, hace saber "a la Sra. C. E. B. que en autos se encuentra fijado un régimen de re-vinculación el cual debe ser cumplido debiendo arbitrar los medios necesarios a tales fines, todo bajo apercibimiento de entender que los niños pueden encontrarse en riesgo, siendo ello causal suficiente para ordenar un cambio de cuidado personal, si así correspondiere..." (fs. 234). No cumplido dicho emplazamiento y cansado el padre de los menores de la situación reseñada, es que con fecha 12/09/2018 solicita expresamente el cambio de cuidado personal a su persona. Que ante esta situación el suscripto se comunica con la encargada del Equipo Técnico -Lic. Ferreyra- corroborando los extremos invocados -incumplimiento del régimen estatuido- y se dispone un nuevo emplazamiento para que la Sra. B. de observancia a las visitas pactadas o en su caso -si ésta se encontrare imposibilitada- arbitre los medios necesarios para que los menores mantenga contacto con el padre, todo bajo apercibimiento del cambio de cuidado personal en cabeza del padre de los menores en los términos del art. 651 del CCCN. Volviendo nuevamente a

incumplir la manda judicial precitada es que los presentes pasan a despacho para resolver.-

Luego de esta prieta síntesis corresponde un análisis crítico para determinar si los reiterados incumplimientos lucen justificados o no, y para el caso, si los motivos esgrimidos para desoír las distintas mandas judiciales lucen exclusivamente subjetivos. De una lectura acabada del expediente y lo percibido por el suscripto en las múltiples audiencias del art. 58 del CPCC puedo concluir sin hesitación que existe una constante y reiterada falta de colaboración de la Sra. B. para el cumplimiento del régimen comunicación controlado, el cual no le ha sido impuesto de manera compulsoria por el Tribunal sino que éste fue adoptado de común acuerdo por las partes. A más de ello y de los múltiples emplazamientos efectuados por el Tribunal, a los largo de éste último periodo se ha traslucido la verdadera mala fe en el obrar de la progenitora, quien siquiera ha podido honrar el compromiso asumido judicialmente, reiterando su actitud obstructiva como si nada. Dichos entorpecimientos reiterados en el tiempo echan por tierra el derecho de coparentalidad que gozan los niños, pese a los constantes intentos de re vinculación planteados por el Tribunal y los distintos actores judiciales.-

No podemos soslayar el informe técnico (fs. 324) elaborado por quien propusiera dicha modalidad en el régimen comunicacional, la Lic. Ferreyra, del que puede extraerse las siguientes conclusiones: a) que el régimen comunicacional no se llevó a cabo en tiempo y forma debido a las interrupciones e inasistencia por parte de la progenitora Sra. B.; b) que el Sr. S. asistió a las visitas en tiempo y forma conforme lo ordenado; c) que el padre se mostró preocupado y angustiado frente a la dificultad para tener contacto puntualmente con su hijo menor J. S., el que solo se posibilitó en un encuentro al aire libre en una plazoleta; d) hace la salvedad que los días que los niños acudieron a las visitas acompañados de la progenitora, solo el niño F. compartió las visitas con el progenitor, no así el niño J. siempre permaneció arriba del automóvil negándose a bajar, no visualizándose ante dicha circunstancias por parte de la progenitora disposición en buscar alternativas

para el niño se disponga, sino más bien reforzando la negativa; e) que el tiempo compartido en las visitas entre el niño F. y su padre se desarrolló bajo un encuadre afectuoso, compartiendo juegos y dialogo, y f) que ante las dificultades que se fueron presentando durante el cumplimiento del régimen comunicacional, se le efectuaron sugerencias profesionales a los que el Sr. S. mostró disposición y acatamiento. Como contrapartida, la Sra. B. presentó dificultades para abordar situaciones de manera práctica y criteriosa, subyaciendo una actitud obstructiva, lo que en definitiva dificultó la posibilidad de encontrar soluciones a la problemáticas, generando un sostenimiento crónico del litigio.-

En otro andarivel, el dictamen del Asesor Letrado es lapidario en cuanto a que el pedido efectuado por el progenitor debe prosperar. Dicho funcionario resalta que es claro y contundente el informe o valoración efectuado por la Lic. Ferreyra en orden a concluir en sus consideraciones que la única y exclusiva responsable de la infructuosa re vinculación de hijos padre - padre hijos fue la actora en autos. Insiste que desde su visual el progenitor fue permeable humanamente a todas las sugerencias que se le realizaron (por la profesional) para lograr el contacto con sus hijos y todo lo contrario la actora, quien no solo no colaboró con dicho proceso sino que lo sigue haciendo, obstaculizando e impidiendo deliberadamente el mismo. Concluye, que sería conveniente un cambio de cuidado personal de los menores, asumiendo tal función el padre de los mismos, Sr. F. M. S., ello en función que se presentan en autos las condiciones para que así sea resuelto de conformidad a lo prescripto por el art. 651 del C.C.C. última parte, aplicando la excepción establecida en el dispositivo legal citado. Es decir, que se adjudique el cuidado personal de los menores al progenitor por haber resultado perjudicial para los hijo el implementado.-

Sin dudas que la Sra. B. no ha sabido direccionar su obrar de conformidad a las responsabilidades que le caben como adulta. Los hijos no pueden convertirse en preesas valiéndose de éstos para impedir el contacto fluido con el restante progenitor. Una cosa es la ruptura del vínculo convivencial que

otrora los unía y otra -y muy grave- es privar al padres de ver a sus hijos. Tanto es así que el legislador previó un tipo penal para los casos como el que nos ocupa y que más abajo analizaré. Es dable destacar y reiterar que tanto el Tribunal, el Asesor Letrado como la psicóloga de la sede nos hemos encaminado a tratar de reestablecer el vínculo paterno empobrecido aun cuando lamentablemente no pudo recomponerse en su integridad. La fijación de un nuevo régimen controlado en sede judicial -logrado de común acuerdo y con el aval de un profesional en el tema- se erigió como una simiente y nuevo punto de partida en la relación de los niños con su padre. Empero las constantes oposiciones de la madre han sido un valladar insostenible para mantener el cuidado personal a su cargo, no quedando más opciones tanto para el padre como para el Tribunal en disponer su modificación. El daño suscitado a los menores no ha sido mensurado por la progenitora, quien ni siquiera ante los constantes emplazamientos del Tribunal ha demostrado un cambio de actitud. Por el contrario, se ha empeinado en obstaculizar injustamente la concreción de régimen comunicacional acordado.-

En idéntico sentido se ha expedido la jurisprudencia al señalar que “el obstruccionismo extremo [...] puesto de manifiesto [...]sin siquiera reparar en las graves consecuencias que tal accionar puede tener en el psiquismo infantil, lo dictaminado por los expertos en orden a su salud psíquica y emocional, unido a la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran las niñas que por no permitírseles contacto alguno con su padre [...], dependen exclusivamente tanto afectiva como psicológicamente de la madre que no duda un desplegar un comportamiento destinado a aniquilar a la figura paterna, son razones más que suficientes para confirmar la decisión de cambio de tenencia ...” (Cámara de Familia de 2º Nominación de la Ciudad de Córdoba, Auto Nº 208 del 18/12/2014 en autos “M, RC Y OTRO - SOLICITA HOMOLOGACION - RECURSO DE APELACION” (Expte. 287232)).-

A mayor abundamiento, no podemos dejar de lado las actuaciones y procesos radicados en sede penal cuyas copias obran incorporados en los presentes, tal como lo requirió el suscripto al momento de tomar la última

audiencia del art. 58 CPCC de autos. La Sra. C. E. B. posee dos causas penales abiertas que dan cuenta que su conducta obstructiva para con el régimen comunicacional acordado con el padre no se erige como un hecho aislado sino que viene de larga data. El primer proceso, caratulado "B., C. E. p.s.a. Impedimento u obstrucción de contacto de los padres no convivientes con sus hijos menores", ha sido elevado a juicio por el Fiscal interviniente, actuación procesal que tampoco fue cuestionada por la Sra. B. (ver fs. 400), radicada hoy ante la Cámara del Crimen de la ciudad de Bell Ville esperando se lleve adelante el juicio. De estas actuaciones resulta más que ilustrativa la requisitoria de citación a juicio (fs. 388/397) donde el Dr. Fernando Epelde Payges teoriza y analiza la constante conducta obstructiva de la Sra. B. para que el Sr. S. pueda cumplir con el régimen de visitas acordado judicialmente. Indica textualmente que: "...resulta de las denuncias y de sus reiteradas declaraciones testimoniales efectuadas por F. M. S. de forma palmaria que el nombrado no ha podido contactarse con sus hijos F. S. y J. F. S., pese a las reiterados intentos por parte del mismo. Ahora bien, es importante evaluar todas las manifestaciones de F. S. y analizar si estamos ante la presencia de meros incumplimientos a un régimen comunicacional o hechos aislados que no llegan a configurar el delito de Impedimento de contacto [...] pero no es este el caso, ya que S. no ha mantenido contacto con sus hijos durante el lapso de tiempo correspondiente a los meses de Junio y Julio del dos mil dieciséis [...] Asimismo se hace hincapié en que el delito de Impedimento de contacto debe interpretarse en consonancia con el Régimen constitucional vigente, justificándose la injerencia punitiva del estado solo cuando la misma resulta necesaria, eficaz y eficiente [...] En este caso, los progenitores formalizaron acuerdo o Régimen comunicacional ante el Juzgado de Primera Instancia, Segunda Nominación en lo C.C.C y familia de la Sede [...] La conducta desplegada por C. B. fue que de modo arbitrario y en forma reiterada impidió y obstruyó el contacto de S. con sus hijos, pese a los intentos del nombrado, quien no pudo siquiera efectivizar por el periodo denunciado el acuerdo llevado a cabo ante la vía civil. B. dispuso que sus hijos no se comuniquen con su padre situación que queda objetivamente demostrada en los testimonios de las



personas que acompañaron sistemáticamente a S. en cada intento, evadiendo B. el encuentro de sus hijos con el progenitor sin aparentes motivos. Éste tipo de delito sólo se configura cuando el autor del impedimento del contacto entre padre o madre e hijo obra de modo arbitrario y abusivo, sin derecho ni razón justificable alguna, en el presente caso abordado, si bien se dispusieron medidas cautelares por parte del Juzgado de Violencia Familiar de la Sede [...] medida restrictiva que alcanzaba a los adultos y no hacia los menores S., quienes no tenían impedimento durante los meses Junio y Julio de dos mil dieciséis, aun y pese a ello, B. desplego en forma reiterada un accionar que impidió el contacto entre el menor y su padre, haciendo caso omiso y por encima del interés de los menores [...] En el caso traído análisis, al interrumpirse el vínculo paterno filial se cercenó el derecho del Sr. S. y con la conducta desplegada por B., esta conculcó el derecho superior que es el de un menor en mantener contacto con su progenitor, resultando F. M. S. y sus hijos F. S. y J. F. S., partes damnificadas. Consumar el delito es lograr en forma real y efectiva la obstrucción (impedir) de la comunicación, del contacto entre padre e hijos, lo que es prueba suficiente para acreditar la comisión del hecho de impedimento u obstrucción de contacto de los padres no convivientes con sus hijos menores- Reiterado por parte de C. E. B. [...] Así las cosas, corresponde sin más solicitar a V.E la citación a juicio de la presente causa, seguida en contra de C. E. B. ya filiada, por el hecho que se le atribuye en la misma". Finalmente y para rematar, tenemos una segunda causa caratulada "B., C. E. - Impedimento u obstrucción de contacto de los padres no convivientes con sus hijos menores - REITERADO" donde el mismo Fiscal en el mes en curso procederá a tomarle declaración indagatoria a la Sra. B.. Como bien reseñara el Asesor Letrado en su informe, estos procesos no se tratan de hechos menores por cuanto la figura penal endilgada exige dolo y la misma avanza a paso firme hacia el dictado de una sentencia. Así podemos ver que ni la función punitiva del derecho penal amedrenta a la progenitora incumplidora, sumando así otra actitud displicente ante la justicia y los tribunales.-

III.- Corolario.- "En suma, cabe ponderar la situación fáctica que es presentada en el caso concreto, erigiéndose la razonabilidad en la vara que

guía la actividad judicial, procurando tomar la determinación que propenda a la mejor conservación de los vínculos afectivos que en él se hallan involucrados. Lo contrario importaría consagrar una fuerte limitación en el ámbito de actuación jurisdiccional, que puede incluso llegar a obstar la realización del ideal de justicia, objetivo ineludible de la magistratura” (LORENZETTI, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, Tomo III, p. 471). Todas estas circunstancias dan cuenta como la Sra. B. no ha hecho más que boicotear todo intento de re vinculación legítimo por parte del padre para con sus hijos, circunstancia que se basta a sí misma para acoger la pretensión del Sr. S.-

Por todo lo expuesto, lo dispuesto por los arts. 3 y 9 de la Convención de los Derechos del Niño y lo normado por el art. 651 del CCCN, corresponde hacer lugar al pedido de cambio del cuidado personal de los menores en cabeza de su padre -Sr. F. M. S.- invirtiendo el régimen comunicacional oportunamente fijado.-

IV.- Costas y Honorarios.- Atento la calidad de vencida, las costas deben imponerse a la Sra. C. E. B. (art. 130 CPCC).-

Los honorarios de la Dra. María Belén Lambertucci deberán regularse de acuerdo a las previsiones específicas impuestas por los arts. 76 de la Ley 9459 teniendo especialmente en cuenta el art. 69 del mismo cuerpo legal, lo que habilita la morigeración de las escalas aplicables al caso. Siendo así, estimo justo regular los honorarios de la letrada del Sr. S. en la suma de cuatro (04) Jus.-

Dichos honorarios generarán desde la fecha de la presente regulación y hasta la de su efectivo pago, un interés (art. 35 Ley 9459) igual al que resulta de adicionar la tasa pasiva que publica el BCRA con más el 2 % nominal mensual.-

Por todo lo expuesto y normas legales citadas.-

RESUELVO:

I.- Hacer lugar al pedido de cambio del cuidado personal de los menores en cabeza de su padre -Sr. F. M. S.- invirtiendo el régimen comunicacional oportunamente fijado.-

II.- Imponer las costas a la Sra. C. E. B. (art. 130 CPCC).-

III.- Regular en forma definitiva (art. 28 Ley 9459) los honorarios profesionales de la Dra. María Belén Lambertucci en la suma de Pesos Tres mil doscientos ochenta y uno con 16/100 (\$ 3.281,16). Protocolícese, hágase saber y dese copia.-

**CITADO EN****Capítulo III-1.6. Sanciones Conminatorias**

Tribunal: Cámara de Familia de Primera Nominación  
de Córdoba

Fecha: 20/03/2018

Autos: Cuerpo de Apelación en Autos P, A.G. c/ R, M.A. –  
medidas urgentes-

Publicado en: La Ley Online

Cita: TR LALEY AR/JUR/15306/2018

2ª Instancia.- Córdoba, marzo 20 de 2018.

Considerando: I) Que el recurso ha sido interpuesto oportunamente, corresponde su tratamiento.

II) La apelante se queja, en primer lugar, porque entiende que el proveído atacado carece de fundamento fáctico, toda vez que no se describen con claridad cuáles son los incumplimientos al acuerdo celebrado con fecha 07/09/2016 que fundan la aplicación de astreintes. A su vez, aduce que la Magistrada omite describir cuál es el cálculo que realizó para llegar a la aplicación de la sanción pecuniaria de diez (10) jus.

En este sentido expresa que la Jueza debió realizar una mayor fundamentación, ya que su resolución trae aparejadas consecuencias patrimoniales. Agrega que ello se evidencia cuando, al tiempo de rechazar la reposición y conceder la apelación, la Juzgadora menciona cuáles son los incumplimientos que se le imputan y el cálculo de la multa. Opina que ese agregado “tardío” (sic) de argumentos no puede subsanar la falta de fundamentación en el decreto impugnado, ya que ello encuentra su límite en los principios de preclusión y lealtad procesal.

En segundo término la quejosa cuestiona el fundamento dado en

el punto c) del proveído atacado, ya que ella expresamente negó los incumplimientos al régimen comunicacional que se le endilgan. Acusa de ineficaz a la prueba documental mencionada por el Tribunal en apoyo de la versión de la parte contraria, pues se trata de exposiciones policiales unilaterales y sin ningún valor objetivo de prueba. Arguye que mantener el criterio de la Jueza de Primera Instancia importaría sentar un precedente peligroso en materia probatoria respecto a la imposición de sanciones pecuniarias conminatorias. Al respecto explica que éstas podrían quedar supeditadas al manejo arbitrario de las partes a partir de la simple realización de una exposición policial unilateral de los hechos.

Entiende que, para una correcta aplicación de la multa impuesta, la parte contraria debió ofrecer e incorporar prueba suficiente que acreditase el incumplimiento imputado. Aduce también que en ninguno de los decretos atacados la Juzgadora tuvo en cuenta las circunstancias alegadas que justificaban dejar sin efecto las sanciones impuestas. Apunta que deben valorarse las consecuencias que implicaría mantener las sanciones pecuniarias dispuestas por la Magistrada, ya que ello supondría una merma en los recursos alimentarios que el padre del niño está obligado a entregar, frustrándose de esa manera la finalidad superior de la prestación de alimentos. Seguidamente cita jurisprudencia que estima avala su postura.

III) Por su parte el señor A. G. P., al contestar agravios, resalta en primer lugar el incumplimiento con la cuestión formal exigida para el recurso incoado, lo que —señala— amerita considerarlo desierto. En ese orden, entiende que el escrito de expresión de agravios no se circunscribe al punto pertinente atacado en oportunidad de interponer la reposición (fs. 185) e incorpora agravios en contra el decreto de fecha 16/02/2017, el que nunca fue impugnado en tiempo y forma.

Seguidamente, niega que le asista razón a la apelante ya que los sucesivos incumplimientos a que alude el decreto están presentes en

autos desde el inicio de las actuaciones. Agrega que en virtud de esto, en más de una oportunidad la recurrente fue apercibida de imponerle una sanción en caso de persistir en los incumplimientos al acuerdo arribado. Asegura que el decreto apelado agrega más constancias de incumplimientos al régimen comunicacional por parte de la Sra. R. y la Jueza estima pertinente aplicar sanciones pecuniarias, a fin de compelerla para que acate lo ordenado.

Explica que ahí está la prueba que ordena agregar a autos la Jueza de Familia y ahí está el fundamento que dice la apelante no existir. Destaca que por decreto de fs. 125 de fecha 26/12/2013 se hace saber a la Sra. R. que deberá observar estrictamente el acuerdo de fs. 1 bajo apercibimiento de aplicar astreintes; que éste se le apercibió, notificó y quedó consentido, por lo que la sanción no puede ser considerada ni extemporánea, ni infundada y mucho menos que afectó su derecho de defensa en juicio. Estima que la medida tomada es justificada, aunque no sea compartida por la apelante. A su vez niega que le asista razón a la recurrente cuando asegura que la Sra. Jueza de Familia omitió describir cuál es el cálculo que realiza para aplicar diez jus, en concepto de astreintes, ya que del escrito de fs. 3 surge claramente que se aplicará un jus por cada día de incumplimiento.

Finalmente, niega que se haya afectado el derecho de defensa en juicio a la señora R., pues el hecho de que el decreto de concesión del recurso de apelación amplíe el decreto impugnado, no le quita validez ni completitud a este último. Como corolario, hace alusión a la Convención de los Derechos del Niño y a la supremacía del interés superior de éste. De todo lo expuesto infiere que frente al incumplimiento reiterado e irreductible de la apelante debe rechazarse el recurso de apelación intentado, con costas a la contraria. A lo largo de su escrito cita jurisprudencia y doctrina que entiende avala su postura.

IV) A su turno, la Asesora de Familia de Cuarto Turno, Myriam

M. Rebuffo, a cargo de la Asesoría de Familia de Quinto Turno, señala que de las constancias obradas surge que la progenitora obstaculizó el derecho a la coparentalidad del niño, lo que motivo los diferentes emplazamientos formulados oportunamente por el Tribunal. Manifiesta que, conforme al proveído de fecha 26/12/2016, se le hizo saber a la señora R. que debía observar estrictamente el sistema comunicacional pactado con fecha 07/09/2016 bajo apercibimiento de aplicar astreintes en su contra, en la suma de pesos equivalente a un jus diario por cada día de incumplimiento debidamente acreditado; decreto que quedó firme y consentido por ambas partes.

Afirma que es por este motivo que la recurrente no puede manifestar que el decisorio atacado carecía de fundamentación. Expresa que, según prescribe el art. 804 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, resulta justa y equitativa la condenación de carácter pecuniario a fin de compeler a la progenitora a observar adecuadamente el régimen comunicacional. Explica que la quejosa yerra en cuanto argumenta que el decisorio que cuestiona no explica el cálculo realizado para la imposición de la multa, ya que el mismo fue efectuado conforme a derecho por decreto de fecha 26/12/2016.

