

Cipolletti, 7 de febrero de 2025.-

AUTOS Y VISTAS: Las presentes actuaciones caratuladas: <.M.A. C/ A.J.D. S/ S CUIDADO PERSONAL, Expte. N° <. en las que debo dictar sentencia; de las que,

RESULTA:

Que en fecha 12/09/2024 se presenta el Sr. B. con patrocinio letrado, interponiendo demanda de cuidado personal de su hijo, el niño B.G. (6 años de edad) demanda que dirige contra la Sra. A..-

Solicita que el cuidado personal sea compartido bajo la modalidad indistinto con residencia principal en el hogar paterno.-

Refiere que el niño reside en su domicilio desde el mes de agosto del año 2022, habiendo concurrido a sala de 4 en la localidad de Chos Malal ya que se encontraba viviendo en esa época en dicha ciudad neuquina.

Expone que en el año 2023, G. ingresó a pre-escolar en el Jardín Nro.1. de la ciudad de Cipolletti toda vez que comenzaron a residir en esta localidad.-

Expresa que el centro de vida de G. es en la ciudad de Cipolletti, y que en el año 2024, el niño ha comenzado primer grado en la Escuela Nro. 1. de esta ciudad, y agrega que G. está a su cuidado exclusivo, señalando que tiene a su cargo la totalidad de los gastos tanto de ropa, calzado, alimentación como recreación y los cuidados médicos.-

Indica que la progenitora del niño, vive en la localidad de Centenario, provincia de Neuquén y tiene contacto con su hijo los días sábados y/o viernes, cuando puede.-

En fecha 23/09/2024 se presenta el actor, readecuando la demanda, solicitando se fije un régimen de comunicación materno - filial el cual propone sea de la siguiente manera: "*... se propone que la mamá retire al hijo a la salida de la escuela los días viernes y lo reintegre al hogar paterno el día domingo antes del mediodía.- Respecto a los recesos escolares se propone que en el invernol permanezca una semana completa con cada progenitor, pudiendo ser la primera con la mamá debiendo reintegrar al niño al hogar paterno el día domingo en horario a coordinar entre las partes.- En el receso escolar de verano el niño compartirá con la mamá desde el día 15 al 31 de enero, reintegrándolo al hogar paterno el día primero de febrero, acordando el horario oportunamente las*

partes.-Las fiestas de fin de año compartirá en forma alternada una con cada progenitor.-El día de la madre como el día del padre el niño compartirá esa fecha con cada progenitor.".-

Corrido el pertinente traslado, en fecha 14/10/2024 se presenta la demandada con patrocinio letrado, solicitando se rechace la pretensión actoral.-

Manifiesta que en agosto del año 2023 acordó con el actor que G. viviría con su padre por tres meses, hasta fin de dicho año. Agrega que desde ese momento, el Sr. B. comenzó a obstruir el vínculo materno filial, señalando que cada vez que G. está bajo su cuidado, el progenitor del niño le envía mensajes en forma repetitiva, y la amenaza constantemente.-

Expone que la actitud obstructiva y violenta de B. no genera la confianza necesaria en su desempeño como padre, por lo que no correspondería otorgársele el cuidado personal unilateral.-

Reconviene la demanda solicitando el cuidado personal indistinto de G., aclarando la actora en un escrito posterior que la residencia principal del niño sea en el hogar materno. Sin perjuicio de ello, la actora no efectuó propuesta por régimen de comunicación paterno filial.-

En fecha 14/11/2024 se presenta la Sra. A. solicitando como medida cautelar se reestablezca el contacto con su hijo, proponiendo que el contacto sea desde el viernes hasta el lunes.-

Sustanciado el pertinente traslado de la medida cautelar, se presenta el progenitor del niño solicitando que previo a restablecer el contacto de G. con su mamá, se ordene la intervención del ETI y que sea escuchado el niño, toda vez que este "manifiesta enojo y se niega a ir a la casa de la progenitora". Agrega que G. ha presentado signos de violencia en su cuerpo cuando regresa de la casa materna.

Por otro lado expone que a los efectos de restablecer el contacto de G. con su progenitora se desarrolle fin de semana por medio, para que cada progenitor pueda compartir con el niño un fin de semana cada uno.-

Mediante providencia de fecha 28 de noviembre de 2024 se dispuso la intervención del ETI, habiéndose agregado el informe de dicho organismo el día

17/12/2024.-

Previo dictamen de la Sra. Defensora de Menores, pasan las presentes actuaciones a despacho para dictar sentencia.-

Y CONSIDERANDO:

Adelanto mi decisión de fijar el cuidado personal compartido bajo la modalidad indistinto con residencia principal del niño G. en el domicilio paterno, por las razones que seguidamente paso a exponer.-

Cabe tener en consideración que a partir de la reforma constitucional de 1994, la vigencia de las normas de derecho interno deben confrontarse con aquellas normas a las que -a partir de tal fecha- el constituyente otorga jerarquía constitucional, por estar incluidas en tratados internacionales suscriptos por nuestro país. Tal el caso de la Convención de los Derechos del Niño.

Bidart Campos ha remarcado cómo la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los jueces pautas, criterios, normas de aplicación directa, descarte de leyes incompatibles, interpretación de las existentes a la luz del tratado, etc. (Cfr. Bidart Campos, G.J., "Constitución, Tratados y normas infraconstitucionales en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño", en Bianchi, María E.C. "El derecho y los chicos", Edit. Espacio B. As., págs. 36/37).

Es que el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos presiden el Derecho de Familia actual. Una nueva visión, con un "fuerte impacto en la conceptualización y regulación de las relaciones entre padres e hijos" ("Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial", Dir: Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, Tomo IV, Edit. Rubinzal-Culzoni, pág. 9).

Entre tales pautas o criterios de los que nos habla Bidart Campos, cobra relevancia el del Interés Superior del Niño, que como la Corte Suprema ha entendido apunta esencialmente a dos propósitos "...cuales son las de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio, pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido que la decisión se defina por lo que resulta ser de mayor beneficio para ellos..." (CSJN, in re "S., C.", sentencia del 2/8/2005. Voto concurrente Dres. Fayt, Zaffaroni y Argibay, L.L. 2005-D, 873). Se produce así un cambio de paradigma, se desplaza la "doctrina de la situación irregular" dando

paso a la "doctrina de la protección integral".

Dicho cuerpo normativo -la Convención de los Derechos del Niño- establece que la familia es primordial para el desarrollo y el bienestar de los niños, así como que el derecho a vivir con su familia debe ser el eje orientador de toda decisión.

En ese marco conceptual, la decisión que aquí cabe adoptar debe tener como norte el "interés superior del niño" (art. 3 de la CDN).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la expresión "interés superior del niño" implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y la aplicación de normas en todos los órdenes relativos a su vida (Opinión consultiva Nro. 17/02, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, LL 2003-B, 312).

Por su parte, la Ley 26061 de "Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes", define este principio como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por esta ley" (art. 3).

De modo tal que, como dije supra, ha de ser ese interés primordial de los niños el que debe orientar y condicionar esta decisión (CSJN, Fallos 324:122; 331:2691; 331:941, entre otros).

Dicho concepto representa el reconocimiento de los niños como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Se tiene dicho al respecto que "resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos. Debe establecerse en cada caso si la voluntad o acción de los padres o guardadores afecta los diversos derechos del niño o adolescente" (Grossman, Cecilia. "Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia", L.L. 1993-b-1089).

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que "los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles" (conf. Fallos 328:2870 y 331:147). También ha destacado que la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia resulta sumamente desvirtuada si éstos se limitan a decidir

problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar" (Fallos 323:91; 328:2870; 331:147).

- LA RESPONSABILIDAD PARENTAL: Valga recordar que el art. 638 del Código Civil y Comercial de la Nación reza: "La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado".

La mejor doctrina ha dicho al respecto: "El artículo 638 del Código Civil y Comercial consagra claramente la responsabilidad de los padres en relación a los hijos menores de edad, estableciéndola como un conjunto de deberes-derechos que se precisan para cumplir los roles que la propia ley fija: la protección, el desarrollo y la formación integral...Muestra en toda la regulación, y en especial en la responsabilidad parental, el tránsito de un poder de los progenitores sobre los hijos a una clara función de responsabilidad parental en que los niños, niñas y adolescentes son abordados como sujetos claros de derechos que titularizan en la ley reglamentaria...esta autoridad que la ley reconoce tiene fines específicos y por ello se presenta como una función social encaminada a la protección y desarrollo integral de los hijos. La adjudicación de fines a la patria potestad implica consagrar la "cláusula de beneficio de los hijos" que impone una forma de ejercer la autoridad siempre puesta en interés del hijo, es decir, en beneficio del hijo" (Tratado de Derecho de Familia, Directoras: Aída Kemelmajer de Carlucci - Marisa Herrera - Nora Lloveras. Edit. Rubinzal-Culzoni, Tomo IV, pág. 17 y sgts.).

Ya el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño entiende a la responsabilidad parental como un instituto previsto para la formación integral, protección y preparación del niño para "el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad" y para "estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad". No solo se incluyen las funciones nutricias (alimento, sostén y vivienda), sino también las funciones normativas, tendiente a la educación, diferenciación y socialización.-

Así, la responsabilidad parental se erige como una función de colaboración, orientación, acompañamiento y también contención.

En tal lineamientos, la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación iguala

la jerarquía de los progenitores en el involucramiento sobre la vida de sus hijos, previendo que la responsabilidad parental sea ejercida por ambos progenitores, revalorizando así el principio de coparentalidad. Se consagra de tal modo el ejercicio compartido de la responsabilidad parental aún después del cese de la comunidad de vida; y ello en consonancia con el art. 16.1 de la Convención Para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en tanto dispone: "Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (...) c) los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; d) los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial" (el subrayado es propio).

En conclusión, en principio, corresponde a ambos progenitores en pie de igualdad, responsabilizarse por el pleno desarrollo de sus hijos en forma compartida.

Vale cerrar el análisis recordando que la Ley 26061 (art.7) dispone que "el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos...".

- EL CUIDADO PERSONAL DEL HIJO: Partiendo desde la obligada perspectiva constitucional-convencional, el art. 641 del Código Civil y Comercial efectúa una enumeración de distintas situaciones fáctico-jurídicas que se pueden presentar en el vínculo entre padres e hijos, que definen quién o quiénes ejercerán la responsabilidad parental sobre el hijo, y en lo que al presente caso atañe interesa señalar el inc. b) de la norma, que expresa: "en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro...Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades".

A los deberes y las facultades de los progenitores respecto de la relación e interacción en la vida cotidiana con los hijos, se lo denomina "cuidado personal" (art. 648 del CCyC).

Dicho plexo legal define las modalidades del cuidado personal, estableciendo que el cuidado alternado es aquel en el que el hijo pasa períodos con cada uno de los progenitores, mientras que en el cuidado indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de ellos, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

Si bien el Código explica que en caso en que los progenitores no conviven el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos (art. 649), de toda su normativa surge que se privilegia el cuidado personal compartido.

Y en cuanto a las modalidades que el cuidado personal puede asumir, se dispone en el art. 650 que el mismo puede ser alternado o indistinto. En cuanto a la regla de atribución, dispone el art. 651 que "A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo".

En resumen, se establece como regla general el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta.

La preferencia de la ley por el sistema de cuidado personal compartido no es caprichosa y responde no sólo a la necesaria perspectiva constitucional-convencional, sino a la tarea de muchas voces de la doctrina, que al respecto afirmaban: "se evita que existan padres periféricos; posibilita que el menor conviva con ambos padres; reduce problemas de lealtades y juegos de poder" (Chechile, Ana M., "Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental", en *Jurisprudencia Argentina*, 2002-III-1308); "...la idoneidad de cada uno de los padres resulta reconocida y útil; fomenta una mayor y mejor comunicación entre padres e hijos" (Medina, Graciela y Hollweck, Mariana, "Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como alternativa frente a determinados conflictos familiares", en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., 2001-1-1425); entre muchos otros.

Ahora bien, en el caso concreto de autos, he de señalar que el ETI plasmó en su informe de fecha 16/12/2024 que: "... *Se concluye que a partir del análisis realizado con el sistema familiar, se evalúa dar lugar a la demanda*

iniciada por el Sr. B. de cuidado compartido con residencia principal en el domicilio paterno, en virtud de los requerimientos de G.L. y de su centro de vida". Sin perjuicio de ello, el informe continua diciendo que la Sra. A. "... debe contar con un amplio régimen vincular con su hijo en el que pueda brindar el acompañamiento a todas las actividades inherentes a su vida cotidiana".-

Es dable mencionar además que la Sra. Defensora de Menores en su dictamen de fecha 17/12/2024 consideró que corresponde establecer el cuidado personal compartido bajo la modalidad indistinto con residencia principal del niño en el domicilio paterno, ello a fin de asegurar el interés superior de G.. Por otro lado, en lo que respecta al pedido efectuado por el actor en su demanda y relativo al libramiento de oficio a ANSES a fin que se le abone las sumas mensuales correspondientes a la Asignación Universal por hijo, no ha lugar toda vez que no resulta esta la vía pertinente para canalizar dicha petición.-

Por último, corresponde adentrarse a lo tocante a la fijación del régimen de comunicación materno filial.-

A tal fin, cabe recordar que el art. 9.3 de la "Convención sobre los Derechos del Niño" dispone que: "los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular".

En el orden interno, el art. 652 del CCYCN regula el derecho y el deber de comunicación, contemplando que en el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores el otro tiene derecho y deber de debida comunicación con el hijo.-

Vale destacar que el actor ofreció una propuesta de régimen de comunicación materno filial en el escrito de su demanda la cual no mereció contestación por parte de la demandada quien únicamente se expidió respecto a esta cuestión en su escrito de fecha 14/11/2024 cuando solicitó como medida cautelar un régimen de comunicación materno filial provisorio.-

Dicho lo anterior, y en lo ateniendo a la diagramación del régimen de

comunicación, he tenido en consideración los antecedentes de la causa, las propuestas formuladas por las partes, lo informado por el E.T.I. y por sobre todo el Interés Superior de G..-

Por todo lo expuesto precedentemente, y en un todo de acuerdo con lo dictaminado por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces,

RESUELVO:

I.- HACER LUGAR a la acción instaurada por el Sr. B.M.A. determinando el cuidado personal del niño B.G., bajo la modalidad INDISTINTO con residencia principal en el domicilio paterno.-

II.- ESTABLECER el régimen de comunicación entre el niño B.G. y su progenitora, la Sra. A.J.D., el cual se llevará a cabo durante los meses de febrero y marzo del corriente año, fin de semana por medio, debiendo la Sra. A. retirar el día viernes, en el horario de salida de la escuela, al niño G. a quien luego deberá reintegrar el día lunes en el horario de ingreso a la escuela.-

Para el caso que no haya clases el día lunes que el niño deba ser reintegrado por su progenitora, deberá reintegrarlo al día siguiente en el horario de ingreso escolar o en su defecto en el domicilio paterno.-

A partir del mes de abril en adelante, el régimen de comunicación entre el niño B.G. y su progenitora, la Sra. A.J.D., se llevará a cabo cada fin de semana, debiendo la Sra. A. retirar cada viernes, en el horario de salida de la escuela, al niño G. a quien luego deberá reintegrar el día lunes en el horario de ingreso a la escuela.-

Para el caso que no haya clases el día lunes que el niño deba ser reintegrado por su progenitora, deberá reintegrarlo al día siguiente en el horario de ingreso escolar o en su defecto en el domicilio paterno.-

- Fechas especiales:

- Fiestas de Fin de Año:
- Nochebuena con un progenitor y Navidad con otro, en forma alternada.-
- Año nuevo con un progenitor y primero de enero con el otro, en forma alternada.-
- Receso escolar invernal: el niño permanecerá una semana completa con cada progenitor, la primer semana con su progenitora y la segunda con su progenitor.-
- Receso escolar de verano: el niño permanecerá la misma cantidad de días, de manera consecutiva, con cada progenitor.-
- Día de la madre y día del padre: el niño compartirá esa fecha con cada progenitor.-

III.- Atento a los principios imperantes en la materia, las costas se imponen en el orden causado (art. 19 Ley 5396).-

IV.- REGULAR los honorarios del letrado patrocinante del Sr. B., Dra. REZZO, MARIA AMALIA, en la suma de pesos QUINIENTOS TREINTA Y DOS MIL CIENTO CUARENTA CON 00/100 (\$ 532.140,00) (10 IUS), y los de la letrada patrocinante de la Sra. A., Defensora Oficial, Dra. RIVEROS, LAURA FABIANA, en la suma de pesos QUINIENTOS TREINTA Y DOS MIL CIENTO CUARENTA CON 00/100 (\$ 532.140,00) (10 IUS), dejándose constancia que para efectuar tal regulación se han tenido en consideración la naturaleza de las presentes, la extensión de las tareas efectuadas, etapas cumplidas y resultado de la tarea desarrollada (arts. 6, 7, 9, 10, 31 y ccdtes. L.A.t.o.). Cúmplase con la ley 869.-

Hágase saber al obligado al pago de los honorarios de la Defensora Oficial que deberá depositar dicho importe en la cuenta Nro. 250-900002139 del Banco Patagonia correspondiente al Fondo de Informatización de los Ministerio

Públicos (art. 76 inc. h de la Ley 2430, Ac. 055/2001, Resoluciones 529 y 611/05 S.T.J, Resolución conjunta de Administración General y Contaduría General).-

V.- Se deja constancia que se ha procedido a vincular a las presentes al Representante Legal de Caja Forense.-

VI.- REGISTRESE.-

Dr. Jorge A. Benatti

Juez