NEUQUEN, 28 de febrero de 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados **"R. J. L. C/ M. G. M. S/ REGIMEN DE COMUNICACION"** (**JNQFA3 EXP** Nº **79348/2016**) venidos en apelación a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. **GHISINI** y Marcelo J. **MEDORI,** con la presencia del Secretario actuante Dr. Oscar **SQUETINO**, y de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Ghisini, dijo:**

I.- Contra la resolución obrante a fs. 78/81 que fija un régimen de visitas a favor del progenitor, apela éste último a fs. 85.

II.- En su memorial de agravios que luce a fs. 87/88, cuestiona el régimen de comunicación establecido por entender que el mismo resulta de imposible cumplimiento para su parte, ya que en su escrito de demanda expuso que trabajaba en relación de dependencia de lunes a viernes de 8 a 20 horas –con descanso al mediodía- y los sábados de 8 a 14 hs., como vendedor viajante en las localidades de Rincón de los Sauces, Añelo, 25 de Mayo, etc.

Se agravia que la magistrada, atendiendo los deseos del menor ante ella, determine que dos veces por semana tenga que retirar a su hijo a la salida de la escuela (17,15 hs.) y permanecer con él cuatro horas para luego reintegrarlo a su hogar materno.

Destaca, que el régimen de comunicación propuesto en la demanda, en función de su carga laboral, no incluía las visitas durante la semana, por lo que entiende no se le puede imponer una carga de imposible cumplimiento, máxime cuando no lo había solicitado.

A fs. 90 y vta., la demandada contesta el traslado del recurso, solicitándose el rechazo del mismo con costas.

A fs. 92 dictamina la Sra. Defensora del Niño, quien propicia que se debe hacer lugar al recurso interpuesto, ya que a pesar de haber dictaminado en el sentido de respetar los deseos y necesidades del niño a la hora de fijar el sistema de comunicación, lo cierto es que también se deberá tener en cuenta las posibilidades del padre no conviviente, quien ha expuesto desde el inicio de las actuaciones, -al interponer la demanda- cuáles son sus horarios laborales.

Por tanto, propone que se fije un nuevo régimen, que respete el deseo del niño de no pernoctar en el domicilio paterno, pero que se adecúe al horario laboral de éste último, pudiendo disponerse de forma alternada los días sábados y domingos por la mañana y por la tarde.

III.- Ingresando al estudio de la cuestión planteada, si bien debo enfatizar que la razón fundamental debe centrarse en el interés del niño, en tanto los hijos son sujetos de derecho y no objeto del derecho de los mayores, lo que debe primar es el "interés superior del niño", verdadera matriz de toda decisión en este campo.

Y, como señala Mizrahi que *“En toda comunicación materno o paterno-filial, en lugar de hablar de "derechos subjetivos" —muy cuestionada su existencia ya que aquí no debe tolerarse la operatividad de intereses egoístas— lo que realmente está ínsito en ella, reiteramos, es una función familiar, en consideración a que su objetivo apunta en esencia a atender las necesidades afectivas, educacionales y el desarrollo armónico y equilibrado de la personalidad del niño, resguardando su mundo psicológico y espiritual; y, precisamente, una buena instrumentación del vínculo hace a la correcta formación y educación de los hijos; y en esta tarea se verifica un indiscutible interés social. Por eso, todas las actuaciones del adulto que lleva a cabo el contacto son funcionales; de manera que sólo pueden ejercitarse teniendo a la vista el fin perseguido, sin que se admita apartarse de él.*

El eje delimitador del instituto lo constituye, obviamente, el interés del niño; y ello debe ser así porque dicho interés es la guía medular para el adecuado funcionamiento de aquél. Resulta útil recordar acá la naturaleza del régimen jurídico en análisis, el que está indiscutiblemente gobernado por el orden público, lo que hace que todos los preceptos relativos al niño sean imperativos, irrenunciables, intransigibles e imprescriptibles (art. 2, Ley 26061). En resumidas cuentas, las directrices aplicables tienen que estar orientadas a priorizar el favor filii, el pro-filio, o el también llamado bonum minores, el que ha de regir por sobre cualquier otro interés que intervenga en el caso...” (cfr. Mizrahi, Mauricio Luis “Régimen de comunicación de los padres con los hijos”, Publicado en: LA LEY 10/03/2014, 1 LA LEY 2014-B, 545 LA LEY 10/03/2014, 1 DFyP 2014 (mayo), 16).

“Sin duda, vale la pena destacar que la comunicación materno o paterno-filial requiere, antes que todo, de relaciones personales y regulares. Su objetivo, por ende, es que se consolide un vínculo afectivo con ambos padres con la mayor plenitud factible, tras el mantenimiento de un trato fluido y estable que permitirá que se robustezca a diario la relación y que ambos padres puedan ejercer su rol y función de la manera más eficaz. La idea, entonces, es reparar —aunque sea parcialmente— el desquiciamiento provocado por la ruptura de la unión de los padres. Claro está que no se trata de una tarea sencilla; pues ya la misma intervención judicial ha de quitar espontaneidad al contacto, el que debiera constituir una saludable rutina cotidiana que no exija la intervención de terceros, por más que se traten de jueces o de auxiliares del tribunal” (cfr. STILERMAN, Marta N., "Menores. Tenencia. Régimen de visitas", p. 132, ed. Universidad, Buenos Aires, 1991).

Analizadas las constancias de la causa, observo que la a quo ha basado su resolución en la entrevista personal que mantuvo con el niño, para fijar el régimen de comunicación aquí controvertido por el progenitor.

Es cierto que conforme al artículo 12 de la Convención, los Estados partes deben garantizar que los niños puedan expresar su opinión, pero también lo es que debe contemplarse que éstos estén en condiciones de formarse un juicio propio y, aún en estos casos, esto no implica que el niño decida.

Como señala Marcelo López Mesa: *"...bien se ha dicho que la voluntad del menor, libremente expresada en entrevistas desarrolladas sin la presencia de sus progenitores, reviste particular importancia para la decisión del Tribunal, quien debe garantizarle a aquél, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez (Cám. Nac. Civ., sala K, 29/11/1995 -M. de C., S. E. v. S. de S., R. N. s/régimen de visitas) JA 1999-IV-síntesis, RDF 1998-12-222)… la Convención de los derechos del niño, que establece el derecho de éstos a ser oídos y su recepción en el art. 3 y cctes. de la ley 26.061, pueden juzgarse utilizando una aguda expresión del Prof. Yves Benhamou quien dijera que "Este instrumento internacional no hace más que poner en ejercicio en su art. 12, premisas de una nueva ciudadanía, el derecho de expresión del niño, quien ahora cada vez que es dotado de un discernimiento suficiente, debe ser oído, entendido y defendido en todos los procedimientos contenciosos o administrativos que le conciernan" (Benhamou, Yves, "Réflexions en vue d"une meilleure défense en justice de l"enfant", en Recueil Dalloz 1993, sec. Chroniques, p. 103).*

Claro que el derecho del menor a ser oído no debe llevarse a extremos inconvenientes, como sería tornar a ese solo elemento en el único factor dirimente de disputas que los involucren. No se trata de establecer en el proceso de familia una dictadura del menor ni la supremacía absoluta de la voluntad de éste. Pero en aquellas ocasiones en que se aprecia en el menor a un ser juicioso, bien plantado, cuyo juicio no aparece como manipulado o inducido, debe tenerse en cuenta su preferencia, máxime cuando objetivamente aparece ella como la solución más conveniente a sus intereses..." (cfr. Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, S., E. B. c. N., J. C. 10/02/2010 Publicado en: La Ley Online Cita online: AR/JUR/6503/2010).

Es que el Juez debe valorar la opinión teniendo en cuenta la edad y la madurez y, en el caso de autos, no puede perderse de vista que el niño tenía al momento de ser entrevistado, 10 años de edad.

Pero más allá de ello, que de por sí es relevante, también: "...*debe tenerse en claro que oír al menor no significa aceptar incondicionalmente su deseo; en otros términos, la palabra del menor no conforma la decisión misma; el niño no debe pensar que él debe elegir entre su madre y su padre, y que de su opinión, exclusivamente, depende la decisión judicial, el juez resolverá priorizando el interés del menor; para tomar esta decisión tendrá en cuenta sus argumentos, lo que no implica acogerlos plenamente pues del mismo modo escucha al litigante, aunque no comparta la solución que la parte le propone (...) En la 'lectura' de los dichos del menor, el juez suficientemente capacitado deberá desentrañar cual es la voluntad real, más allá de lo declarado sobre base de eventuales adoctrinamientos e interferencias" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho constitucional del menor a ser oído", en Rev. de Derecho Privado y Comunitario Nro. 7, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 177. En similar*

sentido, Gil Domínguez, Andrés; Famá, María V.; Herrera, Marisa, Derecho constitucional de familia, Ediar, Bs. As., 2006, T° I, p. 574).

En definitiva, por todas estas consideraciones y de conformidad a lo dictaminado por la Sra. Defensora del Niño a fs. 92, entiendo que la resolución de grado debe ser modificada, de modo tal que el régimen de comunicación, respete por un lado los deseos y necesidades del niño pero también se deberán tener en cuenta las posibilidades del padre no conviviente, en virtud de los horarios laborales de éste último.

Consecuentemente, propongo al Acuerdo, fijar un nuevo régimen, que respete el deseo del niño de no pernoctar en el domicilio paterno, pero que se adecúe al horario laboral del progenitor, pudiendo disponerse de forma alternada los días sábados y domingos sin pernocte. El fin de semana asignado al padre, se llevará a cabo del siguiente modo: El día sábado lo retirará del domicilio materno a las 16 hs. y lo deberá reintegrar al mismo lugar luego de la cena. El domingo lo pasará a buscar por el domicilio de la mamá a las 9 horas y lo reintegrará a dicho lugar luego de la cena. En caso de coincidir dichos horarios con actividades extraescolares del niño, el padre deberá llevarlo y acompañarlo a las mismas.

En relación al día del padre y de la madre, a los cumpleaños de éstos y de J. M., las fiestas y las vacaciones, se mantendrá lo establecido en primera instancia por llegar firme a esta Alzada.

Es necesario recordar que el objetivo de la función familiar se orienta principalmente a atender las necesidades afectivas, educacionales y el desarrollo armónico y equilibrado de la personalidad del niño, y que una buena instrumentación del vínculo hace a su correcta formación y educación; y en esta tarea se verifica un indiscutible rol del papá, quién al fortalecer el vínculo con su hijo demostrando

un verdadero interés, podrá alcanzar su fin perseguido –pernocte-, y J. M. un contacto más asiduo con su padre, tal como de alguna manera se lo hiciera saber a la jueza de grado en la entrevista personal mantenida.

Claro está que lo expuesto, es sin perjuicio que, por el carácter provisional que la cosa juzgada tiene en esta materia, pueda adoptarse una decisión diferente ante la modificación de la plataforma fáctica aquí ponderada: todas las decisiones relativas el ejercicio de los derechos de cuidado sobre el hijo así como a su vinculación, en fin, lo referido al ejercicio de la responsabilidad parental, revisten carácter mutable y no definitivo, son esencialmente revocables de acuerdo a la conveniencia de los hijos menores y las circunstancias en que se fundó su dictado frente a las actuales (STJ Tierra del Fuego, 08/10/1997, “B.A.B. v. T., M.H.”, LL 1998-F-571, AR/JUR/23/1997).

En atención a la forma como se resuelve las costas se impondrán en el orden causado.

TAL MI VOTO.

El Dr. Medori, dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Modificar la resolución de fs. 78/81 en los términos del considerando respectivo, con costas en el orden causado.

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

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO