R. 616.556 – C., M. A. c/ M., F. J. s/ INCIDENTE FAMILIA (Expte. 107.809/2010 – Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 83)

Buenos Aires, abril 15 de 2013.

AUTOS, VISTOS y CONSIDERANDO:

I.- Vienen estos autos a la alzada a fin de resolver la apelación planteada por la actora, contra la resolución de fs. 346/8 por la que se dispuso el cese de la intervención de la Asistente Social oportunamente designada y la continuidad del régimen de comunicación padre-hija sin necesidad de la supervisión profesional; así como también, se intimó a las partes a iniciar un tratamiento de coparentalidad. El memorial ha sido presentado a fs. 374/7 y respondido a fs. 418/20. A fs. 460/1 se ha expedido la Sra. Defensora Pública de Menores de Cámara propiciando la confirmación de lo decidido.

II.- De los antecedentes de la causa surge que la hija de las partes, F. V., nació el 6/12/2008; cuenta hoy con cuatro años de edad. Luego de una denuncia por violencia familiar planteada por la actora, las partes se separaron en enero de 2010, es decir cuando ella apenas tenía un año. Después de ese primer distanciamiento existió una reanudación de la convivencia parental por una supuesta (al menos así lo manifestaron ellos) remisión de la conflictividad de la pareja, que fue informada al juzgado actuante en la audiencia del 3/06/2010 (ver fs. 62 de la causa de violencia N° 306/2010 que se tiene a la vista). Más adelante, con fecha 2/9/2010, la actora denunció un nuevo episodio que habría ocurrido el 24/08/2010 en el que se habría dado una acalorada discusión entre las partes, con agresión verbal y física (zamarreo) de M. hacia C. –según los dichos de ésta- en presencia de F., lo que –frente al pedido de la madre- dio motivo al dictado de una medida cautelar de prohibición de acercamiento del denunciado a la actora y la niña de ambos, por el plazo de sesenta días (providencia de fecha 14/09/2010 obrante a fs. 79). Se desprende del relato de la actora (ver fs. 73/4) que el origen del suceso conflictivo tuvo que ver con las desinteligencias entre los adultos a la hora de acordar la modalidad de llevarse a cabo un encuentro padre-hija (mientras la madre quería hacer

merendar a la niña en su casa y que el padre aguardara ese tiempo, el padre quería llevarla consigo), dándose por sobreentendido que la pareja había vuelto a separarse antes del hecho.

Tiempo más adelante, con fecha 9/11/2010, es decir, cuando F. estaba a punto de cumplir los dos años, en ocasión de llevarse a cabo en el juzgado una audiencia convocada en el proceso de alimentos, las partes acordaron un régimen de comunicación padre-hija con la presencia de una Asistente Social que sería designada por el Juzgado (ver fs. 1 de estos obrados – acta del 9/11/2010). Como consecuencia de lo acordado se designó a la Lic. A. I. B. quien comenzó a trabajar en el caso a partir del jueves 11/11/2010 (ver informe de fs. 5). El martes 23/11/2010 se realizó el primer encuentro padre-hija y desde entonces se ha venido cumpliendo tal modalidad de vinculación, sólo con algunas variaciones y/o interrupciones.

El 26/03/2012 el Sr. M., es decir, luego de más de un año de cumplirse el régimen de encuentros “supervisados”, el padre de la niña, solicitó el cese de la intervención de la Asistente Social (ver fs. 250), a lo que la madre, Sra. C., se opuso a fs. 322/4 por las razones allí expuestas, por cierto, poco diferentes de aquellas sobre las que vuelve en los agravios.

Frente a ello y ponderando los informes profesionales, la magistrada de grado hizo lugar al cese de la intervención de la Asistente Social, criterio contra el cual se alzó la madre.

III.- Considera la recurrente que ha sido un error de la magistrada de grado haber decidido sobre la base del informe de la Asistente Social actuante. Afirma que la referida profesional carece de incumbencia para expedirse sobre cuestiones que exceden su capacitación profesional, entre las que coloca la determinación de si existen condiciones fácticas que permitan propiciar el régimen de comunicación con o sin asistencia profesional. Argumenta acerca de la necesidad de contar con un diagnóstico emanado de profesionales de la salud mental que permita indagar si ha cesado la situación de riesgo emocional de la niña. En ese sentido, intenta la apelante sostener la existencia de diagnósticos que desaconsejarían la continuidad de la comunicación paterno filial, con citas de informes agregados en el expediente de violencia familiar. Asimismo, se

queja del modo en que han sido distribuidas las costas, postulando que se las aplique por su orden debido a que –a su ver- ha existido razón fundada para realizar los planteos resueltos.

IV.- Pese a su esfuerzo intelectual y a las citas con las que pretende justificar su criterio, la actora no logra un reproche eficiente del contenido de la resolución apelada. Veamos qué nos lleva a afirmar esto.

V.- Ante todo, no es dable soslayar que –en última instancia- lo que se pone en juego en la presente causa es el alcance de la efectiva vigencia del derecho de la hija en común de las partes, F., a no ser separada de sus padres y a tener una adecuada comunicación con ellos. Sabido es que para compensar de algún modo la privación del cuidado personal, el artículo 264, inc. 2°, *in fine*, del Código Civil establece el derecho del padre que no ostenta dicho cuidado "de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación". Pero más allá de ello, tal comunicación importa en particular a F.; a tal punto que se encuentra garantizada por los arts. 9.1 y 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y por el artículo 11 de la ley 26.061 de protección de los derechos del niño y adolescente en cuanto dispone que éstos tienen derecho "… *a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aún cuando éstos estuvieran separados o divorciados*". Por otra parte, el artículo 376 bis del Código Civil prescribe que el juez establecerá los contactos "de acuerdo a las circunstancias del caso".

Desde luego que las relaciones materno-paterno filiales tienen por objeto salvaguardar los sentimientos humanos más elevados, desinteresados y permanentes, cuales son los nacidos de la maternidad, paternidad, consanguinidad y parentesco. Asimismo, encuentra su fundamento en la medular importancia que el contacto con ambos padres tiene para la estructuración psíquica y moral de todo niño.

Destacamos que la naturaleza federal y supra legal de este derecho de F., se encuentra atravesada por lo que se ha entendido como el superior interés del niño, que confiere a éste una *protección especial*, un "plus de protección", dada su situación de vulnerabilidad; y ello en razón que no ha completado todavía la constitución de su aparato psíquico. Dicha

tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación jurídica; de modo que, ante situaciones como las presentadas en autos, el interés moral y material de los niños debe tener una relevante prioridad sobre cualquier otra ponderación (CSJN, Fallos: 327:2074; 328:2870). A lo dicho se suma la existencia de una prescripción legal: el art. 3°, *in fine*, de la ley 26.061, establece que *cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.*

VI.- Desde la perspectiva que nos da ese marco normativo se advierte la inconsistencia de la argumentación basilar que la actora intenta construir en su postulado. En efecto, su planteo toma como presupuesto dogmático indiscutible el hecho de que el padre de F. sería –según el relato materno- un personaje altamente nocivo que la ha traumatizado al someterla a ser testigo de episodios de violencia suscitados en la pareja parental. De ahí la postulación de que toda comunicación que hoy el padre intente establecer con su hija deba ser adecuadamente supervisada hasta que exista un diagnóstico que nos demuestre científicamente que no es riesgoso para F. tener una comunicación normal con su papá. Este razonamiento resulta perverso y debe ser puesto en evidencia como modo de evitar futuras maquinaciones que vayan en una línea tan perniciosa y vulneratoria del derecho de la niña afectada. No es así como la madre debe defender los intereses de su hija.

En primer lugar, esa harto cuestionable posición olvida que en la construcción de conflictos familiares del tenor de los que se observan en autos, existen dos actores, padre y madre (y no solamente el “denunciado”) que retroalimentan un vínculo disfuncional –y en muchos casos, hasta podríamos afirmar que patológico- con sus conductas y omisiones cotidianas que sostienen el conflicto. Por eso, avalar que se impongan indefinidamente condiciones gravosas respecto de ese vínculo en razón de que el padre ha sido “denunciado” como “violento” y sólo por esta circunstancia, no resulta aceptable.

Por otra parte, aquel razonamiento desconoce que en las interacciones violentas existen diferentes grados o niveles, lo que lleva a la

necesidad de ponderar cada caso con suma prudencia, evaluando en concreto el riesgo de los niños. Es mucho más grave, por ejemplo, la hipótesis de la persona con perfil psicopático que utiliza al hijo, ejerciendo presión emocional o maltrato sobre él y la pareja para manipular y condicionar la conducta del hijo frente al otro progenitor; que aquélla en que por baja tolerancia a la frustración o falta de un proceso de introspección adecuado que le permita a la pareja reposiconarse ante las asimetrías entre las respectivas historias de origen y la realidad que transitan, las lleva a participar esporádicamente de episodios de agresión verbal cruzada (con, incluso, agresión física aislada). En esta línea de pensamiento y a la hora de ponderar la gravedad de la disfuncionalidad no puede escapársenos que en autos ha quedado reconocido que antes del nacimiento de F. las partes convivieron en armonía durante aproximadamente nueve años sin que hayan existido denuncias de violencia ni se hayan aludido situaciones compatibles con lo que conocemos como interacción violenta; con el nacimiento de la niña comenzaron los episodios conflictivos entre las partes. En este escenario, el abordaje terapéutico ordenado por la juez de grado a fs. 347/8 (tratamiento de coparentalidad) parece mucho más adecuado a esta familia, que la pretensa continuidad de un régimen de comunicación asistido que se ha vuelto innecesaria y altamente gravosa para los afectados.

Por último, y no por ello menos relevante, consideramos central que la perspectiva que debe orientar este tipo de decisiones no puede desentenderse de que debe garantizarse la más fluida y abierta comunicación del progenitor no conviviente con el hijo o hija (en tanto y en cuanto sean respetadas razonablmente las actividades que hacen a su bienestar, educación y desarrollo), derecho inalienable y fundamental del niño que responde a una necesidad natural que receptan las normas de derecho internacional que integran el bloque de legislación constitucional y nuestro derecho interno, tal como ya fue expuesto. Lo único que puede condicionar tal derecho del hijo, es la verosímil existencia de una situación de riesgo para el niño, cosa que no se observa en la especie. De ahí que el criterio inverso –postulado por la madre- en el sentido de que la

comunicación libre y fluída se encuentra condicionada o supeditada a la previa demostración de la ausencia de riesgo, resulta contrario a derecho y va en línea opuesta a la natural relación de los padres con sus hijos.

El razonamiento seguido por la actora, llevado al extremo, permitiría que cualquiera –bajo el pretexto de la "protección" del interés del hijo- pudiera postular la existencia de una situación de riesgo eventual e hipotético sobre el cual justificar la postergación de la necesaria comunicación de los niños con su progenitor no conviviente, exigiéndole a éste demostrar que no existe tal riesgo. Avalar la referida tesitura traería aparejado admitir la exigencia de una demostración *diabólica* al asignar al progenitor no conviviente la carga de probar un hecho negativo (el no riesgo; demostrar que la hija no se puede accidentar, no puede enfermarse, no puede angustiarse estando con él, etc…), lo que resulta absurdo y contraviene elementales pautas de orden procesal en materia de carga de la prueba (Falcón, Enrique M., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Rubinzal Culzoni, 2006, tomo II, pág. 574 y siguientes; Eisner, Isidoro, *Carga de la afirmación y de la prueba en el juicio civil*, LL 1989-D, 105; Devis Echandía, Hernando, *Compendio de pruebas judiciales*, Ed. Temis, Bogotá, 1969, p. 67). Al mismo tiempo, tal enfoque repugna la garantía constitucional de inocencia al amparar un sistema de restricción de derechos por riesgo creado derivado de una construcción teórica asignada a un perfil de personalidad ("hombre violento") con el que se intenta identificar al sujeto pasivo de la medida (régimen sancionatorio "de autor", en definitiva).

VII.- No obstante que con lo hasta aquí dicho bastaría para rechazar el recurso intentado, cabe examinar algunos otros fundamentos de la apelante.

Las citas de los informes agregados en los autos "C., M. A. y otra c/ M., F. J. s/ denuncia por violencia familiar" (N° 306/2010) que formula la recurrente en el memorial, dan cuenta de una mirada parcializada del problema familiar sobre el que toca decidir. La apelante extrae de las evaluaciones preliminares realizadas, ciertas conclusiones sobre las que intenta construir infructuosamente la idea de que existe una

opinión profesional contundente y categórica que, luego de la evaluación de las partes y de la niña involucrada, concluyó decretando la inconveniencia del contacto de la pequeña con su padre. Nada más alejado de la realidad. Veamos cuáles son estos supuestos "diagnósticos".

La evaluación preliminar de riesgo realizada por la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) el 8/1/2010 (fs. 8/9 de la causa 306/2010) constituyó un dictamen realizado por una psicóloga que sólo ha escuchado el relato de la Sra. C. ante esa dependencia, sin siquiera haber tomado contacto con el denunciado ni con la niña. Este tipo de opiniones profesionales, dictadas en el contexto tan peculiar de la denuncia por violencia, sólo apuntan -a nuestro entender- a aportar un dato parcial destinado a merituar la verosimilitud de lo denunciado sobre la base de la impresión personal que se obtiene del diálogo y la expresión que presenta la denunciante, sin que pueda derivarse de ello una directriz diagnóstica que permita refutar los elementos que luego han sido colectados en la causa. Máxime, cuando desde el tiempo en que aquella impresión superficial fue recibida hasta la actualidad han transcurrido más de dos años y ha existido una reconciliación entre las partes, un nuevo distanciamiento y un posterior acuerdo provisorio propiciatorio de encuentros supervisados padre-hija, cuya evolución ha dado muestras de un vínculo sano y favorable para la niña, ciertamente bastante despojado de los temores que la madre se afana por resaltar. Por ende, resulta llamativamente inconsistente la cita que la actora realiza de aquel "alto riesgo psicofísico" que resultó diagnosticado otrora, en aquel marco contextual tan específico como poco actual.

VIII.- El informe de la Lic. S. E. K. (fs. 49/51 del expediente de violencia familiar) del servicio social del juzgado actuante, quien concurrió en febrero de 2010 al domicilio de la actora y mantuvo con ella una entrevista, nada aporta que pueda ser interpretado como propiciatorio al día de hoy de un temperamento como el que pretende sostener la actora ante esta alzada. Más allá de que la incumbencia profesional de dicha delegada es la misma de la de la Lic. B., lo que haría contradictoria la postura de la actora (al cuestionar el informe de B. por ausencia de idoneidad y estimar el de K., con idéntica calificación profesional), lo cierto

es que el informe de fs. 49/51 de la violencia se limita a la descripción de una constatación en el domicilio de las condiciones de vida de la actora , de los alcances de su relato y la elaboración de ciertas sugerencias para permitir un mejor abordaje de la problemática. De lo expuesto, no puede seriamente colegirse, tal como pretende la apelante, que exista una recomendación de supeditar o condicionar hoy, dos años después y luego de todo lo vivido y plasmado en la causa, la comunicación padre-hija a la previa elaboración de un psicodiagnóstico de interacción familiar que, por cierto, paradójicamente no ha sido hasta ahora adecuadamente instado en autos por la interesada.

En una línea similar, poco es lo que aportó el Cuerpo Interdisciplinario de Violencia Familiar del Ministerio de Justicia (fs. 83/6 y 93/5) a los fines pretendidos por la recurrente. Tanto la fecha de elaboración como su contenido restan aptitud diagnóstica que pueda justificar hoy el cuestionamiento que pretende hacerse de lo decidido en la instancia de grado. Nótese que tal informe se trata de una mera transcripción de los relatos formulados por separado por las partes ante ese espacio, lo que resta la eficacia convictiva al dictamen que pretende rescatar el memorial. Se destaca que no han existido tests, no ha habido "interacción" entre las partes, no se realizó observación alguna del vínculo padre-hija; todo lo cual permite apreciar que la psicóloga actuante se ha limitado a describir lo expresado por C. y por M. y, luego de ello, ha deducido sintéticamente ciertas conclusiones sobre la base de un esquema teórico preconcebido acerca de la violencia de género, que encastra casi automáticamente para todos los casos de caracterisiticas similares a las que presenta el conflicto familiar traído a examen. Construir sobre aquél informe de febrero de 2011 un riesgo actual para la niña por mantener un régimen de comunicación con el padre sin supervisión resulta inaceptable. Sobre todo, cuando en ningún párrafo del mismo (ver fs. 137/41 y 148/50) se propicia la restricción o supervisión de los encuentros padre-hija, limitándose a expresar la existencia de "riesgo psicológico" en F. debido a observarse que ha sido posicionada "como rehén de la disputa entre los

padres"; lo cual demostraría que el riesgo se deriva más de la disfunción en la relación entre sus padres que en el vínculo de ella con su papá.

En definitiva, no se advierte que la resolución apelada haya sido eficientemente criticada por la recurrente al no haber reprochado idóneamente el razonamiento que llevó a la *a quo* a dar preeminencia a los positivos informes de evolución de la interacción paterno-filial presentados por las Asistentes Sociales encargadas de la supervisión del régimen, por sobre los "peculiares" informes aquí ponderados y que han sido el sustrato fundamental del memorial. En cambio, sí percibe claramente el Tribunal cierta omnubilación de la progenitora que, envuelta en su pelea con el demandado, no alcanza a percibir su delicado papel; cual es defender genuinamente los intereses de su hija. En tal sentido, se la insta a rectificar su conducta bajo apercibimiento de designarle un tutor especial a F. si persiste en su actitud de no colaborar activamente para que se desarrolle un buen vínculo paterno-filial.

IX.- Dado el modo en que se resuelve, al quedar aquí confirmado el temperamento adoptado por la magistrada de grado a fs. 347/8, corresponde hacer saber que el régimen de comunicación pactado a fs. 430 (lunes y jueves de 16.30 a 20) y homologado a fs. 431, deberá continuar cumpliéndose sin necesidad de supervisión alguna, en virtud de la resolución que aquí se confirma (fs. 346/8). Ello es así, sin perjuicio de que las partes de mutuo acuerdo y en todo tiempo podrán ampliar o modificar –sin restringir- dicho régimen de comunicación.

X.- El tribunal adoptará esta decisión sin convocar previamente a la niña ante esta sede. Sobre el tema, no se desconoce que el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño hace alusión a la necesidad de escuchar las opiniones de los niños *"teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de la edad y madurez"*. El derecho del niño a ser oído se halla también contemplado en los artículos 2°, segundo párrafo, 3°, inc. b), 24, incisos a) y b), y 27, inc. a) de la ley 26.061.

Sin embargo, la escucha referida debe tener sus *límites* (ver, esta Sala, 29/06/2007, "V.M. del R. s/ Protección Especial", R, 465.462; 19/03/2010, "G.A. c/ G., H. s/ Art. 250 C.P.C.C.N", R. 539.657) y no debe

disponerse indiscriminadamente cuando se advierte objetivamente que la edad de la pequeña –de apenas cuatro años- permite ponderar que, por razones propias de la psicología evolutiva, aún no se encuentra *"en condiciones de formarse un juicio propio",* tal como prescribe la regla citada del art. 12 de la Convención. Por ello, se concluye que –en este caso específico- resulta contraproducente someterla a la presión de asistir a este estrado, con la consecuente tensión de lealtades que provocaría, dentro de su delicado mundo infantil, su natural deseo de agradar a esas figuras significativas que conforman su principal referencia afectiva. Es que además en la causa no se vislumbran la presencia de elementos de gravedad que conlleven al Tribunal a adoptar otros recaudos.

Por otra parte, F. ha sido oída durante todos estos años de modo más que suficiente en los distintos espacios de interacción con su padre que han sido supervisados e informados periódicamente en autos por las distintas profesionales intervinientes, lo que refuerza esta falta de necesidad de que sea citada.

XI.- En lo que se refiere a las costas de ambas instancias, debido al modo en que se resuelve, esta alzada considera que debe apartarse de los criterios tradicionales que apuntan a que no aparezcan las figuras de "vencedor" y "vencido" en trámites familiares como los de autos. Nos impulsa a este temperamento la circusntancia de que un criterio de razonabilidad en la actora, y una auténtica defensa de los derechos de su hija, tenía que haber conducido a aquélla a no realizar los planteos de la manera en que los hizo. Por ende, adheriremos en el caso al criterio objetivo de la derrota, por lo que las costas habrán de ser impuestas a la Sra. Caserta (art. 68 del Código Procesal).

En consecuencia, de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Público, el tribunal **RESUELVE:** 1) Confirmar la resolución apelada en cuanto ha sido materia de agravio. 2) Con costas. 3) Ratificar el cese de la intervención de Asistente Social y/o terceros en el régimen de comunicación de F. con su padre, continuarndo con la modalidad (en días y horarios) pactada a fs. 430 y homologada a fs. 431. 4) Se insta a la accionante a que rectifique su conducta y oriente su actividad procesal a la

genuina defensa de los intereses de su hija, bajo apercibimiento de designarle a ésta un tutor especial si aquélla no colabora activamente para que se desarrolle un buen vínculo paterno-filial. 5) Regístrese, notifíquese al Ministerio de Menores y devuélvase, encomendándole a la juez de grado la notificación de la presente juntamente con la del auto que se dicte en los términos del art. 135, inc. 7°, del Código Procesal.

4

6

5