



NEUQUÉN, 20 de septiembre del año 2019

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**S. E. A. Y OTRO C/ S. C. E. D. L. A. Y OTRO S/ REGIMEN DE COMUNICACIÓN**" (**JNQFA3 EXP 86023/2017**) 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. Los actores apelan la resolución dictada en hojas 159/161 que rechaza la demanda interpuesta, mediante la cual solicitaron la fijación de un régimen de comunicación respecto de sus nietos.

Expresan sus agravios en hojas 164/167.

En primer lugar se agravian porque la jueza toma como cierta la manifestación de los codemandados de que los niños fueron víctimas de violencia, cuando de autos no surge prueba alguna que avale sus dichos.

Señalan que nunca se acreditó violencia de parte de los actores hacia los menores, sin perjuicio de la mala relación entre los progenitores.

Sostienen que la Jueza hace primar el interés superior de los niños por sobre el derecho de los abuelos en base, por lo menos en este punto, a dichos, y no a pruebas producidas.

En segundo orden, se agravian por la errónea valoración de los testimonios. Expresan que se da mayor relevancia a las testimoniales de la parte demandada, de las que, si bien surge que hay mala relación entre abuelos y progenitores, en ningún momento surge como saben los testigos lo que están manifestando.

Señalan que los testimonios producidos por su parte, a diferencia de los traídos por la demandada, dan su relato de lo vivenciado y no de lo que contaron, resultando mucho más valiosos.

En tercer lugar se agravian por la ausencia de autenticidad en los dichos de los menores. Entienden que, teniendo en cuenta la situación reflejada con la prueba producida en autos -como son los testigos contrapuestos, antecedentes de violencia familiar, antecedentes penales del codemandado-, la valoración de los dichos de los menores debió ser diferente y acompañada de la opinión de un experto, ya sea un psiquiatra o psicólogo, a efectos de desentrañar el verdadero estado emocional de los niños, la veracidad de sus dichos y su capacidad de decidir por sí solos si quieren o no ver a sus abuelos.

Así, entienden que la jueza debió indagar un poco más y no quedarse solo con la entrevista, teniendo en cuenta el interés superior del niño y estando frente a niños supuestamente maltratados y cuyos padres nada hicieron.

Luego, los actores se agravian por la falta de consideración de la prueba instrumental, concretamente, los expedientes del juzgado de familia y del juzgado penal.

Señalan que de los mismos surge que desde el año 2013 su parte denunció el sometimiento de su hija por parte del Sr.

P. y las situaciones de violencia vividas, denuncias que fueron reiteradas año a año y que de hecho terminaron con la exclusión del hogar del señor P.. Agregan que con motivo de la situación familiar, el juzgado de familia otorgó la guarda de los menores a su parte, guarda que su propia hija, instigada por el Sr. P., irrumpió escapando a la Ciudad de Centenario.

Así, sostienen que de la lectura de los expedientes que en copia certificada se encuentran agregados al presente surge claramente que los abuelos no metieron preso al progenitor de sus nietos sino un juez que ante las constancias del expediente así lo entendió correcto, que los progenitores demandados se separaron por cuestiones de violencia y los progenitores sustrajeron a los menores de la guarda de los abuelos pese a las órdenes impartidas por el Juzgado de Familia de la Ciudad de Tartagal, y que siempre fue esa parte la que veló por el interés de los menores y no la contraria.

Entienden como conclusión necesaria, que la oposición por parte de la demandada a la fijación de un régimen de comunicación solo obedece a la mala relación existente entre las hijas de los actores y éstos, y no a los malos tratos supuestamente propinados por éstos hacia sus nietos, malos tratos que solo están acreditados en principio por dos testigos de la contraria, cuyo testimonio es de dudosa valoración.

Agregan que, de haberlo analizado de esa manera, se podría haber fijado un régimen de comunión paulatino entre abuelos y nietos, para que no se vea conculcado ni los derechos de los niños ni los de los abuelos.

En último lugar se agravian por la imposición de las costas en un 70%, entendiendo que debieron imponerse en el

orden causado, toda vez que se vieron obligados a litigar en búsqueda del contacto con sus nietos ante la imposibilidad de lograrlo de manera extrajudicial.

Sustanciados los agravios, la contraria contesta en hojas 171/172vta. Solicitan su rechazo, con costas.

En hojas 174 dictamina la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, quien propicia la confirmación del pronunciamiento de grado.

2. Ahora bien, "el derecho de comunicación se refiere a la posibilidad de acceder, ejercitar y obtener ayuda y colaboración necesarias para mantener y preservar el vínculo paterno-filial con cada uno de sus progenitores, con los demás parientes y con las personas que resulten familiarmente significativas. Es responsabilidad del Estado, proveer ayuda y colaboración para garantizarlo, sea en forma directa o indirecta."

Es que "el derecho reconocido por el Código Civil y Comercial se conecta esencialmente con el derecho humano a la vida familiar, pues garantiza la vinculación de niños y personas incapaces o con capacidad restringida, enfermas o imposibilitadas, con personas significativamente relevantes para su vida íntima y familiar. Este derecho a la vida familiar se encuentra reconocido en varios instrumentos internacionales; entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También ha sido una materia intensamente abordada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que a través de una metódica y evolutiva jurisprudencia fue interpretando el Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos con relación a la vida familiar" ("Tratado de Derecho de Familia según el Código

Civil y Comercial de 2014 - Aída Kemelmajer de Carlucci-Marisa Herrera-Nora Lloveras- Tomo II arts. 509 a 593 pág. 373).

2.1. En este contexto, el art. 555 del Código Civil y Comercial, tras fijar como principio general el derecho a obtener un régimen de comunicación, admite una serie de excepciones que encuentran fundamento en el posible menoscabo que su realización pueda acarrear en el plano de la salud física o moral de los interesados.

De allí que *"el derecho de comunicación de los abuelos no puede limitarse ni negarse sino por razones graves que demuestren que la relación con sus nietos resulta nociva para éstos, puesto que se debe partir de la idea de que, si no se advierten aquellos graves motivos, la vinculación del niño con sus abuelos es altamente positiva, y por ende, forma parte del mejor interés del niño que ello suceda"* (Segunda Cámara Civil, Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, T.M. c. F.A. p/reg. visitas, 08/05/2008, LS 118-137).

3. Ahora bien, lo que resulta claro de las constancias obrantes en estas actuaciones es la existencia de una grave conflictiva entre los adultos, la que claramente ha afectado a los niños y a la niña, cuyos intereses deben ser aquí fundamentalmente tutelados.

Estos niños han sido permeables al conflicto.

Así, sólo por caso, cabe señalar la declaración testimonial del Sr. G. D. M., quien, al ser preguntado si los menores tienen relación -comunicación- con los abuelos maternos, fue categórico al contestar: "no, no tienen, porque los abuelos llaman insultando a F., diciendo que le va a sacar a sus hijos, y a los chicos estas actitudes de sus abuelos los atemorizan y no quieren saber nada con ellos. Alguna vez que

yo he estado F. puso el alta voz y escuché como insulta el Sr. este" (pregunta 12, hoja 68vta.).

Luego, se le preguntó, "con relación a estos llamados, cuando se escuchan los llamados en el alta voz, los chicos han estado presentes?" y dijo: "si, han estado presentes, los chicos no pueden creer que sean sus abuelos..." (pregunta 17, hoja citada).

Toda esta situación -dada la conflictiva actual y pasada- les ocasiona una afectación que se evidencia en las manifestaciones efectuadas en la audiencia llevada a cabo en la causa.

Tanto F. M., E. M. y L. C., relatan que han presenciado discusiones de su abuelo con su madre.

E. M. indica que su abuelo los quiere llevar a Salta y luego ingresarlos a un orfanato, lo que dice, le ha contado su papá. Relata episodios en los que su abuela le pegó a su hermana, o su abuelo lo castigó. Refiere que su mamá estaba en el lugar, pero que como tenía sueño, no escuchó.

L. también manifiesta temor de ser llevada por sus abuelos; también refiere a la necesidad de esconderse y a haber oído discusiones entre su madre y su abuelo. Refiere a dichos de su abuelo, refiriéndose a su padre en términos muy negativos y alude a la idea de internación y separación del grupo familiar.

F. M., cuenta los mismos episodios que sus hermanos.

4. Es claro que los niños han expresado temor y se han manifestado en el sentido de no querer ver a sus abuelos: En este contexto, en el momento actual, es imposible tomar otra determinación que la adoptada por la magistrada.

Pero lo cierto es, que lo actuado traduce un estado de cosas, con relación a los niños, que exige adoptar una serie de medidas para posibilitar una debida evaluación de tan delicada situación.

Es que, en rigor, la prueba producida en estas actuaciones es claramente insuficiente para evaluar cuál sería la mejor respuesta para estos niños, o si realmente, la total falta de contacto con sus abuelos (con quien tampoco se puede ignorar convive la hermana mayor), en cualquier modalidad, es la solución que mejor favorece al interés superior de estos niños.

Tampoco han sido objeto de evaluación las personalidades de los adultos y su influencia actual o potencial en las vincularidades familiares. Ninguna evaluación técnica (más allá del informe social practicado en Salta) se ha llevado a cabo.

5. Reitero, en el estado actual, las dudas que se generan y fundamentalmente el discurso de los tres niños, que traduce miedo y angustia, a punto tal que los lleva a "escondarse", determinan que no pueda revocarse la decisión, tal lo pretendido en el recurso.

No obstante ello, la circunstancia de no contarse con evaluaciones técnicas, invalidan el pronunciamiento en clave de cierre de la decisión.

Debe insistirse en que no se cuenta con informes psicológicos de los progenitores, de los abuelos o de los niños, que permitan evaluar seriamente la problemática y los cursos de acción para responder y decidir lo que mejor resulte al interés superior de estos últimos.

Una vez más, debemos reiterar que es fundamental contar con elementos técnicos que permitan evaluar la situación y adoptar una decisión fundada.

Como ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dado que el interés superior del niño es un concepto abierto, la determinación de ese interés: "...hará necesaria la intervención de especialistas, quienes han de transmitir al tribunal las comprobaciones y resultados de su actividad. Y, al hacerlo, le suministrarán elementos para la formación de su convencimiento con relación a temas cuya aprehensión va más allá de la ciencia jurídica. El perito es un intermediario en el conocimiento judicial, y si en los saberes no jurídicos esa mediación resulta fundamental, es indudable que la opinión profesional coadyuva eminentemente en la configuración regular de las decisiones judiciales. Tanto más, en ámbitos donde la complejidad de los nexos humanos reclama a menudo el apoyo técnico, a punto tal que se ha llegado a decir que el deber tutelar del Poder Judicial no puede desarrollarse sin la concurrencia de personas calificadas en las disciplinas de la salud, como tampoco sin la investigación de los datos de la realidad que, para su comprensión, requieren de dichos auxiliares". (CSJN, 14-9-2010, "V., M.N. c. S., W.F. s/autorización" (V. 777.XLII), ED 240-635, dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal cuyos fundamentos el Tribunal hace suyos).

Es que "...son los profesionales habilitados "quienes transmitirán al juez su opinión y deducciones; y, al hacerlo, le suministrarán argumentos o razones para la formación de su convencimiento con relación a temas cuya aprehensión vaya más allá de la ciencia jurídica".

Se dijo en consecuencia que, como el concurso de la interdisciplina resulta fundamental, "es indudable que la

intervención especializada coadyuva en forma relevante a la formación regular de las decisiones judiciales". Y se concluye entonces afirmando que el tribunal a quo "debió contar obligadamente con una evaluación psicológica, que sin embargo no se produjo. En ese sentido, al par de caer en una incongruencia interna, la sentencia hace pie en la mera voluntad y especulación teórica de los jueces, con olvido de la regla de la sana crítica" (cfr. CSJN, 29-4-2008, Fallos, 331:941 y LA LEY, 2008-C, 694. Ver, también, CNCiv., Sala K, 21/11/2007, "F., P.A. c. C., Y.A.", DJ, 14-5-2008, 109 y La Ley Online AR/JUR/9380/2007; íd. íd., 21/12/2006, LA LEY, 2007-B, 588., extractado de Mizrahi, Mauricio Luis "La guarda de un niño por un tercero. Principios de estabilidad", Publicado en: LA LEY 30/09/2013, 1, LA LEY 30/09/2013, 1 LA LEY 2013- E , 986).

Por ello, si bien estimamos que la decisión de la Sra. Jueza no habrá de ser modificada, sí debemos señalar que deberán disponerse las medidas conducentes para llevar a cabo, sin mayores dilaciones, un informe social en el domicilio de los niños, como así también practicarse evaluaciones psicológicas completas sobre el padre, la madre y los abuelos, a fin de determinar, más allá de otras consideraciones que se estimen pertinentes, la relación existente entre los adultos, y cómo incide y en qué medida, en la vinculación de los niños con los abuelos; si los abuelos se encuentran en condiciones de tener un vínculo saludable con sus nietos; si alguno de los entrevistados tiene características de personalidad que permitan pensar que pueden influir negativamente en la posibilidad de establecer un vínculo sano entre nietos y abuelos; posibilidad de establecer una revinculación, si esta resultaría beneficiosa o nociva; en su caso, etapa,

modalidades y condicionamientos; necesidad o conveniencia de realizar tratamiento terapéutico, etc.

Asimismo, practicar una evaluación psicológica de M., M. y L.: Es que, además de recabar la opinión de los niños y adolescentes sobre el asunto a decidir, los jueces debemos tener en cuenta los dictámenes y lo aconsejado por los terapeutas, lo cual supone **"una escucha integral, amplificada, dando neta cabida a la interdisciplinar, sin cuyo aporte la sentencia quedaría esquelética de fundamentos"** (cfr. Jáuregui, Rodolfo G. "Un caso doloroso y una adecuada solución que limita el ejercicio abusivo e irregular de la responsabilidad parental", Publicado en: LLBA 2013 (febrero), 23).

Es que, como reiteradamente hemos señalado, "...más allá de que, de acuerdo a su edad y madurez, la opinión del menor debe ser tomada en cuenta, no puede ser el único elemento a considerar. Y hay que equilibrar, mediante un camino adecuado, su deseo, con otras pautas... Su interés superior puede no coincidir con su opinión o deseo y si esto es así, surgiendo avalado por los informes técnicos, la decisión que adopte el juez no seguirá lo por él propuesto: "De lo contrario los jueces serían simples ejecutores de los designios de los niños, o mediatizadores de esas voluntades o deseos..." (INC N° 815/2015, EXP N° 59830/2013, EXP N° 68976/2015, entre otros).

6. Es que debe insistirse en que sin estas medidas es imposible decidir válidamente y determinar un curso de acción y determinar qué es lo mejor para los niños F. M., E. M. y L. C., lo que es central en este caso.

Con estas directivas, vuelva entonces, al Juzgado de origen a fin de que se encauce conforme a las mismas la

tramitación, debiendo adoptarse en su momento las decisiones pertinentes.

Las costas generadas serán impuestas en el orden causado.

Es que, deviene aplicable el principio general que impera en esta materia: *"En cuestiones de derecho de familia no patrimoniales, con excepción del divorcio y los reclamos alimentarios, en principio no corresponde imponer las costas con fundamento en el principio de la derrota, pues la intervención del juez es una carga común, necesaria para componer las diferencias entre las partes. Sólo cabe imponer las costas a uno de los cónyuges en estos asuntos, cuando su conducta fuera irrazonable, gratuita o injustificada y la consiguiente intervención de la justicia obvia..."* (Sumario N°15370 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°11/2003). (Sala H. - Fecha: 06/03/2003 - Nro. Exp.: R.361215, en LDT, id. PI-2007, T° II, F° 392-394, N° 171 Sala II).".

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1. Disponer que las presentes actuaciones vuelvan al Juzgado de origen, a fin de que, sin mayores dilaciones, se encaucen conforme a las directivas consignadas en el considerando respectivo del presente pronunciamiento, debiendo adoptarse en su momento las decisiones pertinentes.

2. Imponer las costas generadas en el orden causado.

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

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA