NEUQUEN, 31 de octubre del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"V. A. M. I. C/ D. R. D. S/ INC. DE ELEVACION (E/A 77210/16)"**, (**JNQFA4 INC** Nº **1273/2017**), 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, de acuerdo con el orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la resolución interlocutoria de fs. 25/26 vta., que rechaza el pedido de suspensión del régimen de comunicación provisorio fijado, haciéndose saber a la progenitora de la persona menor de edad que, en caso de acreditarse una nueva retención del niño fuera del régimen de comunicación pautado, se procederá a suspender provisoriamente el régimen de comunicación.

a) El recurrente dice que oportunamente solicitó la suspensión del régimen de comunicación, señalando que, en todo caso, se estableciera un régimen de comunicación supervisado por el equipo interdisciplinario y conforme pautas de cumplimiento para que sean acatadas por la madre.

Destaca que con fecha 25 de noviembre de 2016 el juez de grado tuvo que librar mandamiento de reintegro, en tanto la progenitora incumplió con el régimen de comunicación y decidió no restituir a T., dejándolo consigo durante tres días, sin avisar al padre, reintegrándolo luego de la infructuosa diligencia del oficial de justicia.

Dice que luego la madre dejó de ir a buscar al hijo por un tiempo, habiendo retomado el contacto a fines de diciembre de 2016; y que el día 17 de enero de 2017, retiró al

niño del hogar paterno, pero no lo reintegró a las 19,00 horas, conforme estaba establecido, sino que lo retuvo con ella durante dos semanas. Agrega que durante ese tiempo no mantuvo ningún tipo de comunicación con el padre, y que fueron infructuosos los intentos de encontrar a T. en el domicilio de la mamá.

Sigue diciendo que a raíz de una búsqueda iniciada en las redes sociales fue informado que T. y su mamá estaban viviendo en la ciudad de Plottier, por lo que, habiendo sido informado el juzgado, el a quo libró nuevo mandamiento de restitución, cumpliéndose la restitución del niño al padre a través del oficial de justicia.

Afirma que el niño atravesó situaciones de riesgo mientras estuvo con su mamá, las que fueron denunciadas al a quo, protagonizando hechos tan graves como haber sido salvado por el tío de ahogarse en un canal de riego, o que mientas el niño dormía la mamá mantenía relaciones sexuales con su pareja, en la misma cama.

Sostiene que el niño tiene actividades escolares y extraescolares, las que fueron informadas en el expediente.

Denuncia que ni la Defensora de los Derechos del Niño ni la jueza de grado escucharon a la persona menor de edad, a fin de que ésta se exprese respecto de las situaciones vividas.

Tilda de erróneo el dictamen de la Defensoría de los Derechos del Niño por cuanto el padre pidió que se escuchara nuevamente a T. para poder dilucidar si las situaciones que vivió durante los días que estuvo con la mamá eran ciertas, y no para que el niño manifestara si deseaba o no mantener contacto con la madre.

Cuestiona la conclusión del resolutorio recurrido en ordena a que las situaciones de riesgo no han sido

probadas, ya que no se escuchó al niño, entendiendo que éste con sus seis años puede expresarse libremente acerca de todo lo que sucede en su vida cotidiana.

Se refiere al derecho de los niños y niñas a ser oídos.

Considera que la conclusión del fallo de primera instancia respecto a que, en tanto el régimen de comunicación no incluye pernoctes, no se verifica el riesgo de que la progenitora mantenga relaciones sexuales delante del niño, constituye una ofensa al sentido común.

Señala que no es intención de su parte cuestionar la vida íntima de la madre, y menos aún en que momento del día mantiene relaciones sexuales, pero si lo es que se tomen los recaudos necesarios para que el hijo de las partes no presencie tales actos.

Insiste en los incumplimientos de la madre al régimen de comunicación provisorio, entendiendo que existe un alto grado de posibilidad que en lo sucesivo vuelva a incumplir con dicho régimen.

Cita jurisprudencia.

