

JURISPRUDENCIA

Impedimento de contacto. Hijos menores. Cambio de cuidado personal.
Reiterados incumplimientos

Se hace lugar al pedido de cambio del cuidado personal de los menores en cabeza de su padre -invirtiendo el régimen comunicacional oportunamente fijado por las mismas partes-, al existir una constante y reiterada falta de colaboración de la progenitora para el cumplimiento del régimen comunicación controlado, trasluciéndose en su conducta una verdadera mala fe en su obrar, de manera que los entorpecimientos reiterados en el tiempo echaban por tierra el derecho de coparentalidad que gozaban los niños.

Marcos Juárez, 01 de Noviembre de Dos mil dieciocho.-

Y VISTOS: Estos autos caratulados “B., C. E. c/ S., F. M. -Régimen de visitas/alimentos - Contencioso-”, de los que resulta que:

I.- A fs. 226 en el marco de una audiencia fijada en los términos del art. 58 del CPCC, las partes de común acuerdo aceptan lo propuesto por la psicóloga del Equipo Técnico de la sede -Lic. Carla Ferreyra- de someterse por el periodo de un mes a un régimen comunicacional controlado en la sede tribunalicia. Que se pautó el mismo para los días martes y jueves de cada semana de 10:30 a 11:30 hs., pudiendo el mismo renovarse o fijarse un régimen comunicacional más

convenientes para los menores de acuerdo a la valoración de la profesional actuante.-

A fs. 232 comparece el Sr. F. M. S. manifestando que el día 06/09/2018, la Sra. B. debería haber cumplimentado con las visitas supervisadas, como fuera acordado, llevando a los menores para que éste los pudiese ver, no cumpliéndolo, esperando el mismo sin que apareciera nadie. Indica que a la hora de su espera y habiendo pedido salir antes de su trabajo, a los fines de cumplir al pie de la letra lo acordado, le avisa la Lic. Carla Ferreyra de que la Sra. B. no podría cumplir con las visitas porque había presentado en el expediente -el mismo día- un certificado médico en el que se le prescribía reposo. Alega que es más que claro que no hay voluntad por parte de la Sra. B. que su padre tenga contacto y que pueda ver a sus hijos, dado que no buscó a otra persona para llevarlo, ni siquiera avisó con tiempo. Todo ello sin contar los días de visita que llevaba a F. sin hacer la tarea por lo que se tenía que retirar antes; ni hablar de que a J., luego de no verlo por 3 meses, lo pudo ver una sola vez de los días de visitas supervisadas.-

Refiere que la Sra. B. nuevamente frustra la posibilidad de estar con sus hijos, por las constantes excusas e impedimentos, no cumpliendo una vez más lo acordado en autos. Dice que está más que en claro el constante impedimento y obstáculos que impone la Sra. B. a los fines de que pueda estar con sus hijos, violando constantemente sus derechos como padre y afectando el interés superior del niño.-

II.- A fs. 234 el Tribunal hace saber: "... a la Sra. C. E. B. que en autos se encuentra fijado un régimen de re vinculación el cual debe ser cumplido, debiendo arbitrar los medios necesarios a tales fines, todo bajo apercibimiento de entender que los niños pueden encontrarse en riesgo, siendo ello causal suficiente para

ordenar un cambio de cuidado personal, si así correspondiere. Notifíquese. A fs. 232/233: Atento lo solicitado y constancias de autos désígnese día y hora audiencia a los fines del art. 58 del CPCC para el 19/09/2018 a las 9:00 hs. para la Sra. C. E. B. y 9:30 hs. para el Sr. F. M. S. [...] Notifíquese a las partes, psicóloga y Asesor Letrado”.-

III.- A fs. 235 comparece nuevamente el Sr. S. y manifiesta que el día 11/09/2018 se presentó en la oficina de la Lic. Carla Ferreyra, en la sede de Tribunales, a la hora señalada, a los fines de que se cumplimente con el régimen comunicacional supervisado a su favor, sin que nuevamente la Sra. B. llevase a sus hijos a los fines de cumplimentar lo acordado. Agrega que sin perjuicio de que la Sra. B. se encuentra con certificado médico, en el que se prescribe reposo, debería la misma arbitrar los medios necesarios para que se cumpla el régimen comunicacional supervisado. Ella es responsable de que los niños cumplan con dicho régimen y se garantice el contacto de sus hijos con el padre, estando a la vista y con pruebas suficientes de que lo único que hace durante este tiempo es impedirlo constantemente.-

Peticiona, ya cansado de la situación de manipulación e incumplimiento constaste, se ordene -atento la conducta reiterada de impedimento de contacto con sus hijos- el cambio de cuidado personal a su favor respecto de los menores, atento entender que sus hijos se encuentran en riesgo respecto del desarrollo de su identidad e integridad psíquica que le causó la madre durante estos tiempos.-

IV.- A lo peticionado más arriba, a fs. 236 el Tribunal dispone que: “...Atento lo señalado por el Sr. F. M. S. y habiéndose comunicado el suscripto en el día de ayer con la psicóloga de la Sede, quién ha confirmado dicho incumplimiento: emplácese a la Sra. C. E. S. para que los días martes y jueves -días de visitas

controladas por la Licencia Carla Ferreyra- arbitre los medios necesarios para que los menores mantengan contacto con su padre. Hágasele saber que ante la reiteración del incumplimiento será pasible del cambio de cuidado personal en cabeza del padre de los menores Sr. S. (art. 651 del C.C.C). Notifíquese de oficio.”.-

V.- A fs. 238 comparece el Sr. S. y manifiesta que el día 13/09/2015 se presentó en la oficina de la Lic. Carla Ferreyra, en la sede de Tribunales, a la hora señalada, a los fines de que se cumplimente con el régimen comunicacional supervisado a su favor, sin que nuevamente la Sra. B. llevase a sus hijos a los fines de cumplimentar lo acordado. Que se notificó a su abogado mediante cédula haciendo caso omiso. Así las cosas, ratifica su escrito presentado el 12/09/2018 y vuelva a solicitar se aplique el apercibimiento dispuesto por el Tribunal.-

VI.- A fs. 239 se dicta el decreto de autos para resolver el “cambio de cuidado personal” previo informe valorativo de la Lic. Carla Ferrryera -en relación al régimen de comunicación controlado- y del Asesor Letrado. Cumplimentado lo anterior y firme el mismo, queda la presente incidencia en condiciones de ser fallada.-

Y CONSIDERANDO:

I.- Cuidado personal. Nociones generales.- Tal como lo dispone la novel normativa contenida en el art 651 del CCCN, la modalidad preferente para un adecuado ejercicio del instituto bajo estudio es la que se conoce como “modalidad compartida”. “La reforma privilegia el cuidado compartido en la modalidad indistinta al ser considerado el sistema que mejor asegura el derecho constitucional del hijo a mantener relaciones personales y contacto directo con

ambos padres de modo regula en igualdad de condiciones (arts. 9° y 18° de la Convención sobre los Derechos del Niño) y respetar así el principio de coparentalidad [...] El cuidado compartido de los hijos en general y en la modalidad indistinta en especial es considerado el mejor sistema legal al reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales” (LORENZETTI, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, Tomo IV, p. 343/344). Ahora bien, si existiere algún impedimento, dificultad, acuerdo de partes, etc., el Tribunal puede otorgar dicho cuidado -de manera excepcional- a uno de los progenitores, siempre que se funde en una situación anómala que no satisfaga el interés superior del niño.-

II.- Cuidado personal unilateral. Petición expresa de parte. Régimen de excepción. Apercebimientos varios incumplidos. Actitud reticente y poco colaborativa para con el régimen estipulado de común acuerdo. Artículo 651 CCNN: existencia de causa graves que justifiquen el cambio del cuidado personal. Análisis de la prueba.- Liminarme estimo necesario realizar una breve reseña de los hechos suscitados en la causa a los fines de analizar el pedido de cambio de cuidado personal en cabeza del padre de los menores.-

En el sublite, luego de un largo trajín de compromisos y desavenencias entre los progenitores, después de trece (13) audiencias del art. 58 CPCC, las partes de común acuerdo -en respuesta a la propuesta efectuada por la psicóloga del Equipo Técnico de la sede Lic. Ferreyra- aceptan someterse a un “régimen comunicacional controlado” en sede judicial. Que este último comenzó a ejecutarse con normalidad, pero en el decurso de los primeros encuentros la progenitora Sra. B., encargada de trasladar los menores a la sede del equipo

técnico, comienza a diseñar una serie de circunstancias que truncan el cumplimiento del mismo. En este sentido, con fecha 06/09/2018 a las 9:22 hs. presenta en el expediente un certificado médico mediante el cual se le indica reposo absoluto por el plazo de 10 días, alegando que por ello se tornaría imposible cumplimentar con el régimen propuesto. Aclaro que dicho certificado fue confeccionado con fecha 04/09/2018 (dos días antes de la data pactada para la próxima visita) para recién ser presentado en la causa minutos antes de las visitas estipuladas, sin siquiera actuar con la debida diligencia y anunciar dicha circunstancias con la antelación que lo merecía. Ante dicho incumplimiento el Tribunal, mediante proveído de fecha 10/09/2018, hace saber “a la Sra. C. E. B. que en autos se encuentra fijado un régimen de re-vinculación el cual debe ser cumplido debiendo arbitrar los medios necesarios a tales fines, todo bajo apercibimiento de entender que los niños pueden encontrarse en riesgo, siendo ello causal suficiente para ordenar un cambio de cuidado personal, si así correspondiere...” (fs. 234). No cumplido dicho emplazamiento y cansado el padre de los menores de la situación reseñada, es que con fecha 12/09/2018 solicita expresamente el cambio de cuidado personal a su persona. Que ante esta situación el suscripto se comunica con la encargada del Equipo Técnico -Lic. Ferreyra- corroborando los extremos invocados -incumplimiento del régimen estatuido- y se dispone un nuevo emplazamiento para que la Sra. B. de observancia a las visitas pactadas o en su caso -si ésta se encontrare imposibilitada- arbitre los medios necesarios para que los menores mantenga contacto con el padre, todo bajo apercibimiento del cambio de cuidado personal en cabeza del padre de los menores en los términos del art. 651 del CCCN. Volviendo nuevamente a incumplir la manda judicial precitada es que los presentes pasan a despacho para resolver.-

Luego de esta prieta síntesis corresponde un análisis crítico para determinar si los reiterados incumplimientos lucen justificados o no, y para el caso, si los motivos esgrimidos para desoír las distintas mandas judiciales lucen exclusivamente

subjetivos. De una lectura acabada del expediente y lo percibido por el suscripto en las múltiples audiencias del art. 58 del CPCC puedo concluir sin hesitación que existe una constante y reiterada falta de colaboración de la Sra. B. para el cumplimiento del régimen comunicación controlado, el cual no le ha sido impuesto de manera compulsoria por el Tribunal sino que éste fue adoptado de común acuerdo por las partes. A más de ello y de los múltiples emplazamientos efectuados por el Tribunal, a los largo de éste último periodo se ha traslucido la verdadera mala fe en el obrar de la progenitora, quien siquiera ha podido honrar el compromiso asumido judicialmente, reiterando su actitud obstructiva como si nada. Dichos entorpecimientos reiterados en el tiempo echan por tierra el derecho de co-parentalidad que gozan los niños, pese a los constantes intentos de re vinculación planteados por el Tribunal y los distintos actores judiciales.-

No podemos soslayar el informe técnico (fs. 324) elaborado por quien propusiera dicha modalidad en el régimen comunicacional, la Lic. Ferreyra, del que puede extraerse las siguientes conclusiones: a) que el régimen comunicacional no se llevó a cabo en tiempo y forma debido a las interrupciones e inasistencia por parte de la progenitora Sra. B.; b) que el Sr. S. asistió a las visitas en tiempo y forma conforme lo ordenado; c) que el padre se mostró preocupado y angustiado frente a la dificultad para tener contacto puntualmente con su hijo menor J. S., el que solo se posibilitó en un encuentro al aire libre en una plazoleta; d) hace la salvedad que los días que los niños acudieron a las visitas acompañados de la progenitora, solo el niño F. compartió las visitas con el progenitor, no así el niño J. siempre permaneció arriba del automóvil negándose a bajar, no visualizándose ante dicha circunstancias por parte de la progenitora disposición en buscar alternativas para el niño se disponga, sino más bien reforzando la negativa; e) que el tiempo compartido en las visitas entre el niño F. y su padre se desarrolló bajo un encuadre afectuoso, compartiendo juegos y dialogo, y f) que ante las dificultades que se fueron presentando durante el cumplimiento del régimen comunicacional, se le efectuaron sugerencias profesionales a los que el Sr. S. mostró disposición y

acatamiento. Como contrapartida, la Sra. B. presentó dificultades para abordar situaciones de manera práctica y criteriosa, subyaciendo una actitud obstructiva, lo que en definitiva dificultó la posibilidad de encontrar soluciones a la problemáticas, generando un sostenimiento crónico del litigio.-

En otro andarivel, el dictamen del Asesor Letrado es lapidario en cuanto a que el pedido efectuado por el progenitor debe prosperar. Dicho funcionario resalta que es claro y contundente el informe o valoración efectuado por la Lic. Ferreyra en orden a concluir en sus consideraciones que la única y exclusiva responsable de la infructuosa re vinculación de hijos padre - padre hijos fue la actora en autos. Insiste que desde su visual el progenitor fue permeable humanamente a todas las sugerencias que se le realizaron (por la profesional) para lograr el contacto con sus hijos y todo lo contrario la actora, quien no solo no colaboró con dicho proceso sino que lo sigue haciendo, obstaculizando e impidiendo deliberadamente el mismo. Concluye, que sería conveniente un cambio de cuidado personal de los menores, asumiendo tal función el padre de los mismos, Sr. F. M. S., ello en función que se presentan en autos las condiciones para que así sea resuelto de conformidad a lo prescripto por el art. 651 del C.C.C. última parte, aplicando la excepción establecida en el dispositivo legal citado. Es decir, que se adjudique el cuidado personal de los menores al progenitor por haber resultado perjudicial para los hijo el implementado.-

Sin dudas que la Sra. B. no ha sabido direccionar su obrar de conformidad a las responsabilidades que le caben como adulta. Los hijos no pueden convertirse en preseas valiéndose de éstos para impedir el contacto fluido con el restante progenitor. Una cosa es la ruptura del vínculo convivencial que otrora los unía y otra -y muy grave- es privar al padres de ver a sus hijos. Tanto es así que el legislador previó un tipo penal para los casos como el que nos ocupa y que más abajo analizaré. Es dable destacar y reiterar que tanto el Tribunal, el Asesor

Letrado como la psicóloga de la sede nos hemos encaminado a tratar de reestablecer el vínculo paterno empobrecido aun cuando lamentablemente no pudo recomponerse en su integridad. La fijación de un nuevo régimen controlado en sede judicial -logrado de común acuerdo y con el aval de un profesional en el tema- se erigió como una simiente y nuevo punto de partida en la relación de los niños con su padre. Empero las constantes oposiciones de la madre han sido un valladar insostenible para mantener el cuidado personal a su cargo, no quedando más opciones tanto para el padre como para el Tribunal en disponer su modificación. El daño suscitado a los menores no ha sido mensurado por la progenitora, quien ni siquiera ante los constantes emplazamientos del Tribunal ha demostrado un cambio de actitud. Por el contrario, se ha empeinado en obstaculizar injustamente la concreción de régimen comunicacional acordado.-

En idéntico sentido se ha expedido la jurisprudencia al señalar que “el obstruccionismo extremo [...] puesto de manifiesto [...]sin siquiera reparar en las graves consecuencias que tal accionar puede tener en el psiquismo infantil, lo dictaminado por los expertos en orden a su salud psíquica y emocional, unido a la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran las niñas que por no permitírseles contacto alguno con su padre [...], dependen exclusivamente tanto afectiva como psicológicamente de la madre que no duda un desplegar un comportamiento destinado a aniquilar a la figura paterna, son razones más que suficientes para confirmar la decisión de cambio de tenencia ...” (Cámara de Familia de 2º Nominación de la Ciudad de Córdoba, Auto N° 208 del 18/12/2014 en autos “M, RC Y OTRO - SOLICITA HOMOLOGACION - RECURSO DE APELACION” (Expte. 287232)).-

A mayor abundamiento, no podemos dejar de lado las actuaciones y procesos radicados en sede penal cuyas copias obran incorporados en los presentes, tal como lo requirió el suscripto al momento de tomar la última audiencia del art. 58

CPCC de autos. La Sra. C. E. B. posee dos causas penales abiertas que dan cuenta que su conducta obstructiva para con el régimen comunicacional acordado con el padre no se erige como un hecho aislado sino que viene de larga data. El primer proceso, caratulado “B., C. E. p.s.a. Impedimento u obstrucción de contacto de los padres no convivientes con sus hijos menores”, ha sido elevado a juicio por el Fiscal interviniente, actuación procesal que tampoco fue cuestionada por la Sra. B. (ver fs. 400), radicada hoy ante la Cámara del Crimen de la ciudad de Bell Ville esperando se lleve adelante el juicio. De estas actuaciones resulta más que ilustrativa la requisitoria de citación a juicio (fs. 388/397) donde el Dr. Fernando Epelde Payges teoriza y analiza la constante conducta obstructiva de la Sra. B. para que el Sr. S. pueda cumplir con el régimen de visitas acordado judicialmente. Indica textualmente que: “...resulta de las denuncias y de sus reiteradas declaraciones testimoniales efectuadas por F. M. S. de forma palmaria que el nombrado no ha podido contactarse con sus hijos F. S. y J. F. S., pese a las reiterados intentos por parte del mismo. Ahora bien, es importante evaluar todas las manifestaciones de F. S. y analizar si estamos ante la presencia de meros incumplimientos a un régimen comunicacional o hechos aislados que no llegan a configurar el delito de Impedimento de contacto [...] pero no es este el caso, ya que S. no ha mantenido contacto con sus hijos durante el lapso de tiempo correspondiente a los meses de Junio y Julio del dos mil dieciséis [...] Asimismo se hace hincapié en que el delito de Impedimento de contacto debe interpretarse en consonancia con el Régimen constitucional vigente, justificándose la injerencia punitiva del estado solo cuando la misma resulta necesaria, eficaz y eficiente [...] En este caso, los progenitores formalizaron acuerdo o Régimen comunicacional ante el Juzgado de Primera Instancia, Segunda Nominación en lo C.C.C y familia de la Sede [...] La conducta desplegada por C. B. fue que de modo arbitrario y en forma reiterada impidió y obstruyó el contacto de S. con sus hijos, pese a los intentos del nombrado, quien no pudo siquiera efectivizar por el periodo denunciado el acuerdo llevado a cabo ante la vía civil. B. dispuso que sus hijos no se comuniquen con su padre situación que queda objetivamente demostrada en los testimonios de las personas que acompañaron sistemáticamente a S. en cada

intento, evadiendo B. el encuentro de sus hijos con el progenitor sin aparentes motivos. Éste tipo de delito sólo se configura cuando el autor del impedimento del contacto entre padre o madre e hijo obra de modo arbitrario y abusivo, sin derecho ni razón justificable alguna, en el presente caso abordado, si bien se dispusieron medidas cautelares por parte del Juzgado de Violencia Familiar de la Sede [...] medida restrictiva que alcanzaba a los adultos y no hacia los menores S., quienes no tenían impedimento durante los meses Junio y Julio de dos mil dieciséis, aun y pese a ello, B. desplego en forma reiterada un accionar que impidió el contacto entre el menor y su padre, haciendo caso omiso y por encima del interés de los menores [...] En el caso traído análisis, al interrumpirse el vínculo paterno filial se cercenó el derecho del Sr. S. y con la conducta desplegada por B., esta conculcó el derecho superior que es el de un menor en mantener contacto con su progenitor, resultando F. M. S. y sus hijos F. S. y J. F. S., partes damnificadas. Consumar el delito es lograr en forma real y efectiva la obstrucción (impedir) de la comunicación, del contacto entre padre e hijos, lo que es prueba suficiente para acreditar la comisión del hecho de impedimento u obstrucción de contacto de los padres no convivientes con sus hijos menores- Reiterado por parte de C. E. B. [...] Así las cosas, corresponde sin más solicitar a V.E la citación a juicio de la presente causa, seguida en contra de C. E. B. ya filiada, por el hecho que se le atribuye en la misma”. Finalmente y para rematar, tenemos una segunda causa caratulada “B., C. E. - Impedimento u obstrucción de contacto de los padres no convivientes con sus hijos menores - REITERADO” donde el mismo Fiscal en el mes en curso procederá a tomarle declaración indagatoria a la Sra. B.. Como bien reseñara el Asesor Letrado en su informe, estos procesos no se tratan de hechos menores por cuanto la figura penal endilgada exige dolo y la misma avanza a paso firme hacia el dictado de una sentencia. Así podemos ver que ni la función punitiva del derecho penal amedrenta a la progenitora incumplidora, sumando así otra actitud displicente ante la justicia y los tribunales.-

III.- Corolario.- “En suma, cabe ponderar la situación fáctica que es presentada en el caso concreto, erigiéndose la razonabilidad en la vara que guía la actividad judicial, procurando tomar la determinación que propenda a la mejor conservación de los vínculos afectivos que en él se hallan involucrados. Lo contrario importaría consagrar una fuerte limitación en el ámbito de actuación jurisdiccional, que puede incluso llegar a obstar la realización del ideal de justicia, objetivo ineludible de la magistratura” (LORENZETTI, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, Tomo III, p. 471). Todas estas circunstancias dan cuenta como la Sra. B. no ha hecho más que boicotear todo intento de re vinculación legítimo por parte del padre para con sus hijos, circunstancia que se basta a sí misma para acoger la pretensión del Sr. S.-

Por todo lo expuesto, lo dispuesto por los arts. 3 y 9 de la Convención de los Derechos del Niño y lo normado por el art. 651 del CCCN, corresponde hacer lugar al pedido de cambio del cuidado personal de los menores en cabeza de su padre -Sr. F. M. S.- invirtiendo el régimen comunicacional oportunamente fijado.-

IV.- Costas y Honorarios.- Atento la calidad de vencida, las costas deben imponerse a la Sra. C. E. B. (art. 130 CPCC).-

Los honorarios de la Dra. María Belén Lambertucci deberán regularse de acuerdo a las previsiones específicas impuestas por los arts. 76 de la Ley 9459 teniendo especialmente en cuenta el art. 69 del mismo cuerpo legal, lo que habilita la morigeración de las escalas aplicables al caso. Siendo así, estimo justo regular los honorarios de la letrada del Sr. S. en la suma de cuatro (04) Jus.-

Dichos honorarios generarán desde la fecha de la presente regulación y hasta la de su efectivo pago, un interés (art. 35 Ley 9459) igual al que resulta de adicionar la tasa pasiva que publica el BCRA con más el 2 % nominal mensual.-

Por todo lo expuesto y normas legales citadas.-

RESUELVO:

I.- Hacer lugar al pedido de cambio del cuidado personal de los menores en cabeza de su padre -Sr. F. M. S.- invirtiendo el régimen comunicacional oportunamente fijado.-

II.- Imponer las costas a la Sra. C. E. B. (art. 130 CPCC).-

III.- Regular en forma definitiva (art. 28 Ley 9459) los honorarios profesionales de la Dra. María Belén Lambertucci en la suma de Pesos Tres mil doscientos ochenta y uno con 16/100 (\$ 3.281,16). Protocolícese, hágase saber y dese copia.-