Expone que la señora R. no hace más que disentir con lo resuelto por el Tribunal, puesto que no logra demostrar con sus argumentaciones cómo se consumó el vicio y se rompió el iter lógico del decisorio que ataca. Agrega que la expresión de agravios para ser tal debe señalar los errores fundamentales de la resolución y aportar elementos para demostrar que es errónea, injusta o contraria a derecho. Por otro lado, dice que de las constancias obradas surge que la señora R. no permitió el cumplimiento en forma del sistema comunicacional, vulnerando de ese modo el derecho a la coparentalidad del niño, lo que justifica la toma de medidas que garanticen la efectiva observancia del derecho en juego. De lo expuesto concluye que el recurso en cuestión carece de fundamentación, limitándose a reiterar los argumentos expuestos al

plantear la reposición con apelación en subsidio en contra del proveído cuestionado. Finalmente destaca que, a su vez, la quejosa agrega cuestionamientos relativos al decreto de fecha 12/02/2017, proveído que no fue atacado oportunamente.

Por todo lo expuesto considera se debe rechazar el recurso deducido y confirmarse lo resuelto por la Jueza de Primera Instancia.

V) Se anticipa que el planteo recursivo no puede ser admitido. Las quejas de la recurrente se centran en: a) Que la decisión adoptada carece de fundamentación suficiente lo que la transforma en arbitraria. b) Que no se valoraron correctamente las constancias de la causa en relación a la orden de restricción que regía entre las partes. c) Que la prueba evaluada a los fines de aplicar la sanción no le resulta oponible. 1. Preliminarmente es dable señalar que el caso tiene como antecedente el régimen comunicacional paterno-filial ordenado en autos y el pedido de aplicación de sanciones conminatorias por parte del señor A. G. P., ante los incumplimientos de la señora M. A. R.. En este escenario, y para encuadrar el tratamiento de las quejas, debe advertirse que las sanciones conminatorias o "astreintes" están previstas por el art. 804 del Cód. Civil y Comercial (art. 666 bis del derogado Cód. Civil) que expresa: "Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder." Estas sanciones constituyen un medio compulsivo conferido a los magistrados para que sus mandatos sean acatados por aquellos que intervengan en el proceso, con miras a que su imposición logre doblegar la voluntad renuente del constreñido al cumplimiento.

La aplicación de sanciones conminatorias supone como condición esencial la existencia de una orden judicial no cumplida y que no se



satisface pese a ser factible su realización. (confr. Ossola, Federico Alejandro, Cap. II: Las astreintes y los incumplimientos en el régimen comunicacional en Régimen Comunicacional. Visión doctrinaria, Dir. Faraoni Fabián Eduardo y otros, Nuevo Enfoque Jurídico, 2011, ps. 466-515; Belluscio, Claudio A., "Derecho de visitas: Las Astreintes frente al impedimento de contacto paterno filial", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año V, Nro. 8, Septiembre 2013, Dir. Mendez Costa, María J. y otros, LA LEY, ps. 57-62). Se aclara que dichas multas operan como obligaciones de dar sumas de dinero. En efecto, esta herramienta técnica-jurídica está destinada a lograr el acatamiento de decisiones tribunalicias, por lo que, en consecuencia, requiere como condición necesaria que ese "deber de conducta" haya sido impuesto en una resolución judicial firme.

Ello así, pues el fin último es sancionar la desobediencia a las órdenes o mandatos de los jueces, puesto que tal proceder atenta contra el poder de "imperio" de los magistrados. De ello se sigue que "La principal finalidad de las 'sanciones conminatorias' es fortalecer el poder de imperium de los magistrados, y darles un arma eficaz para doblegar la resistencia contumaz de un litigante que no cumple con obligaciones que surgen de una 'resolución' judicial (...)". (Moisset de Espanés, Luis, "Sanciones conminatorias o 'astreintes': Obligaciones a las que son aplicables", LA LEY 1983-D-128). En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación manifestó en relación al tema que la aplicación de astreintes "(...) tienen como finalidad compeler el cumplimiento de un mandato judicial y que alcanzan a quienes, después de dictadas, persisten en desentenderse injustificadamente de aquél" (confr. "Caraballo, Jorge Oscar y otros c. Policía Federal Argentina y otro", 02/03/2010, C.1919.XLI.RHE, T. 333 P.138). Sin perjuicio de ello y como bien señala la doctrina provincial (Ossola, ob. cit. p. 468), si bien la finalidad inmediata de las astreintes es el cumplimiento de la manda judicial, existe una finalidad mediata que

es la de garantizar —en este caso— el régimen comunicacional vigente, que resulta en beneficio del niño y su progenitor no conviviente.

2. Bajo estos conceptos se ingresa al tratamiento de los agravios expuestos. a) Como primer reclamo la recurrente alega que el decreto de fecha tres de febrero de dos mil diecisiete carece de fundamentación por lo que la sanción aplicada resulta arbitraria y debe ser revocada. Sobre este punto se observa que si bien el proveído impugnado resulta insuficiente para habilitar la sanción aplicada, ello quedo salvado cuando en la contestación a la reposición la Juez, por decreto de fecha 16/02/2017, amplió los fundamentos que dieron lugar a la aplicación de las astreintes. En virtud de ello, se afirma que no es correcto lo que sostiene la apelante en relación a la imposibilidad de la Sentenciante de ampliar el proveído por haber precluido la oportunidad para realizar dicha corrección. En efecto, el recurso de reposición tiene por finalidad que el juez reexamine la cuestión y, si encuentra razón al impugnante, lo revoque por contrario imperio. De igual modo, si considera que el decreto es ajustado a derecho, nada obsta a que pueda efectuar las aclaraciones que correspondan y, en su caso, como ha sucedido en autos dar los argumentos por los cuales entendió que la sanción debió ser aplicada. De ello se infiere que no existe preclusión para las facultades del juez de reparar el error cometido, por lo que la queja que se trata debe ser desestimada. b) Con relación al segundo agravio invocado por la recurrente, referido a que no se tuvo en cuenta la orden de restricción que regía sobre los progenitores del niño de autos, se entiende que aquel no pasa de ser una mera disconformidad con el análisis realizado por la Juez.

La exposición efectuada por la impugnante no rebate las motivaciones esenciales del pronunciamiento, cuya solución deriva de razones con sustento fáctico y jurídico, es decir, que las censuras formuladas no alcanzan a conmovier tales fundamentos y configuran

una simple divergencia con lo decidido por no convenirle a su postura. Estos argumentos resultan meras alegaciones inadecuadas para fundar el recurso que intenta y su expresión no conforma una crítica concreta y razonada de la parte de la resolución que se estima equivocada. En tal sentido ya se expresó nuestro Máximo Tribunal (Cfr. TSJ, Sala Civil y Comercial, AI N° 362, de fecha 03/11/2010, en autos: "Robino de Falco Francisca Ada - Testamentario - Incidente de Regulación de Honorarios de Néstor Alejandro Gómez - Recurso Directo" y A.I. N° 419 de fecha 07/12/2010 en autos: "Hillar Puxeduu Néstor Alejandro c. Gutiérrez Marina Haydee - Abreviado - Cobro de Pesos - Recurso Directo), como así también este Tribunal en reiteradas ocasiones (A. N° 239, 27/10/2015, "Incidente de aumento de cuota alimentaria en autos: P., J. C. - D., F. L. - Divorcio Vincular - No contencioso - Cuerpo"; A. N°: 201, 29/09/2015, "N., M. I. DEL C. c. J", entre otros).

No obstante ello y para satisfacción de la recurrente, cuadra agregar que las censuras intentadas sobre este aspecto de la resolución se encuentran debidamente zanjadas, ya que por decreto de fecha once de octubre de dos mil dieciséis que obra a fs. 36 de los autos principales que se tienen a la vista, la Magistrada advierte la existencia de la orden de restricción vigente y, para evitar cualquier enfrentamiento entre los progenitores, dispone que el niño sea entregado por interpósita persona, soslayando de esta manera todo contacto personal entre el Sr. P. y la Sra. R.. Se destaca que este proveído (11/10/2016) se encuentra firme, por lo que la apelante no puede en esta etapa invocar, como causal de imposibilidad de cumplir con el régimen pactado, la orden de restricción que los regía. Es que como bien señala la Jueza de la instancia anterior, en el decreto que ahora se ataca, la restricción fue dispuesta para los progenitores y no para su hijo, por lo que salvado el inconveniente de la entrega en forma directa por los padres al disponerse que lo sea por un familiar del Sr. P., no existía ningún motivo para que el régimen de

comunicación no se cumpliera conforme lo acordado por las partes y establecido por el Tribunal. Esta queja por lo tanto no puede ser admitida.c) Finalmente se agravia la Sra. R. porque la prueba en virtud de la cual se le aplican las astreintes no le resulta oponible. En referencia a ello se considera que, más allá del valor de prueba adjudicado por la Juzgadora a las exposiciones policiales, la falta objetiva de cumplimiento ha quedado probada por sus propias manifestaciones al expresar agravios, en cuanto sostiene que la orden de restricción dispuesta implicó un obstáculo al cumplimiento cabal del acuerdo celebrado por las partes de fecha siete de noviembre de dos mil dieciséis (fs. 21vta.). Esta sola manifestación echa por tierra sus impugnaciones a las exposiciones policiales acompañadas por el Sr. M. (fs. 4/10) y que fueran valoradas por la Magistrada para aplicar las astreintes. En este orden se entiende que ante el expreso reconocimiento de la Sra. R., en cuanto a que la orden de restricción imposibilitaba el cumplimiento del régimen de comunicación, no queda más que concluir que efectivamente las constancias policiales acompañadas resultaban ciertas y oponibles a la apelante.

Por otra parte hace presumir su conducta incumplidora el hecho que emplazada la Sra. R., por decreto de fecha veintiséis de diciembre de dos mil dieciséis (ver fs. 3 de estos autos), para que cumpla el régimen de visitas pactado bajo apercibimiento de astreintes, deja vencer el término sin realizar ningún cuestionamiento, por lo que dicho proveído queda firme y consentido. Todas estas razones, así como la coincidente opinión de la Representante Complementaria del niño de autos, conllevan a desechar las quejas ensayadas y, en consecuencia, confirmar lo resuelto. Como corolario de lo expuesto el recurso de apelación que se trata debe ser desestimado.

V) De acuerdo a la solución que se propicia, corresponde disponer que las costas por la actividad desplegada en esta instancia sean soportadas por la impugnante vencida, señora M. A. R. (art. 130,

CPC). En su mérito, corresponde regular los honorarios de la abogada C. M., a cuyo fin se toma como base lo que fue materia de discusión en la alzada, esto es, el monto de las astreintes impuestas en primera instancia que asciende a la suma de pesos cinco mil ciento cincuenta y nueve con cuarenta centavos (\$5.159,40). A tenor de lo dispuesto por el art. 39, incs. 5° de la ley citada, corresponde tomar el punto mínimo de la escala del art. 36 (mínimo 20% y máximo 25%), esto es el veinte por ciento (20%). Según lo dispuesto por el art. 40 del C.A. se estima razonable fijar el punto mínimo del treinta por ciento (30%), es decir, veinte por ciento por treinta por ciento igual a seis por ciento ( $20\% \times 30\% = 6\%$ ). Realizados los cálculos de rigor resulta que los honorarios por las tareas realizadas en la alzada por la referida letrada no alcanzan al mínimo legal, por lo que sus estipendios quedan establecidos en la suma de pesos cinco mil cuatrocientos veintitrés con cuarenta y cuatro centavos (\$5.423,44), equivalente a ocho (8) jus conforme su valor al día de la fecha (\$677,93) (art. 40 del Código Arancelario).

No procede regular honorarios a la letrada apoderada de la Sra. M. A. R., abogada C. M. N., conforme a lo dispuesto por los arts. 1, 2 y 26 de la Ley 9459. Por todo lo expuesto, disposiciones legales citadas, lo establecido por el art. 142 y concordantes de la Ley 10.305 y por unanimidad, el Tribunal. resuelve: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la señora M. A. R. y, en consecuencia, confirmar el proveído de fecha tres de febrero de dos mil diecisiete, dictado por la Juez de Familia de Tercera Nominación, Pamela Virginia del Huerto Ossola de Ambroggio y, en consecuencia, confirmarlo en todo cuanto ha sido materia de ataque.

II) Imponer las costas en la alzada a la señora M. A. R. (art. 130 C. de P.C.). Regular los honorarios de la abogada C. M. M., en la suma de pesos cinco mil cuatrocientos veintitrés con cuarenta y cuatro centavos (\$5.423,44) equivalente a ocho (8) jus, conforme su valor al día de la fecha (\$677,93) (art. 40 C.A.). No regular honorarios a la

abogada C. M. N. (arts. 1, 2 y 26 del C.A.). III) Protocolícese, hágase saber y oportunamente bajen los autos al Juzgado de origen, a sus efectos. —