Propone la intervención del Ministerio de Desarrollo Social, dado que el a quo ha dicho que la función de supervisión excede al equipo interdisciplinario, por ser el órgano de aplicación de la ley 2.302, a fin de que a través de la Dirección de Fortalecimiento Familiar se intervenga en la situación de autos.

Recuerda que actualmente T. cursa 1er. grado en el turno tarde, en la Escuela Primaria n° 235 del Barrio Sapere, y que además asiste a una fonoaudióloga dos veces por semana, en horas de la mañana, y va a la escuelita de fútbol los días martes y viernes, a la salida de la escuela.

b) La parte actora no contesta el traslado de la expresión de agravios.

c) A fs. 37 obra dictamen de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, donde se señala que se ha mantenido entrevista con T., quién sostuvo su deseo de mantener contacto con su mamá; en tanto que la resolución recurrida se encuentra en consonancia con lo propuesto en fecha 19 de mayo de 2017.

Agrega que siendo la suspensión del régimen de comunicación una medida cautelar excepcional, por cuanto restringe el derecho del niño a mantener un adecuado contacto con el progenitor no conviviente, no obrando en autos elementos que ameriten la suspensión de la medida, estima prudente mantener la resolución de grado.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, resulta importante destacar que la terminología que ahora utiliza el Código Civil y Comercial para referirse a lo que con el régimen anterior era el derecho de visitas, no es un mero remplazo de palabras o frases, sino que importa un cambio de concepción respecto de la institución que involucra la queja bajo análisis.

Mariel Molina de Juan refiere que hablar de régimen de visitas resultaba incorrecto o, cuanto menos, insuficiente, pues no alcanzaba a connotar el amplio contenido que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a favor de determinados sujetos: *“Es que el derecho en juego excede con creces el significado del término visitas, y refiere a lazos más profundos que de ningún modo pueden satisfacerse con encuentros fugaces y superficiales. Implica una comunicación fluida que responde a un requerimiento de afecto y contribuye al mantenimiento de vínculos en cuya perduración y solidez se encuentra interesada la sociedad toda porque definen y*

sustentan a la familia” (cfr. aut. cit., “Tratado de Derecho de Familia”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. II, pág. 376).

Consecuentemente, y como bien lo señala la Defensora de los Derechos del Niño, la comunicación fluida entre padres e hijos es la regla, y la suspensión o alteración de esta regla es excepcional, y debe encontrarse fundada, principalmente, en el interés superior del niño o niña involucrados.

Conforme lo sostiene el a quo en su resolución, la relación entre los padres de T. no es buena, existiendo un entrecruzamiento de denuncias y acusaciones en torno a la situación del hijo y lo mejor para su desarrollo y cuidado. Cabe señalar que el apelante ha consentido esta conclusión.

Desgraciadamente, y como es habitual en estos supuestos, la conducta de los adultos afecta al niño, y pareciera que los progenitores no son conscientes, o lo que es peor, no les interesa, el daño que sus actitudes y posicionamientos ocasionan a la persona menor de edad.

Es por ello que la solución a la controversia traída a conocimiento de la Alzada ha de ser otorgada teniendo en miras el interés superior de T..

Desde esta perspectiva, y conforme lo han puesto de manifiesto el juez de grado y la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, T. tiene derecho a mantener una comunicación fluida con su mamá, no conviviente.

Es cierto que el padre denuncia una serie de riesgos a los que se habría visto expuesto el niño en ocasión de estar con su mamá, y sin perjuicio de destacar que ellos son serios, tal como se dice en el resolutorio cuestionado, ninguno se encuentra probado. En tanto que en el expediente principal poco se ha avanzado, hasta el momento, en orden a contar con los informes periciales pertinentes.

Es por ello que el régimen de comunicación provisorio establecido por el juzgado no ha de ser suspendido.

III.- Sin embargo, no puedo pasar por alto que la conducta de la progenitora solamente trasluce incumplimiento de las pautas fijadas por el juzgado respecto del régimen de comunicación provisorio.

No es un dato menor que de las constancias de autos surge que en dos oportunidades la madre ha retenido al niño más allá del horario establecido para su reintegro al hogar paterno, situación que se ha mantenido durante días y que ha obligado a que debiera acudirse al oficial de justicia –mandamiento de restitución mediante- para obtener la adecuación de la conducta materna a lo resuelto por la jueza de la causa.

Esta conducta afecta el interés superior de T., en tanto no se le brinda el marco de seguridad que el niño necesita para su desarrollo personal, y se lo somete a imprevistos, como es el no regreso al hogar en el que vive, a la vez que se le hace vivenciar situaciones impropias para cualquier niño de su edad, como es tener que ser retirado del domicilio de la madre con la intervención del oficial de justicia.

Por otra parte, se encuentra acreditado con las constancias de autos que la actora mudó su domicilio, sin haber dado cuenta de ello en el expediente ni comunicado al progenitor, circunstancia que no sólo entorpeció la restitución del hijo de las partes, sino que constituye una violación a la regla de la buena fe que el at. 706 del Código Civil y Comercial consagra para los procesos de familia.

“Se consagra en los procesos de familia el respeto a los principios de buena fe y lealtad procesal, que hacen al principio más amplio de moralidad… Trátase de deberes

jurídicos de contenido ético que pesan sobre las partes…" (cfr. Ferreyra de De La Rúa, Angelina – Bertoldi de Fourcade, María Virginia – De Los Santos, Mabel, "Tratado…", T. IV, pág. 435/436).

Resulta contrario a los principios antedichos la omisión de denunciar el nuevo domicilio, en tanto tal omisión importó una obstaculización en el trámite procesal.

Consecuentemente, y si bien no corresponde suspender el régimen de comunicación provisorio, si entiendo necesario modificarlo a efectos de preservar el interés superior del niño de autos.

En tal sentido, teniendo en cuenta el horario escolar de T., y sus actividades extraescolares, como así también la necesidad de evitar la reiteración de situaciones como las señaladas en este apartado, el régimen provisorio de comunicación se llevará a cabo durante dos días a la semana –excluidos los fines de semana-, con una duración de dos horas diarias, debiendo la progenitora proponer un lugar para la realización de los encuentros distinto a su domicilio, preferentemente en espacios públicos, como así también los días y horarios, los que deben respetar las actividades escolares y extraescolares del hijo. A tal fin debe el padre informar, dentro de los dos días de quedar firme la presente, los días y horarios asignados al tratamiento fonoaudiológico.

Se mantiene la resolución del a quo en orden a hacer saber a la progenitora que cualquier nuevo incumplimiento a una resolución judicial determinará la suspensión del régimen de comunicación provisorio; a la vez que también se hace saber al progenitor que toda obstaculización o entorpecimiento para la concreción y desarrollo del régimen de comunicación materno-filial constituye un antecedente desfavorable para determinar el

cuidado personal del hijo, en tanto es demostración de falta de responsabilidad parental.

IV.- Conforme lo dicho, se rechaza el recurso de apelación de la parte demandada, y se confirma el resolutorio de grado, modificándose el régimen de comunicación provisorio en los términos establecidos en el Considerando IV, haciendo saber al progenitor lo dicho en el último párrafo del Considerando referido.

Las costas por la actuación ante la Alzada son a cargo del recurrente (art. 69, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales de la Dra. ... –letrada patrocinante de la parte demandada- en la suma de $ 600,00, por su actuación ante la Alzada y conforme lo prescripto por los arts. 9, 15 y 35 de la ley 1.594.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

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

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar la resolución interlocutoria de fs. 25/26 vta., modificándose el régimen de comunicación provisorio en los términos establecidos en el Considerando IV, haciendo saber al progenitor lo dicho en el último párrafo del Considerando referido.

II.- Imponer las costas de la Alzada al recurrente perdidoso (art. 69, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales de la Dra. ... –letrada patrocinante de la parte demandada- en la suma de $ 600,00, por su actuación ante la Alzada y conforme lo prescripto por los arts. 9, 15 y 35 de la ley 1.594.

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

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia Clerici
Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA