



PODER JUDICIAL  
DE NEUQUÉN

NEUQUÉN, 17 de febrero del año 2021.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"M. C. C. M. C/ G. J. P. S/ RESTITUCIÓN"** (JRSCI1 EXP 14451/2020) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y

**CONSIDERANDO:**

1. Contra la resolución dictada en fecha 31/08/2020 (hojas 90/91) apela la accionante en hojas 97/99.

Refiere que el sentenciante ha denegado la restitución de los hijos menores a su domicilio, esto es, el hogar familiar, donde reside su parte, sosteniendo que no se acredita la vulneración de los derechos del niño y de la adolescente en la casa del Sr. G., y por lo tanto, mantiene la situación de hecho iniciada a fines de diciembre de 2019, esto es, el régimen de cuidado unipersonal en favor del demandado.

Entiende que el demandado, al oponerse sin proponer alternativas o canales de comunicación entre J. y J. con su parte, y que hasta no más de seis meses convivían con ella, está afectando no sólo los derechos de la actora sino también el de los menores.

Señala que debe tenerse en cuenta la actitud procesal del Sr. G., quien no procura mantener un canal de diálogo y comunicación abierta y libre de los menores con su madre.

Sostiene que el impedimento de contacto, la obstrucción a los derechos de comunicación de su parte con sus hijos, la imposibilidad de que se resuelva un régimen, son hechos que acreditan la vulneración al desarrollo progresivo y autónomo de un menor.

Alega que no se han valorado en forma integral las pruebas rendidas en autos y que tampoco se ha resuelto con perspectiva de género, vulnerando los derechos de su parte y de sus hijos.

Solicita que se deje sin efecto la sentencia apelada, se posibilite a su parte que sus hijos regresen al hogar, o en su caso, se resuelva el régimen de comunicación con retiro del hogar paterno y pernocte.

Por último, requiere que se ordenen las medidas adecuadas a fin de que el demandado permita la comunicación personal y sin intermediarios de los menores con su parte y su familia materna.

Sustanciado el recurso, la contraria guarda silencio.

La Sra. Defensora Adjunta de los Derechos del Niño y el Adolescente dictamina en hojas 109, propiciando la confirmación de lo resuelto por el juez de grado.

**2.** Así planteada la cuestión traída a resolución de esta Sala, es necesario precisar que la acción intentada asume la fisonomía de un proceso urgente de naturaleza eminentemente cautelar, que se sustenta en la existencia de una alteración por vías de hecho, del centro de vida del niño.

Cabe señalar, en tal sentido, "que la adopción de medidas cautelares en el derecho de familia presenta características propias y diferentes, si se tiene en cuenta que no se hallan supeditadas a probar la verosimilitud del derecho con el alcance que se le asigna a las medidas cautelares en el orden patrimonial. Es que se dictan con los elementos que surgen "prima facie" de la causa, que pueden variar y tienden a la tutela de los menores. El criterio cautelar en materia de tenencia de menores debe contemplar muy especialmente el mantenimiento del estado de cosas mientras dure el proceso, salvo que circunstancias extraordinarias

aconsejen apartarse de esa solución (conf. CNCiv. esta Sala C, R. 486.758 del 13/9/07)..."

Asimismo, "es dable puntualizar que a fin de resolver la cuestión, habrá de velarse por el primordial interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño -art. 3.1.- impone a toda autoridad en los asuntos concernientes a la infancia que estriba en satisfacer las necesidades de aquél del mejor modo posible para la formación de su personalidad (CSJN, 17/4/07, "A., C. c. D. C., M. A. - D., G. N.", en DJ 2007-2, 548, voto en disidencia del doctor Fayt)."

"Vale decir, que objetivamente se satisface el llamado interés superior del niño cuando se lo reconoce en todos los ámbitos -incluso en el familiar- como sujeto de derecho pleno, cuando se le brindan las condiciones para desarrollar una vida digna, haciendo realidad sus derechos económicos, sociales y culturales, cuando se respeta su derecho a crecer y desarrollarse en el seno de su propia familia; cuando se preserva su centro de vida, resguardándolo de cortes abruptos; cuando se le enseña a convivir en el respeto al principio de solidaridad familiar, vedando conductas abusivas, etc."

"La solución que se proponga debe permitir al hijo la construcción y afianzamiento de un vínculo entre ambos progenitores, habida cuenta la represión que el fortalecimiento de esa relación tendrá respecto de la salud psíquica de la joven..." (**CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA C**, "B. J. C. c. M. M. N. s/ incidente familia", 31/10/2013, Cita Online: AR/JUR/79196/2013).

A partir de tales lineamientos y tras el examen de las presentes actuaciones, entendemos que la decisión adoptada por el juez de grado no puede ser modificada.

Llega firme a esta instancia la falta de acuerdo respecto a la forma en que las partes asumen el cuidado

personal de J. y J. y no se encuentra cuestionado que en forma previa al 26/12/2019, los niños residían en forma principal, en el domicilio de la progenitora, actora en los presentes.

Se observa, asimismo, que no existe trámite iniciado para determinar la modalidad de cuidado ni para regular un régimen de comunicación.

Luego, no pueden soslayarse las particularidades del presente, en el que, si bien se dio curso a la acción por el trámite sumarísimo (cfr. hoja 15 vta.), una vez trabada la litis no se proveyeron las pruebas ofrecidas por las partes en sus respectivos escritos postulatorios, las que incluían evaluaciones psicológicas a las partes y a los menores, así como también informe socio ambiental para conocer las condiciones de vida de los menores (cfr. hojas 14 y 36).

En este contexto procesal, se advierte que el Juez de grado resolvió únicamente a partir de la entrevista de los menores con la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente y de la audiencia de partes (cfr. hojas 84 y 85).

Así, el agravio de la recurrente en punto a que el magistrado no valoró en forma integral las pruebas rendidas en autos, carece de todo sustento.

Justamente, tal carencia de prueba y de elementos suficientes, determina la imposibilidad de modificar la situación de los menores existente al momento de resolver, más allá de que resulte reprochable el origen de la situación que dio lugar a la presente causa.

Es que, no puede ignorarse a esta altura del trámite, que los menores han vivido con su padre durante todo el transcurso del año 2020 en la localidad de San Patricio del Chañar, en donde se encuentran desarrollando su vida familiar, escolar y social, y que no se verifica -en principio, reiteramos, a partir de los escasos elementos obrantes en la

causa- una situación que determine la vulneración de sus derechos.

A ello debe sumarse que los menores fueron escuchados por la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, y que los mismos se expresaron en el sentido de continuar conviviendo con su progenitor (hoja 84).

Si bien entendemos que la escucha de los niños no debe ser el único elemento a considerar para arribar a una decisión que los involucre, es necesario ponderar este elemento a partir del principio de capacidad o autonomía progresiva.

Al respecto se ha puntualizado que *«...El mentado principio implica la participación del niño en la realización de sus derechos, siempre de acuerdo con el grado madurativo y discernimiento alcanzado. Ahora bien, su inclusión significa la disminución de la distancia existente entre Derecho y realidad, al revelar que las necesidades de los niños y adolescentes son diferentes a las de los adultos, y que por ello merecen los primeros un plus de derechos y de protección. Ahora bien, ¿los niños y adolescentes, a su vez, tienen los mismos derechos o les caben las mismas consideraciones? La respuesta se impone. El reconocimiento de los niños y adolescentes como sujetos de derechos implica, internamente, distinguir el grado de participación que el ordenamiento jurídico puede concederle o limitarle a los niños y a los adolescentes.*

*En este sentido, es sabido que el ejercicio de los derechos del niño es progresivo. Dicho de otro modo, todos los niños tienen los mismos derechos al nacer, por el sólo hecho de ser personas, pero su ejercicio depende de la evolución de sus facultades. A los padres u otras personas encargadas de su cuidado les corresponde impartir "orientación y dirección"*

*apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad federal.*

*Así, al entender que el niño tiene derecho a desarrollar progresivamente el ejercicio autónomo de sus derechos, se supera el vetusto argumento que consideraba a los padres detentadores de una cuas propiedad sobre sus hijos.*

*Los estudios sobre psicología evolutiva nos enseñan que el arribo a la adultez implica un proceso en el cual el niño pasa por distintas etapas de desarrollo físico, mental y espiritual. A partir de los últimos años de la niñez, el niño está preparado para buscar una identidad y una existencia independientes de las de sus progenitores. Y así es que las diferentes etapas por las que atraviesa el niño determinan una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder.*

*A medida que el niño crece, adquiere discernimiento para comprender el sentido de sus acciones, y, al mismo tiempo, ello implica darle la posibilidad de ejercer y defender sus derechos, siendo así partícipe directo de su propio proceso de desarrollo y madurez. En suma, la noción de autonomía progresiva no está sujeta a una edad cronológica determinada, sino que habrá que verificar en cada caso el discernimiento del niño, su madurez intelectual, psicológica y el suficiente entendimiento. A la vez, se debe tener en cuenta el tipo de acto o hecho de que se trate para analizar, en cada caso, la edad y grado de madurez que se necesita para la efectiva comprensión de la situación planteada, y así si se cuenta con la autonomía adecuada para ejercer por sí determinados derechos. De ahí que la autonomía progresiva no debe interpretarse como un proceso gradual de aumento de la intensidad de los derechos sólo teniéndose en cuenta la edad. Como expresa Alessandro Baratta, no hay edad del niño y no hay ámbito institucional o informal de las relaciones niños-*

adultos en el cual la vigencia del principio normativo sea menos intensa.

Así, el Código reconoce que es tan dañino o violatorio al principio del interés superior del niño impedir el ejercicio de derechos de manera autónoma por parte de los hijos cuando ellos están en condiciones de hacerlo como, la inversa, habilitarlos a decidir por sí cuando no se encuentran preparados para ello. Lograr el equilibrio es uno de los desafíos más complejos que debió afrontar el Código por aplicación del principio de autonomía progresiva...» (LORENZETTI, Ricardo Luis (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo IV, Art. 639, pag. 274-275).

Ahora bien, a más de tales consideraciones, no debe dejarse de lado que no existe una comprobada situación de riesgo que determine que J. y J. no puedan tener contacto con su progenitora.

En orden a ello, deberá la parte interesada iniciar las acciones correspondientes -cuidado personal y/o régimen de comunicación- para que en dicho marco el juez de grado determine y garantice en forma cautelar y urgente una fluida comunicación entre la progenitora y sus hijos (cfr. arts. 651, 652 y cc. del CCyC).

A tal efecto, deberá ponderarse -entre otros elementos- la situación de abuso denunciada en hojas 70 (presentación web de fecha 20/07/2020) y eventuales acciones iniciadas a partir de la misma, lo cual no surge acreditado en estas actuaciones.

Cabe recordar que, tal como lo ha indicado el Magistrado en diversas oportunidades (cfr. hojas 40vta., 85), la presente vía procesal no resulta hábil para zanjar cuestiones que tienen un marco procesal más idóneo -en términos de amplitud de debate y prueba-, para atender al

cuidado personal y al régimen de comunicación de niños y adolescentes.

Ello determina, en definitiva, la inadmisión del recurso en los términos en que se plantea.

Las costas de esta instancia se imponen por su orden, en atención a la materia bajo tratamiento y a las particularidades del caso.

Por ello, esta **Sala I**

**RESUELVE:**

**1.-** Rechazar el recurso de apelación deducido por la accionante, y en consecuencia, confirmar el pronunciamiento de fecha 31/08/2020 (hojas 90/91).

**2.-** Imponer las costas de esta instancia por su orden y regular los honorarios de la letrada interviniente en la Alzada, Dra. ..., en el 30% de lo que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

**3.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

**Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI**

**Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA**