

NEUQUEN, 15 de Marzo del año 2023

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "**P. E. J. A. C/ D. M. D. L. M. S/ CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS**" (**JNQFA2 67205/2014**) venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los jueces Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO** con la presencia de la secretaria actuante Romina **CAÑETE** y, de acuerdo al orden de votación sorteada, la jueza **Clerici** dijo:

I.- Las hijas de las partes, a quienes se tuvo por presentadas por derecho propio y con patrocinio letrado particular a fs. 1.114, interpusieron recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución interlocutoria de fs. 1.124/1.126vta., dictada el día 7 de abril de 2022, que encomienda a la Lic. Paula Solsona proceda a realizar la pericia psicológica sobre las adolescentes I.M. y M.E., con costas a la demandada.

Rechazada la revocatoria, se concede el recurso de apelación (fs. 1.148, proveído de fecha 21 de septiembre de 2022).

a) En su memorial de fs. 1.139/1.142vta. -presentación web de fecha 20 de abril de 2022-, las adolescentes dejan en claro, en primer lugar, su negativa a mantener entrevistas vinculares con su progenitor.

Dicen que si bien la pericia psicológica no se ha realizado, en reiteradas oportunidades han sido escuchadas y obran en autos reiterados informes realizados con relación a ello, confeccionados por profesionales de igual ciencia que la perito sorteada.

Reiteran que han recibido muchas oportunidades de ser escuchadas, enumerando las fechas de las audiencias a las que fueron citadas, y sostienen que en cada escucha han sido categóricas, manifestándose con claridad y determinación respecto de la voluntad de no re vincularse con su progenitor.

Siguen diciendo que la jueza a quo ha considerado que esas entrevistas y escuchas fueron llevadas adelante por cuestiones distintas que no hacen a la resolución de la cuestión de fondo, y frente a ello se preguntan con qué fin, entonces, se han realizado esas entrevistas.

Ponen de manifiesto lo difícil que ha sido para ellas, tanto psicológica como emocionalmente, atravesar cada una de esas entrevistas, en las que no solo necesitaron de apoyo y contención en momentos previos, sino que además padecieron períodos de angustia durante días, e incluso meses, cada vez que debían reconectar con las circunstancias que dan origen a estas actuaciones.

Entienden que se cuenta en autos con la totalidad de la prueba ofrecida oportunamente, excepto la pericia psicológica, así como con todas las entrevistas mencionadas para poder indagar y profundizar sobre la problemática familiar actual.

Insisten en que todas las entrevistas realizadas, así como los informes confeccionados por los profesionales que forman parte del equipo interdisciplinario y del de la Defensoría del Niño son imparciales y objetivos, ya que todos forman parte de la estructura judicial.

Vuelven a señalar que cada nueva entrevista o escucha las retrotrae a los hechos ocurridos en la infancia, los que motivan estas actuaciones, y que en los últimos siete años se han visto inmersas en una constante revictimización, que no les permite olvidar el perjuicio sufrido.

Sostienen que han vivido su niñez y la actual adolescencia inmersas en un proceso judicial que les genera angustia y dolor, que las atemoriza al solo pensar que se las puede obligar a revincularse con un progenitor que aún después de tantos informes iguales continúa queriendo exponerlas a los meros fines de

determinar "aspectos semiológicos predominantes de los integrantes del grupo familiar".

Denuncian la distancia que existe entre el interés superior de ellas, y la necesidad de ganar una batalla judicial que nada tiene que ver con el amor por sus hijas.

Consideran que volver a pasar por una entrevista de las características propuestas como pericia psicológica provoca una revictimización clara y manifiesta, que consiste en revivir recuerdos de una situación traumática, que no se agotó en un solo acto, sino que fue desarrollándose durante los primeros años de sus vidas.

Agregan que la forma en que el sistema jurídico actúa sobre la cuestión aquí planteada puede afectar la gravedad de la victimización secundaria, y piden que se consideren los motivos por los cuales el vínculo con el progenitor se vió interrumpido.

Insisten en la revictimización, con citas de la Constitución Nacional y tratados de derecho internacional a la vez que aluden al interés superior del niño.

b) La parte actora contesta el traslado del memorial a fs. 1.149/1.151vta. -presentación web de fecha 3 de octubre de 2022-.

Sostiene que el planteo de las adolescentes resulta contrario a sus propios derechos, y que existe una enorme diferencia entre una mera entrevista realizada por profesionales del equipo interdisciplinario y la pericia psicológica llevada adelante por una perito oficial frente a los informes de profesionales parciales, teñidos de un manto de subjetividad que beneficia únicamente los intereses de la actora, y no de las jóvenes. Agrega que, además, se trata de informes que datan de hace más de cuatro años.



Dice que su parte buscar resolver la conflictividad existente en el caso de marras, y hacer cesar el daño causado tanto a las jóvenes como al progenitor, en virtud de la actitud obstruccionista de la madre.

Sigue diciendo que existe un escenario de falsa revictimización creado por la progenitora ya que las adolescentes han sido inmiscuidas por aquella en forma temeraria en ese escenario de falsa revictimización, del que cada vez les costará más salir, a la vez que pone de manifiesto que no ha sido responsabilidad del padre que las hijas tuvieran que pasar por variados encuentros en el marco del proceso judicial, y mucho menos resulta ser quién dilata sin cesar la penosa situación de interrupción de la vinculación paterno-filial.

Insiste en que resulta necesario finalizar este largo y penoso derrotero judicial que lleva casi ocho años, que pone en juego gravemente la salud emocional de las adolescentes, constituyendo para ello, la prueba pericial, una de las herramientas más adecuadas.

Explica que la pericia de evaluación psicológica debe llevarse adelante por ser el medio idóneo que permitirá que la jueza de grado tome conocimiento integral de las características psíquicas de la personalidad de todos los integrantes de la familia.

Considera que es imperioso realizar una evaluación de la madre, cuyo rol permitirá revelar la historia vincular de este grupo que se disoció por un lado entre madre e hijas, y por el otro, el padre desautorizado en su rol complementario pero igualmente fundamental para la conformación psíquica de las principales protagonistas de estos actuados.

Vuelve sobre la importancia de la prueba pericial psicológica.

c) A fs. 1.153/vta. obra dictamen de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente.

Pone de manifiesto que las adolescentes se presentaron por derecho propio en estas actuaciones a fin de manifestar su voluntad en el proceso que las involucra, solicitando -una vez más- que se respete su deseo de no ver a su progenitor, a la vez que dan cuenta de abusos físicos y psicológicos sufridos por ellas y cometidos por el padre, que respaldan tal voluntad.

Reseña los dichos de las adolescentes plasmados en el memorial y se remite al dictamen de fecha 9 de diciembre de 2021, donde se dijo que someter a las hijas de las partes a una nueva evaluación psicológica impactará negativamente en ambas.

Entiende que ante el conflicto aparente entre el derecho a probar del actor y el interés superior de sus hijas debe siempre estarse a este último.

Propicia que se haga lugar al recurso interpuesto.

II.- Ingresando en el tratamiento del recurso de apelación de autos, y con carácter previo a abordar el concreto agravio planteado por las hijas de las partes, entiendo necesario detenerme sobre su participación en el proceso.

El art. 677 del CCyC regla: *"Los progenitores pueden estar en juicio por su hijo como actores y demandados.*

"Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada".

Las hijas de las partes de autos encuadran en la categoría de adolescentes de acuerdo con lo normado por el art. 25 del CCyC, ya que actualmente cuentan con 15 años de edad.

Nora Lloveras, Olga Orlandi y Gabriel Tavip señalan que si el hijo tiene más de 13 años, la representación de los padres tiene un carácter eventual, ya que los hijos podrán actuar

en los procesos sea como actores o como demandados por sí mismos, con o sin el acompañamiento de uno o ambos progenitores y sin necesidad de análisis previo alguno por parte del juzgador (cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho de Familia", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. IV, pág. 296/297).

En autos, las adolescentes han optado por participar en el proceso en forma autónoma, y sus padres no se han opuesto cuestionando la inexistencia del grado de madurez suficiente (la presunción del segundo párrafo del art. 677 del CCyC es *iuris tantum*).

Ahora bien, el problema que plantea esta participación autónoma de las adolescentes es como ella se canaliza en el proceso, concretamente en orden a como se designa y funciones que asume el patrocinio letrado de las hijas.

El art. 27 inc. c) de la ley 26.061 consagra el derecho de niños, niñas y adolescentes a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia y, en caso de carecer de recursos económicos pone en cabeza del Estado la obligación de asignarle de oficio un letrado que lo patrocine.

La ley provincial 2.302 no le garantiza a niños, niñas y adolescentes la asistencia letrada, aunque sí lo hace respecto a su participación en los procesos en los cuales se encuentren comprometidos sus intereses, tanto administrativos como judiciales (art. 15), a la vez que faculta a la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente a asesorar jurídicamente a niños y adolescentes y a promover procesos judiciales en resguardo de los derechos de niños y adolescentes (art. 49 incs. 2, 3 y 5).

No se cuenta en la Provincia del Neuquén con una ley que reglamente la figura del abogado del niño, como sí la tiene gran parte de las provincias de nuestro país.

Daiana Rama sostiene: "Bien se ha destacado que la figura del abogado del niño tiene perfiles propios y diferenciados,



aserto que coadyuva a sostener que los criterios que rigen sobre el patrocinio de los adultos no pueden ser trasvasados automáticamente cuando se trata del patrocinio de un niño. Es que -vale la pena remarcarlo- un niño o adolescente, si bien no tiene un rango inferior al adulto, no es igual a él, por lo que merece un trato distinto, una protección especial. Es por ello que nuestra Corte Federal le ha reconocido al niño un plus de derechos, dado que son personas en etapa de crecimiento, o sea, se admite sin discusión que deben ser beneficiarios de medidas de compensación, con el objeto de nivelar la desigualdad propia emergente de su condición de tal, y de ahí que corresponda sean destinatarios de medidas de acción positiva, todo lo cual se condice con lo expresamente establecido en el art. 75, inc. 23, de la CN.

"Todo lo referido, en suma, se debe a que la propia situación de niño lo inserta en un particular estado de vulnerabilidad con relación al adulto. Ello determina, inevitablemente, que se exija una intervención activa de los jueces para que en realidad sus derechos no resulten violados o controvertidos en una mera declaración lírica de principios, sin ninguna vigencia práctica. No se trata de caer en la pseudotutela de épocas pasadas (que en verdad no tutelaba nada del niño, sino que se lo sometía, privándolo de su derecho), ni en tener actitudes llamadas paternalistas, sino de proteger al niño como persona y no como objeto.

"...En función de lo delineado, entonces, el tribunal tiene que tomar recaudos especiales para que el abogado que patrocine al niño no pertenezca a la órbita de influencia de alguno de sus padres y de este modo asegurar un desempeño independiente de aquél. En tal virtud, estimamos equivocado el criterio que afirma que el juez no debe intervenir y que corresponde respetar las designaciones que realicen sus progenitores, exista o no, acuerdo entre ellos. Es necesario que el judicante garantice que el abogado de los niños y adolescentes -más allá de las verbalizaciones de

éstos, que muchas veces no son genuinas, sino que comportan una reproducción del discurso paterno o materno- propenda de una manera autónoma a las restantes partes intervinientes en el proceso, a la real defensa de sus asistidos.

“En tal virtud, precisamente, se ha resuelto que no deben admitirse presentaciones judiciales de supuestos letrados de los niños, cuando en verdad se trata de meros artilugios de alguno de sus padres, quién acude a la búsqueda de un abogado de los niños, a contratarlos por ellos y a pagarle en privado los honorarios por su gestión. Claro está que no es así como se defienden los intereses de los niños y adolescentes, recorriendo un camino inverso a lo que significa realizar todos los esfuerzos posibles para un desempeño autónomo de aquellos. Obrar de esa manera no es respetar la ley 26.061 sino violarla” (cfr. aut. cit., “El rol del abogado del niño”, RDF 96, pág. 150).

En esta senda conceptual, la Cámara 2^a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, Sala II, resolvió remover a la abogada de una persona menor de edad y designó a un profesional especializado para que lo patrocine, sosteniendo que el patrocinio de la letrada del menor es inadecuado, pues se encuentra contaminado por la influencia de la postura negativa de la madre con respecto a la revinculación paterna, no siendo verosímil que un niño de ocho años, actuando por su cuenta, con absoluta autonomía y desconocimiento de su madre con quién vive, haya contratado libremente un abogado para litigar contra su padre (autos “A.G. c/ A.L.S.”, 10/11/2017, RDF 2018 - III, pág. 175).

De igual modo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII, señaló que el derecho con que cuenta el niño de intervenir en los procesos que lo involucran (art. 27 de la ley 26.061) importa una actuación independiente a la de sus progenitores y, desde esa perspectiva, la designación de un profesional que lo asista debe recaer sobre una persona ajena a la

órbita de influencia de alguno de éstos (autos "W.P.S.", 26/2/2021, TR LL AR/JUR/1513/2021).

En autos, debe presumirse la capacidad de las adolescentes de dar instrucciones a sus letradas, pero existen dudas respecto a cómo se tomó la decisión de la participación autónoma de las adolescentes en el proceso, como se contrató a las abogadas patrocinantes y quién abona sus honorarios, siendo difícil sostener que fueran exclusivamente las propias adolescentes las que cumplieran aquellos pasos. Más aún, cuando la postura de las hijas coincide totalmente con la de la madre, y atendiendo a las vicisitudes habidas en este proceso, que ponen de manifiesto una actitud reticente de la progenitora en orden a cumplir con los deberes y obligaciones que importa un proceso judicial.

Sin embargo, el progenitor no ha impugnado la asistencia letrada de sus hijas, y dado la capacidad que se presume en las adolescentes se ha de respetar la decisión que adoptaran respecto de su representación letrada.

Sin perjuicio de ello, se les hace saber a las adolescentes que tienen derecho a participar en este proceso de forma autónoma, con criterios diferentes a los de sus progenitores e incluso a los de su hermana, siendo obligación de sus letradas respetar las instrucciones que les den, pudiendo en todo momento solicitar al juez o jueza actuantes que les designen un abogado o abogada para que las asista, si es que consideran inadecuada la asistencia técnica que les brindan sus actuales abogadas.

III.- Sentado lo anterior, he de abordar el agravio planteado por las adolescentes y que refiere a su negativa a someterse a la prueba pericial psicológica.

Angel Fermín Garrote (h) refiere al principio denominado de funcionalidad constitucional del proceso -como justificación legal y política de su existencia-, que impone una coherencia sistémica y funcional del derecho procesal con el

derecho constitucional; y con cita de Taruffo, señala: *"La administración de justicia sería imposible sin la prueba, lo mismo que la prevención de los litigios y la seguridad en los propios derechos y en el comercio jurídico en general. No existiría orden jurídico alguno.*

"Por eso Jeremías Bentham escribió hace más de un siglo que el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas, y en nuestros días, Sentís Melendo observa en el mismo sentido que la prueba constituye la zona no sólo de mayor interés, sino también neurálgica del proceso.

"Afirma el citado autor que la prueba da carácter al proceso. Un proceso es más o menos liberal, más o menos autoritario, sobre todo en razón de la libertad o del autoritarismo que domina la materia de prueba. En hermosa expresión dice a este respecto Carnelutti: El juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas; detrás de él el enigma del pasado, y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba" (cfr. aut. cit., "El derecho constitucional de la defensa en juicio y derecho probatorio" en "Elementos de derecho probatorio" dirig. por Jorge W. Peyrano, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2017, pág. 85).

Va de suyo entonces que la posibilidad de ofrecer y producir prueba en el proceso hace esencialmente al derecho de defensa de cada parte y es una garantía del debido proceso (art. 18, Constitución Nacional, y 58, Constitución de la Provincia del Neuquén). De nada valdría declarar la inviolabilidad de la defensa en juicio si después no se le permite al afectado o afectada aportar al proceso la prueba que entienda conveniente a su derecho.

En este marco, el CCyC regla principios generales aplicables al proceso de familia, entre los que se encuentran los relativos a la prueba: *"Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La*

carga de la prueba recae, finalmente en quién está en mejores condiciones de probar” (art. 710).

Ursula Basset, comentando el citado art. 710, explica que ante ciertos hechos o situaciones de difícil acreditación debe propiciarse el llamado *favor probationes*, y agrega *“La libertad implica que las partes podrán ofrecer todos los medios probatorios que quieran, sea que los mismos se encuadren o no dentro de alguno de los medios admitidos por los códigos procesales...La amplitud probatoria supone que el hecho que se quiere demostrar se pueda acreditar por cualquier medio de prueba. Así, por ejemplo, si bien la prueba por excelencia en un juicio de filiación puede ser la prueba biológica, el principio de la amplitud permite recurrir a otras pruebas, como la que resulta de las presunciones”* (cfr. aut. cit., *“Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético”*, dirig. por Jorge H. Alterini, Ed. La Ley, 2019, T. III, pág. 1.034).

¿Cómo se traduce o se aplica y se conjuga lo dicho al caso concreto a resolver?

En primer lugar debe entenderse que el demandado - progenitor sin vinculación con sus hijas- tiene el derecho, constitucionalmente tutelado, de probar que la negativa pertinaz de sus hijas a tener contacto con él no es una decisión propia de ellas sino que responde a la influencia materna, y que no existe riesgo para las adolescentes en retomar la relación paterno-filial, como así también la importancia de las figuras de apego (madre y padre).

A efectos de probar tales extremos, indudablemente la prueba pericial psicológica es el medio idóneo.

Frente a ello aparece la oposición de las adolescentes, quienes explican que no quieren revivir hechos ocurridos en su infancia y que las habrían afectado, como así

también reiteran su negativa a mantener cualquier tipo de vinculación con su papá.

Ante este dilema corresponde analizar si los hechos que se pretenden probar mediante la pericia pueden ser acreditados por otros medios probatorios, en tanto el conocimiento de la verdad no puede ser logrado a costa de cualquier cosa, siendo también un mandato constitucional aquél que prescribe tutelar especialmente a las personas vulnerables, entre las que se encuentran las adolescente de autos, en atención a su menor edad.

En ese análisis surge de las constancias de la causa que, conforme lo puso de manifiesto la Defensora de los Derechos del Niño, los padres y las niñas han sido entrevistados en autos por integrantes del equipo interdisciplinario en distintas oportunidades, produciéndose los pertinentes informes psicológicos (ver informes de fechas 14 de enero de 2015 -madre e hijas-; 3 de febrero de 2015 -padre-; 11 de febrero de 2016 -padre-; 26 de mayo de 2016 -madre-; y 15 de abril de 2021 -madre, padre e hijas-).

El contenido de estos informes nos permite conocer los extremos que pretende acreditar el demandado mediante la prueba pericial psicológica, datando el último de ellos del mes de abril de 2021.

Asimismo, y conforme también lo ha puesto de manifiesto la Defensora de los Derechos del Niño, las adolescentes se han manifestado en contra de mantener cualquier tipo de vinculación con el progenitor a lo largo de todo el proceso; negativa que se reitera en el memorial de agravios.

En estos términos entiendo que la prueba pericial psicológica cuya realización propicia la parte demandada no aparece como relevante, en tanto se cuenta con los informes realizados por los profesionales del Gabinete Interdisciplinario y, además, la falta de colaboración por parte de las adolescentes que seguramente encontraremos para el diligenciamiento del medio probatorio, no

hará más que dilatar la resolución de la causa, ya sea por ausencias a las entrevistas, o por falta de disposición para hablar ante la perito.

No olvidemos que este tipo de pericias -psicológica- requiere de la colaboración activa del peritado, por lo que el consentimiento que éste preste es esencial para la producción de la prueba.

Claro está que el fracaso de la prueba por falta de colaboración del peritado no es gratis para éste, por lo que la oposición formulada por las adolescentes debe ser evaluada por la jueza de la causa en oportunidad del dictado de la sentencia definitiva, pudiendo derivarse de ello las presunciones que estime correspondan.

Consecuentemente, y en atención a las particulares constancias de la causa, estimo que debe dejarse sin efecto la producción de la prueba pericial psicológica, declarándosela fracasada por falta de colaboración de las peritadas, circunstancia que deberá ser valorada en oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.

De este modo se respeta el derecho de defensa de la parte demandada en tanto tenemos en autos elementos de los cuales pueden conocerse los extremos que quiere acreditar mediante la pericia psicológica, y existen consecuencias por la negativa a ser peritadas formulada por las hijas; a la vez que se respeta el derecho de las adolescentes de no someterse a la prueba pericial psicológica.

IV.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo, 1) hacer saber a I. M. P. y a M. E. P. que tienen derecho a participar en este proceso de forma autónoma, con criterios diferentes a los de sus progenitores e incluso a los de su hermana, siendo obligación de sus letradas respetar las instrucciones que les den, pudiendo en todo momento solicitar al juez o jueza actuantes que les designen



un abogado o abogada para que las asista, si es que consideran inadecuada la asistencia técnica que les brindan sus actuales abogadas; 2) hacer lugar al recurso de apelación de autos y revocar el resolutorio recurrido; 3) recomponiendo el litigio se declara fracasada la producción de la prueba pericial psicológica por oposición de las peritadas, conducta que debe ser valorada en oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.

Las costas por la actuación en ambas instancias se distribuyen en el orden causado en atención a las especiales características de autos (arts. 69 y 68, 2da. parte, CPCyC).

Difiero la regulación de los honorarios profesionales para el momento procesal oportuno.

El juez **Noacco** dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Hacer saber a I.M.P. y a M.E.P. que tienen derecho a participar en este proceso de forma autónoma, con criterios diferentes a los de sus progenitores e incluso a los de su hermana, siendo obligación de sus letradas respetar las instrucciones que les den, pudiendo en todo momento solicitar al juez o jueza actuantes que les designen un abogado o abogada para que las asista, si es que consideran inadecuada la asistencia técnica que les brindan sus actuales abogadas; 2) hacer lugar al recurso de apelación de autos y revocar el resolutorio recurrido; 3) recomponiendo el litigio se declara fracasada la producción de la prueba pericial psicológica por oposición de las peritadas, conducta que debe ser valorada en oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.



2.- Imponer las costas por la actuación en ambas instancias se distribuyen en el orden causado en atención a las especiales características de autos (arts. 69 y 68, 2da. parte, CPCyC).

3.- Difiero la regulación de los honorarios profesionales para el momento procesal oportuno.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ NOACCO

Dra. Romina Cañete - Secretaria