

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**J.H.A. Y OTRO S/HOMOLOGACION DE CONVENIO (FLIA.)**", (**JNQFA4 EXP N° 74065/2015**), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **José I. NOACCO** dijo:

I. a) La progenitora, L.Vanesa C., interpuso recurso de reposición con apelación en subsidio contra la resolución dictada el 28 de abril de 2021 (fs. 114), por la que se le impuso una multa diaria en concepto de astreintes de \$ 500,00 (v. ingreso web n° 134261, fa. 119/vta.).

Dijo que a partir de los reiterados hechos de violencia que ha llevado a cabo el progenitor de la menor en distintas oportunidades y, en especial, el realizado últimamente en el domicilio de su parte, la niña comenzó a manifestarle que no tenía deseos de ver a su padre.

Reconoció que si bien resulta imprescindible que J. S. tenga el debido contacto con el Sr. J., tal como fue acordado, no puede ni debe obligar a su hija a realizar la revinculación con su padre si ella no está dispuesta o no desea hacerlo.

Indicó que decidió comenzar a tratar a la niña con una psicóloga, la Lic. María José Schneider, quien la asiste desde el día 18 de marzo de 2021 hasta el presente, con el objeto que la niña logre superar con el tratamiento psicoterapéutico el cuadro de angustia que atraviesa y poder de ese modo que vuelva a querer tener contacto con el progenitor.

Solicitó, por ello, se deje sin efecto la multa impuesta en su contra hasta tanto la menor sea revisada por el

Gabinete Interdisciplinario y tome la debida intervención la Defensora de Menores, para evitar se le cause un mal mayor a la niña.

Acompañó en un certificado médico extendido por la Lic. Schneider, en tal oportunidad.

b) El progenitor, Sr. H.A. J., contestó el traslado corrido del recurso, en sentido adverso a su procedencia (v. ingreso web n° 139668, fs. 121/122 vta.).

Efectuó un recuento de lo actuado, lo que le permitió concluir en que el incumplimiento de la Sra. C. al acuerdo arribado en autos es notable, al negársele el contacto y la comunicación con la niña, en forma abusiva y arbitraria

c) A fs. 128/vta., obra el dictamen efectuado por la Defensoría del Niño y del Adolescente n° 3, por el que se propició la confirmación de la imposición de astreintes.

d) El 22 de junio de 2021 (fs. 131/133 vta.) la jueza de grado rechazó la revocatoria interpuesta por la progenitora y concedió la apelación interpuesta en subsidio, resolución que aclaró el 24 de junio de 2021 (fs. 135/vta.), respecto de las costas y la regulación de honorarios por el incidente en cuestión.

II. De un recuento de lo actuado, se observa que las partes recientemente han celebrado un acuerdo mediante el cual establecieron las formas de concretarse el régimen de comunicación anteriormente pactado, el que fue homologado por la jueza de la causa el 7 de abril de 2021 (fs. 104).

Dado los incumplimientos del régimen pactado, denunciados por el progenitor (cfr. ingreso web n° 129204, fs. 111/113 vta.), la a quo impuso a la Sra. C. la suma de \$ 500,00 en concepto de astreintes por día de incumplimiento el 28 de abril de 2021 (fs. 114), en relación a las intimaciones

cursadas con anterioridad al nuevo régimen pactado; resolución objeto del presente análisis.

La recurrente, por su parte, insiste en que no cumple con lo acordado como consecuencia de la negativa de la niña a vincularse con su padre, en orden a los reiterados actos de violencia que éste ha protagonizado, conforme las denuncias que fue acreditando en la causa; mientras que el progenitor, responsabiliza a la madre de tal incumplimiento, como de obstaculizar y prohibir su comunicación con la hija en común.

III. Pues bien, de autos surge que el cumplimiento del plan de parentalidad cuya homologación dio origen a esta causa, conforme surge de la resolución dictada el 21 de diciembre de 2015 (fs. 6), puntualmente en lo que respecta al régimen de relación y comunicación, tuvo inconvenientes al tiempo de su inicio.

Nótese que en el incumplimiento del mismo convergen, además de la conducta de la madre, la confrontación con el progenitor, la conducta de éste y los sucesivos pedidos de cambios de modalidad y cuidado personal que efectuó a lo largo del trámite en orden a dichas desavenencias.

Por otra parte, se advierte que la a quo aplica directamente las astreintes como consecuencia de las intimaciones cursadas a la progenitora con anterioridad a la nueva modalidad acordada por la partes y que ella misma homologó con fecha 7 de abril de 2021, sin que a partir de allí obre en la causa una anterior conminación al cumplimiento del mismo, con determinación de la multa. Es decir, no se ha observado la faz conminatoria, pasando a la faz de penalidad (cfr. esta Sala, en "Abadie y otro s/ homologación de convenio", exp. n° 64519/2014, 8 de febrero de 2018; en igual sentido, Mizrahi, Mauricio Luis, "Medidas civiles para la

efectividad de la comunicación filial”, LA LEY 15/09/2014, 15/09/2014, 1 - LA LEY 2014-E, 838, TR LALEY AR/DOC/3053/2014).

No obstante lo cual y en orden al modo en que ha quedado conformada la cuestión, corresponde evaluar en esta instancia la existencia y entidad del incumplimiento del acuerdo arribado por los litigantes respecto del régimen de comunicación de J. S. con el progenitor no conviviente, sin perderse de vista que tal comunicación constituye un derecho a favor del interés superior de la niña.

Federico Alejandro Ossola señala que para la aplicación de las astreintes debe verificarse en los hechos el incumplimiento de la resolución judicial (elemento objetivo) y la conducta imputable al sujeto incumpliente, ya sea a título de dolo o culpa (elemento subjetivo). Y ante la comprobación de este incumplimiento, es el sujeto pasivo de la obligación quién debe acreditar las circunstancias que eximan la imputabilidad (cfr. aut. cit., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. V, pág. 256).

Aplicando estas pautas al contexto aquí trazado, en el que los padres se responsabilizan mutuamente por la imposibilidad de dar cumplimiento al régimen que, se repite, ellos mismos acordaron, y sin pasar por alto que la magistrada de grado ha escuchado a la niña con anterioridad a homologar el último convenio (cfr. acta de audiencia del 11 de marzo de 2021, fs. 88), lo cierto es que ambos reconocen que J. S. necesita la ayuda de profesionales psicólogos que la acompañen y asistan, conforme lo expusieron en el escrito recursivo y su conteste.

Sin embargo, no se cuenta al momento con un informe de la profesional psicóloga que trata la niña avalado

en el trámite (v. fs. 131, 22/6/2021, primer y segundo párrafo), ni con un informe pericial psicológico respecto de ellos, por lo que resulta prematuro culpar exclusivamente a la progenitora.

Esta conclusión determina que deba revocarse el resolutorio que aplica las astreintes, el que además, no ayuda a la pacificación de las relaciones familiares, extremo éste necesario para el normal desarrollo de la hija de las partes (en igual sentido, esta Sala II en diferentes composiciones, en las causas n° 60199/2013 del 10/11/2016, n° 64269/2014 del 20/12/2018 y n 93357/2018 del 27/6/2019).

Para lo cual y del mismo modo en que lo propuso la Sra. Defensora en su dictamen, resulta de toda necesidad recordarles a los progenitores que, más allá de los avatares de su relación personal, frente a su hija conforman una familia, por lo que su foco debe estar puesto en el mejor interés de J. S.

En ese sentido, quizás resulte conveniente una nueva escucha de la niña respecto a cuál es el modo en que quiere estar con su papá, sin resignar el derecho de éste a mantener una adecuada comunicación como progenitor no conviviente, debiendo ambos padres asumir la obligación de propiciar la vinculación paterno-filial sobre esa base; como así también, contar con informes psicológicos que den cuenta de la situación de la niña, como la de sus progenitores, a fin de evaluarse la posibilidad de continuar con la modificación respecto a la modalidad del régimen de comunicación recientemente establecida o bien, propiciar los cambios que resulten convenientes a tal fin por las vías adecuadas.

IV. Como correlato de lo expuesto, propongo al Acuerdo: 1) hacer lugar al recurso de apelación de la progenitora, revocándose el resolutorio apelado y su

aclaratorio; 2) hacer saber a la magistrada de grado la conveniencia de una nueva escucha de la niña, como la de contarse en autos con informes psicológicos de ambos progenitores y de J. S., a los fines indicados en los Considerandos; 3) imponer las costas de ambas instancias por su orden, en orden a los inconvenientes habidos en el cumplimiento del régimen de comunicación y sus distintas causa, pudiendo entender las partes tuvieron razón fundada para litigar (arts. 69 y 68, 2da. parte CPCyC); 4) regular los honorarios profesionales de los letrados Javier Palazzolo y Florencia Sagasti, patrocinantes del Sr. J., como los del letrado Juan Manuel Talarico, patrocinante de la Sra. C., en la suma de \$19.720,00 a cada uno de ellos por su actuación en la primera instancia (art. 9, 35, 49 y ccs., de la ley 1594); 5) fijar los honorarios de Alzada, en el 30% de las sumas recién fijadas y por igual representación (art. 15, ley 1594).

Patricia CLERICI dijo:

He de disentir parcialmente con la opinión del señor Vocal preopinante.

Surge de estas actuaciones que el padre de la niña viene denunciando el impedimento de contacto desde el mes de diciembre de 2017 (fs. 49), como así también que le asiste razón en orden a que tales impedimentos son generados por la madre de la niña.

Del intercambio de mensajes de WhatsApp de fs. 63/65, 72 y 76/78 -no impugnados por las partes- se advierte que ante cada pedido o propuesta del padre para ver a su hija, las respuestas brindadas por la madre negaban al padre la posibilidad de estar con la hija hasta tanto se resolvieran "las cosas" en la justicia.

Luego, logrado un acuerdo judicial, el que se encuentra homologado (fs. 104) y habiendo manifestado la niña

su deseo de mantener contacto con su papá, señalando expresamente que el mismo no podía lograrse porque su madre le había dicho "que tenía que firmar unos papeles" (fs. 88), lo convenido nunca tuvo ejecución porque el mismo día que debía darse inicio al régimen de comunicación acordado (23 de abril de 2021), la madre alegó que la hija no quería ir a Plaza Huincul con su papá y tampoco ha querido hablar con él (fs. 110 vta.).

Y, cuando plantea la revocatoria con apelación en subsidio de la providencia que le aplica una multa diaria por incumplimiento del régimen de comunicación, la madre acompaña el certificado emitido por una profesional psicóloga, en el cual consta que requirió la intervención profesional para acompañar a su hija "por la conflictiva judicial que atraviesa frente al papá de la niña" y que la niña evidencia "muchísima angustia frente a las situaciones vividas" (fs. 118).

Advierto, entonces, que existe una conducta obstructiva por parte de la madre, que obstaculiza la efectivización de la adecuada comunicación que debe existir entre la niña y el progenitor no conviviente. Y que es esta conducta la que, en definitiva, ocasiona los conflictos judiciales, frente a los cuales la persona menor de edad - lógicamente- reacciona angustiándose.

Ahora bien, tal como lo ha puesto de manifiesto el señor Vocal preopinante, no se ha cumplido en autos con el íter necesario para la aplicación de astreintes, ya que las intimaciones formuladas a la progenitora bajo apercibimiento de aplicar aquella multa procesal refirieron al anterior régimen de comunicación, el que fue reemplazado por el homologado a fs. 104. Consecuentemente coincido con el primer voto en la revocación del resolutorio apelado.

También estoy de acuerdo con lo manifestado por mi colega de Sala en orden a la conveniencia de escuchar nuevamente a la niña, previa evaluación por profesionales del gabinete interdisciplinario.

Sin embargo, teniendo en cuenta que los niños y niñas no son objetos de derecho, que puedan ser tratados por los padres como cosas de su pertenencia, sino sujetos de derecho; y que la niña de autos tiene derecho a mantener una adecuada comunicación con su papá, el interés superior de J.S. requiere que se efectivice el régimen de comunicación oportunamente acordado por los progenitores y homologado por la jueza de la causa.

Consecuentemente, entiendo que debe intimarse a la progenitora para que dé inmediato cumplimiento al régimen de comunicación homologado a fs. 104 bajo apercibimiento de aplicar astreintes, reiterando lo dispuesto por la jueza de grado a fs. 117, en orden a que los incumplimientos a dicho régimen son elementos que pueden ser considerados en su contra, si es que se solicita el cambio del régimen de cuidados personales.

En síntesis, adhiero al primer voto en cuanto revoca la resolución recurrida, y hace saber la conveniencia de una nueva escucha de la niña, y de contar con informes psicológicos de ambos progenitores y de la hija de las partes, pero en el ínterin, el régimen de comunicación debe ser cumplido, por lo que propongo se formule la intimación precisada en el párrafo anterior.

En lo que refiere a costas y honorarios adhiero al primer voto.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con la vocal **Cecilia PAMPHILE, quien manifiesta:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la magistrada Patricia CLERICI, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala II, POR MAYORIA**

RESUELVE:

I.- Revocar la resolución dictada el 28 de abril de 2021 (fs. 114) y su aclaratorio de fecha 3 de mayo del año 2021 (fs. 117), intimando a la progenitora para que dé inmediato cumplimiento al régimen de comunicación homologado a fs. 104 bajo apercibimiento de aplicar astreintes; haciéndole saber a la magistrada de grado la conveniencia de una nueva escucha de la niña, como la de contarse en autos con informes psicológicos de ambos progenitores y de J. S.-

II.- Imponer las costas de ambas instancias por su orden (arts. 69 y 68, 2da. parte CPCyC).-

III.- Regular los honorarios profesionales de los letrados Javier Palazzolo y Florencia Sagasti, patrocinantes del Sr. J., como los del letrado Juan Manuel Talarico, patrocinante de la Sra. C., en la suma de \$ a cada uno de ellos por su actuación en la primera instancia (art. 9, 35, 49 y ccs., de la ley 1594); y fijar los honorarios de Alzada, en el 30% de las sumas recién fijadas y por igual representación (art. 15, ley 1594).-

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.-

PATRICIA CLERICI
Jueza

JOSÉ I. NOACCO
Juez

CECILIA PAMPHILE
Jueza

MICAELA ROSALES
Secretaria