



NEUQUEN, 30 de Marzo del año 2017.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**P. M. C. A. C/ B. H. V. A. S/ INC DE APELACION E/A 65308/14**", (JNQFA3 INC N° 1203/2016), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela **ROSALES** y, puestos los autos para resolver, el **Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO** dijo:

La parte demandada interpone recurso de apelación contra la resolución de fs. 33/34 de este cuadernillo, en cuanto amplía el régimen de contacto provisorio entre la actora y su hija, el cual se fijara desde el viernes a las 18:30 hasta esa misma hora del día domingo.

Se agravia pues entiende que la resolución ha violado el derecho a ser oída que tiene la niña y el principio del interés superior del niño que debe operar como principio rector.

Abunda en cuestiones conceptuales que hacen al carácter fundamental que tiene el derecho a ser oído, tanto desde lo doctrinario como desde su consagración en Tratados e Instrumentos Internacionales y su recepción legislativa en nuestro país.

Destaca el carácter fundamental que tiene el mismo y luego, enfocándose en el caso en particular, sostiene que el derecho en cuestión ha sido vulnerado en cuanto la niña claramente expresó que no quiere vivir con su mamá.

En segundo lugar se agravia pues entiende que la resolución ha violado en forma palmaria el principio rector del interés superior del niño pues no se tuvo en cuenta su presentación de fs. 116/117 la que, según expresa, acompaña a los agravios.



A fs. 44 contesta los agravios la actora señalando que las entrevistas vinculares dan acabada cuenta de las expectativas y deseos de la niña y además de la existencia de un vínculo materno filial.

Agrega que la niña ha mantenido audiencias en sede judicial, de modo que no advierte el agravio de la recurrente en ese sentido.

Expresa que la tía de la niña busca consolidar una situación de hecho irregular privando a K.V. de su derecho a mantener un vínculo y una adecuada comunicación con su madre biológica y sus hermanos.

A fs. 49 obra dictamen de la Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente, que propicia la confirmación de la resolución apelada, destaca que efectivamente la niña fue escuchada en dos ocasiones y que sus opiniones también fueron receptadas en los informes del Gabinete que fundamentaron la decisión en crisis.

II.- De la lectura de las actuaciones surge que la resolución apelada es del día 19 de octubre de 2016 y que el recurso fue concedido con efecto devolutivo, lo cual lleva a concluir que a esta altura lo resuelto ya ha sido cumplido y probablemente la nueva evaluación del desarrollo del régimen dispuesta ya ha sido realizado por el Gabinete Interdisciplinario.

No obstante ello y teniendo en cuenta el tenor de los agravios, los cuales se dirigen a objetar dos cuestiones centrales en relación a lo que la demandad entiende son violaciones a los derechos de la niña, resulta oportuno dar respuesta a los mismos.

En primer lugar y con respecto al derecho a ser oído he de coincidir con lo señalado por la actora al contestar los agravios y por la Defensora, en cuanto ambas



puntualizan que efectivamente la niña mantuvo dos entrevistas en sede judicial el 2 de febrero y el 29 de septiembre del año 2.016.

Así, y tratándose de una decisión que claramente habría de afectarla, la niña manifestó inicialmente el deseo de **no querer vivir con su mamá** "... Comenta que C. (su mamá) le preguntó si quería vivir con ella y ella le dijo que no quiere" -fs. 75- y luego el 29 de septiembre -fs. 32- el acta de audiencia da cuenta de que: "**...resulta imposible abordar con K. el tema referente al contacto con su progenitora** pues la niña refiere que su mamá es la tía V. ..."

A ello cabe agregar que -tal como indicara la Defensora- la Jueza funda su decisión en el informe del Gabinete Interdisciplinario en el cual surge no solo que la niña fue entrevistada, sino que se observó su interacción con la mamá y en alguna ocasión con uno de sus hermanos, lo que llevara a la Licenciada Larchel Giunta a aconsejar que se implemente una modalidad de contacto con mayor continuidad y fluidez.

En este aspecto, es importante diferenciar lo que es el derecho a ser oído del niño y la recuperación de esa voz a través de terceros, que median entre el niño dice y el Juez.

Sin embargo en el caso concreto y de conformidad al principio de autonomía progresiva, el informe de la psicóloga aparece como una pieza importante teniendo en cuenta que a esa edad una forma de "hablar" con el niño es a partir de su observación en distintos ámbitos y a través de profesionales cuya competencia reside en una capacidad de escucha especialmente entrenada.

Al respecto he tenido ocasión de señalar: "Me preocupa, para insistir, que el juez prefiera satisfacer sus



*propias convicciones de vida, antes que las del niño -a quien desde luego, asignará escaso papel en esa determinación, y bajo poder decisonal. Acá es donde, me parece, la prueba técnica tiene un rol importante que jugar. **Esa prueba debería ser la base, junto a la opinión del niño, sobre la cual el juez fundará su decisión, Y sobre lo cual deberá hacerse cargo.** Quiero insistir en que la prueba técnica, típicamente conocida como prueba pericial, no debe reemplazar la labor del juez. Sino, cosa distinta, elevar la carga argumentativa de éste- haciendo que las cosas sean más difíciles para el juez que quiera ver sus propias convicciones satisfechas." ("Razonamiento judicial y derechos del niño: de ventrílocuos y marionetas" Domingo Lovera Parmo - Justicia y Derechos del Niño N° 10 - pág. 56 y sgtes. UNICEF Cono Sur en [www.UNICEF.org.ar](http://www.UNICEF.org.ar)). ("DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE S/ INC. DE APELACIÓN E/A64858/14.-", (Expte. N° 607/2014)-Sala II-24/9/2014)*

*Asimismo señalábamos en el caso: "Es claro que su participación y su voz no resultarán vinculantes para el Juez, como no los son ni las alegaciones de un actor o un demandado en un proceso de índole patrimonial, pues el Juez en definitiva deberá decidir teniendo en mira el interés superior del niño -que podrá o no coincidir con el interés individual del niño que se trate, pero lo que a esta altura no podemos ignorar -so pena de incurrir en graves responsabilidades de orden internacional por violación a Tratados Internacionales, es que lo que el niño tenga para decir **debe formar parte de la decisión jurisdiccional que se tome cuando lo que se afecta son derechos de los cuales él es titular** y tiene derecho a ejercerlos conforme los criterio de autonomía progresiva."*

*Así: "Para determinar el superior interés del niño es imprescindible recabar su opinión en cuanto sujeto de derecho, lo que a esta altura de la evolución de la doctrina*



*es una afirmación que se demuestra por sí misma. Sin tener en cuenta la opinión del niño, la invocación de su interés superior será un acto puramente paternalista. El niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior... Se puede decir que sin tener en cuenta los deseos y sentimientos del niño al momento de definir o dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico, deviniendo únicamente un acto de autoridad del mundo adulto, una muestra de autoritarismo concebido como el ejercicio de la autoridad sin el apoyo de la razón."*  
("Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes"  
Ricardo Pérez Manrique - pág. 249 - en Justicia y Derechos del Niño n° 8 [www.unicef.cl](http://www.unicef.cl)).

En el caso de autos entiendo que dichas circunstancias fueron tenidas en cuenta, pues la ampliación del régimen se dispuso en función de la valoración de lo desarrollado durante las entrevistas vinculares en las cuales se logró observar la persistencia del vínculo y la ausencia de riesgos en profundizar la relación entre la niña y su mamá.

En cuanto al interés superior del niño, entendido como la satisfacción integral de sus derechos, la decisión adoptada es respetuosa de la pauta señalada pues propone intensificar la vinculación con la madre, y ello que implica a su vez la posibilidad de entablar relación con sus hermanos quienes forman parte de su familia.

Asimismo, al disponer que el régimen sea transitorio y luego de tres meses de cumplimiento se reevalúe también resulta prudente en relación a resguardar los deseos de la niña.

En ese sentido destaco que, en definitiva la decisión apelada no resolvió reintegrar a la niña a su madre sino resguardar el vínculo con ésta, vínculo que según



surgiera de las entrevistas realizadas en el Gabinete Interdisciplinario, subsiste pese al tiempo que no tuvieron contacto, destacando asimismo que no existen indicadores que permitan valorar riesgo en la relación entre ambas.

**La Dra. Patricia CLERICI dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

**RESUELVE:**

I.- Confirmar la resolución de fs. 33/34 en todo lo que ha sido materia agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la demandada perdidosa (art. 69, CPCyC), difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

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

**Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici**

**Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA**