

Expte. 75740/2013 - "G. C. F. c/ F. C. R. S/Incidente Familia" – JUZGADO NACIONAL CIVIL Nº 92 – 03/06/2016

Buenos Aires, 03 de junio de 2016.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver el pedido de radicación en el Reino Unido de la niña C. F., nacida el ... de febrero de ..., incoado a fs. 362/368 por su progenitora, la Sra. C. F. G., al que se opone su progenitor, el Sr. C. R. F., a fs. 373/382;

Y CONSIDERANDO:

l) Las presentes actuaciones se inician a fs. 95/100 a raíz del pedido de la progenitora de la niña de que se autorice la residencia temporal de C. (por el plazo de cinco años) en la ciudad de Manchester del Reino Unido, alegando principalmente que mediante un convenio suscripto en el marco del juicio de divorcio se atribuyó la "guarda" de la niña a su favor, y que las dificultades económicas que atraviesa la familia, agravadas por el incumplimiento paterno del deber alimentario, la fuerzan a residir en el extranjero, acompañando a su nuevo esposo que aceptó una propuesta de trabajo en la citada ciudad.

Debe notarse que cuando se inician las actuaciones la niña se encontraba residiendo en el Reino Unido junto con su madre y cursando allí sus estudios, pese a que en los autos conexos s/ régimen de visitas n° ..., se había homologado el convenio del 18 de diciembre de 2012, mediante el cual las partes mantuvieron el sistema de comunicación paterno filial amplio pactado a fs. 5 del expediente sobre divorcio n° ..., y a otorgar una autorización de viaje recíproca y general por ante escribano, comprometiéndose la progenitora a utilizarla durante el receso escolar de C. (ver fs. 72 y 80, expte. n° 26.743/2011).

El 26 de marzo de 2013, poco más de un mes después de la homologación de dicho convenio, se presenta el progenitor en los autos mencionados y denuncia que desde el día 16 de marzo no tuvo más contacto con su hija, razón por la cual se comunicó telefónicamente con la Sra. G. quien le hizo saber que se había trasladado al Reino Unido con la niña. Señala que la progenitora incumplió el objetivo de la autorización de viaje otorgada y exige la inmediata restitución internacional de su hija (ver fs. 81, expte. 26.743/2011).

Como consecuencia de la retención ilícita de la niña en el extranjero, con fecha 23 de junio de 2013, la justicia inglesa ordenó la inmediata restitución de C. a la Argentina, medida que acató voluntariamente la madre y se concretó el 14 de agosto de 2013 (ver expte. n° 75.914/2013).

Habiendo regresado la niña a la Argentina, a pedido del progenitor, el 30 de agosto de 2013 se decreta como medida cautelar la prohibición de salida del país (ver fs. 21, expte. n° 70.931/2013). Ya con posterioridad incluso al inicio de las presentes actuaciones, con fecha 8 de octubre de 2013, se celebra un acuerdo en el Juzgado donde se reformula el régimen de comunicación paterno filial y se asegura la concurrencia de C. al Colegio Sagrado Corazón de Jesús al que concurría antes de su traslado al Reino Unido (ver fs. 37, expte. n° 70.931/2013). El día 3 de diciembre de 2013 se celebra una nueva audiencia donde el progenitor presta conformidad para

que su hija viaje a ese país durante el período de vacaciones estivales, bajo las condiciones que allí se detallan (ver fs. 85, expte. n° 70.931/2013).

En este contexto, a fs. 111/122 de estos autos el progenitor contesta la demanda incoada, oponiéndose a la autorización de permanencia temporal en el extranjero requerida por la madre, resaltando la conducta ilícita de la Sra. G. al retener a su hija en el Reino Unido por fuera del límite de la autorización de viaje que le hubiera otorgado, así como también el impedimento de contacto con su hija por dos meses tras su llegada a la Argentina. El demandado indica que siempre se hizo cargo del cuidado de su hija, asumiendo el compromiso principal durante la convivencia de las partes. Solicita entonces la “tenencia” de C. y propone que la niña permanezca durante el ciclo lectivo en la Argentina y viaje dos veces al año, durante los períodos de vacaciones, a mantener contacto con su madre.

Tras sendas incidencias y altercados entre las partes, se arriba a un nuevo acuerdo con fecha 16 de junio de 2014 en relación al viaje de la niña al Reino Unido durante el receso escolar de ese año (ver fs. 158).

A fs. 177 se abre la causa a prueba y se ordena la prueba ofrecida por las partes, fijándose asimismo una audiencia con C. que se concreta el 23 de septiembre de 2014, luego de la cual también se descartan hechos de supuesto maltrato denunciados por la madre (ver fs. 213).

En la etapa probatoria se registran nuevas diferencias e incidencias entre las partes, sin perjuicio de lo cual el progenitor acuerda que la niña vaya a visitar a su madre al Reino Unido durante el receso escolar en varias oportunidades (ver fs. 300; 339 y fs. 399), acuerdos que hasta el momento se cumplieron con regularidad.

Como se anticipó, producida la prueba de autos, la Sra. G. solicita que se dicte sentencia y reformula su petición inicial, indicando que se encuentra residiendo en Manchester en forma permanente y que pretende que C. se traslade en los mismos términos para vivir junto al grupo familiar, integrado ahora por dos hermanos fruto de la nueva unión de la madre.

Frente a tal replanteo, y la oposición paterna, se celebró una nueva audiencia con la niña en presencia del Sr. Defensor de Menores e Incapaces el 11 de febrero de 2016 (conf. surge de fs. 421).

Fecho, se corrió vista al citado Funcionario, quien se expidió a fs. 425/426, solicitando que previo a decidir sobre la autorización requerida, se adecuara el enfoque de las pretensiones de ambos progenitores al marco de un cuidado personal compartido con modalidad alternada.

II) Debo adelantar que comparto la petición y argumentos esbozados por el Sr. Defensor de Menores.

En efecto, en pleno trámite de estas actuaciones no sólo la actora ha modificado su solicitud inicial, sino que ha entrado en vigor el Código Civil y Comercial, que resulta aplicable al caso y obliga a reformular el encuadre jurídico que corresponde dar a las pretensiones de las partes. Ello a tenor de lo previsto por el art. 7 del citado ordenamiento, que en su parte pertinente reza: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y

situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario...”.

Corresponde señalar también que nuestro Máximo Tribunal ha expresado desde hace años que de acuerdo con el principio *iura novit curia* (“el derecho lo sabe el juez”), los jueces tienen el deber de dirimir los conflictos litigiosos según el derecho vigente aplicable a cada caso, con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes. La aplicación del derecho resulta independiente de las normas invocadas por los litigantes, puesto que los magistrados no pueden ser determinados por las normas, errores u omisiones de las partes (conf. fallos 249-581; 253-446; 254-38; 261-193; entre muchos otros).

Este añejo principio del derecho se complementa con otros principios que han sido expresamente reconocidos en el nuevo ordenamiento civil que en casos como el presente deben articularse para arribar a una solución que tenga en consideración el análisis integral de la situación familiar.

En tal sentido, cabe recordar que en los supuestos donde se encuentran en juego los derechos de niños y adolescentes, debe tenderse prioritariamente a la satisfacción del interés superior del niño, máxima que debe orientar las decisiones de los tribunales en todos los asuntos concernientes las personas menores de edad (conf. art. 3, CDN y art. 3, ley 26.061 y CSJN, 6/2/2001, Fallos: 324:122; 2/12/2008, Fallos 331:2691; 29/4/2008, Fallos 331:941; entre muchos otros).

Siendo así, debe además considerarse la regla reiterada por nuestro Máximo Tribunal, en el sentido de que “los jueces no pueden limitarse a decidir los problemas humanos que encierran los asuntos de familia, mediante una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar...

Lo contrario importaría la aplicación mecánica de normas fuera del ámbito que les es propio haciendo gala de un ciego ritualismo incompatible con el debido proceso adjetivo”. Por el contrario, las modernas tendencias en derecho procesal de familia rescatan lo que Carbonnier pregona desde hace décadas: un “derecho flexible”, más preocupado por ponderar las circunstancias del caso que por burilar perfectas y frías construcciones racionales geométricas (citado por Peyrano, Jorge W., *Doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, LL, 1991-B-1034. Ver al respecto entre muchos otros Arazi, Roland, *Flexibilización de los principios procesales*, “Revista de Derecho Procesal. Número extraordinario conmemorativo del Bicentenario. El derecho procesal en las vísperas del Bicentenario”, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 111).

Esta flexibilidad se vincula con distintos principios procesales y, en lo que aquí concierne, también con el principio de congruencia, que requiere que el juez emita pronunciamiento, total o parcialmente positivo o negativo, sobre todas las pretensiones y oposiciones formuladas por las partes y sólo sobre ellas, respetando sus límites cualitativos y cuantitativos.

Ahora bien, esta congruencia que se exige de las resoluciones judiciales debe ceder frente a situaciones especiales que pueden darse en el marco de los procesos de familia, en aras de la satisfacción de otros derechos y/o principios de raigambre constitucional.

A estos principios cabe sumar otro de gran trascendencia en los procesos de familia: la oficiosidad que debe primar en la actuación judicial.

En este sentido, el art. 709 del CCyC estipula como regla que “En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente”, salvo en los procesos de naturaleza exclusivamente económica entre personas mayores y capaces. Este principio refuerza el rol del juez como director del proceso y postula el paradigma del activismo judicial.

Ya Couture observaba hace décadas que “El juicio civil no es una relación jurídica de dos particulares ante un juez impassible, que se limita a esperar el fin de la lucha, como en el duelo clásico, para proclamar vencedor al que hubiera triunfado según las reglas del combate. Conviene insistir, una vez más, en que el Estado, tiene al igual que las partes, un interés propio en el litigio: sólo que mientras éstas persiguen un interés privado, el Estado persigue que la jurisdicción se cumpla en los términos previstos en la Constitución” (Couture, Eduardo J., Proyecto de Código de Procedimientos civiles (con exposición de motivos), Depalma, Buenos Aires, 1945, p. 42).

Desde el moderno derecho procesal, el modelo del activismo judicial presenta ciertas virtudes: a) confía en los magistrados, al depositar en manos de los jueces civiles un amplio número de facultades- deberes para mejor cumplir su cometido de hacer justicia; b) es creativo y ha aportado numerosos nuevos institutos procesales (tales como las medidas autosatisfactivas, la tutela anticipatoria, la medida cautelar innovativa, etc.); c) se preocupa ante todo por la justa solución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar el sistema procesal respectivo; d) propone una lectura distinta de la Constitución Nacional al incorporar automáticamente sus principios en el juzgamiento del caso; y e) deposita en manos de los jueces la facultad de dictar pruebas oficiosas o para mejor proveer, pero no se agota con el otorgamiento de dicha atribución, pues también tiene otras formas de expresión (como la reconducción de pretensiones defectuosamente planteadas pero parcialmente, el rechazo in limine de pretensiones principales o incidentales y de otros pedimentos, el impulso procesal oficioso, la flexibilización de la congruencia, etc.) (ver en tal sentido, Peyrano, Jorge W., “Sobre el activismo judicial”, LL 2008-B-837; del mismo autor, “El cambio de paradigmas en materia procesal civil”, LL 2009-E-785; Morello, Augusto M., “Un nuevo modelo de justicia”, LL, 1986-C-800; Berizonce, Roberto O., Derecho procesal civil actual, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, ps. 361 y ss.; entre otros).

Si bien la doctrina ha proclamado el activismo judicial en todo tipo de procesos, este modelo se refuerza en la denominada justicia de “colaboración” o “acompañamiento”, de marcado interés social, donde el magistrado asume una misión de apoyo y colaboración con todos los involucrados, que se brinda con el fin de compensar las desigualdades de las partes. Tal es precisamente el caso de los procesos de familia, donde la figura del juez se proyecta hacia un plano preponderante, con incidencia particular en las etapas de preparación del proceso y de prueba, dentro de un esquema procesal necesariamente desformalizado (conf. Berizonce, Roberto O., Derecho procesal civil actual..., cit., p. 368).

Desde esta perspectiva es que la doctrina de familia ha destacado la necesidad de contar con jueces más activos, que dejando de lado un papel de meros observadores neutrales, intervengan enérgicamente en el proceso (ver Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Principios procesales y tribunales de familia, JA, 1993-IV-676”; de la misma autora, “Principios procesales del derecho procesal de familia contemporáneo”, RDF n 51, 2011, ° ps. 307 y 308; Cárdenas, Eduardo J., Familias en crisis. Intervenciones y respuestas desde un juzgado de familia, Fundación Retoño, Buenos Aires, 1992, ps. 83 y ss.; Bertoldi de Fourcade, María V. y Ferreyra de De la Rúa, Angelina, Régimen procesal del

fuero de familia. Principios generales del proceso de familia y un análisis del sistema vigente en la provincia de Córdoba, Depalma, Buenos Aires, 1999, ps. 34 y ss.; Espinosa Cairo, Yerandy y Rodríguez Pérez, Jesús, “La iniciativa de instrucción del juez de familia: ¿un nuevo modelo de juez inquisitivo?, en Kielmanovich, Jorge L. y Benavides, Diego –comp.–, Derecho procesal de familia. Tras las premisas de su teoría general, Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2008, ps. 83 y ss.; etc.).

Así también lo ha entendido la jurisprudencia, al decir: “Encontrándose en juego la suerte de un niño, toda consideración formal pasa a segundo plano; en los procesos en que se ventilan conflictos familiares que involucran a un niño, se amplía la gama de poderes del juez, atribuyéndosele el gobierno de las formas, a fin de adaptar razonable y funcionalmente el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice; en estos litigios, aislar lo procesal de la cuestión sustancial, limitarlo a lo meramente técnico instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible” (SCBA, 25/07/2009, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, Principios procesales del derecho procesal de familia..., cit., p. 308).

A la luz de los argumentos expuestos, corresponde –como anticipé y solicita el Sr. Defensor de Menores e Incapaces- readecuar la pretensión de autos, resolviendo con carácter previo a la autorización que se solicita, la atribución del cuidado personal de C..

III) El Código Civil y Comercial introduce importantes modificaciones en relación al ejercicio de la responsabilidad parental y la figura otrora conocida como “tenencia”, que ahora se denomina cuidado personal del hijo.

En primer lugar, el nuevo ordenamiento distingue tres figuras legales derivadas de la responsabilidad parental, a saber: a) la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental; b) el cuidado personal del hijo por los progenitores; c) la guarda otorgada por el juez a un tercero (conf. art. 640, CCyC).

En segundo término, el art. 648 define al cuidado personal como “los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”; mientras el art. 649 enuncia las clases de cuidado personal: el unilateral y el compartido.

A su vez, el art. 650 distingue las modalidades del cuidado personal compartido, el que puede ser alternado o indistinto. Y aclara que “En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado”.

Dicho esto, cabe observar –coincidiendo con Mizrahi- que el cuidado personal del hijo es una derivación de la responsabilidad parental, de modo que aquél es un ejercicio de la responsabilidad parental acotado a la vida cotidiana del hijo o, en otras palabras, una suerte de ejercicio de la responsabilidad parental restringido. Pero, además, el concepto de cuidado personal implica vivir, alojarse y residir con el hijo. En definitiva, la convivencia hace a la sustancia del cuidado personal (conf. Mizrahi, Mauricio L., Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos, Astrea, Buenos Aires, 2015, ps. 365 y 369).

La reforma que se introduce al antiguo sistema legal encuentra eco en la doctrina nacional, que desde hace varias décadas viene insistiendo acerca de la conveniencia de regular de manera explícita la por entonces llamada “tenencia compartida” (ver entre muchos otros, Grosman, Cecilia P., “La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia”, LL, 1984-B-806; de la misma autora, “El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿utopía o realidad posible?”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Pérez Gallardo, Leonardo B., Nuevos perfiles del derecho de familia, Rubinzal Culzoni, 2006; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lamm, Eleonora, “Pasos jurisprudenciales (dos firmes, otro no tanto) a favor de la guarda compartida. Una visión comparativa a través del nuevo derecho español e italiano en la materia”, JA, 2008- III-986; Hollweck, Mariana y Medina, Graciela, “Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares”, LLBA, 2001- 1425; Oppenheim, Ricardo y Szylowicki, Susana, “Partir o compartir la tenencia. ¿Es posible compartir la tenencia de los hijos en caso de divorcio?”, RDF n° 5, 1991, p. 73; Szylowicki, Susana, “Tenencia compartida solicitada por los padres”, RDF n° 15, 1999, p. 225; Polakiewicz, Marta, “El derecho de los hijos a una plena relación con ambos padres”, en Grosman, Cecilia –dir.–, Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad, Universidad, Buenos Aires, 1998, ps. 192 y ss.; Sirkin, Eduardo, “Tenencia compartida. Interés superior del niño”, EIDial.com; Zalduendo, Martín, “La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño”, LL, 26/09/2006; Iñigo, Delia B., “Una acertada decisión judicial sobre patria potestad compartida”, LL, 1999-D-477; Basile, C. A., “El ejercicio de la autoridad de los padres: dualidad o unitarismo”, LL, 2005-B-1065; Alles de Monasterio, Ana M., “Patria potestad. El superior interés del niño y la tenencia compartida”, ED, 185-103; Chechile, Ana María, “Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental”, JA, 2002-III-1308; etc.).

Tras superar una primera resistencia, la jurisprudencia fue acompañando esta tendencia doctrinaria, acogiendo favorablemente los acuerdos en tal sentido (ver CCiv 1a, 5/5/1943, LL, 30-834; ídem, 5/8/1946, LL, 43-752; CNCiv, Sala D, 21/11/1995, “L. de A., M. C. y A., J. E”, LL, 1996-D-678; ídem, sala F, 23/10/1987, “G., M. M. y otro”, LL, 1989-A-94; CNCiv., Sala D, 21/11/1995, “L. De A., M. C. y A., J. E.”, LL, 1996-D-678; ST T. del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 8/10/1997, LL, 1998-F-569; CNCiv, Sala J, “P. F. E. y P., E. N. S/ divorcio”, 24/11/1998, ED, 185-102; CCiv y Com., Azul, Sala II, 4/6/2001, “T., C. A. c/ M., J.”, LLBA-2001-142; CNCiv, Sala F, “C., E. E. c/ D., L. P.”, 14/2/2002, JA, 2002-II-666; ídem, Sala H, 28/4/2003, “B.,H.R. c/ G.,V.J. s/ div. art. 214 inc. 2º C.Civ.”, RDF n° 25, 2003, p. 187; etc.).

Pero en los últimos tiempos, el desafío fue mayor: no sólo se procuró establecer el cuidado compartido de los hijos como regla tras la ruptura de la relación conyugal o convivencial, sino incluso la posibilidad de imponer tal solución pese a la discordancia entre los progenitores.

El derecho comparado ha sido pionero en este sentido, pues el cuidado compartido de los hijos ha ido perfilándose como un principio en diversas legislaciones.

En nuestro continente, el sistema ha sido receptado en México, cuyo Código Civil establece que “deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres” (art. 283). Por su parte, el Código de Familia del Salvador, determina que “el trabajo del hogar y el cuidado

de los hijos, serán de responsabilidad de ambos cónyuges” y que éstos deben prestarse cooperación y ayuda, para el desempeño de actividades lícitas, emprender estudios o perfeccionar conocimientos (art.39). A su vez, el art. 177 del Código Civil uruguayo reza: “Las convenciones que celebren los cónyuges y las resoluciones judiciales a que se refieren los artículos anteriores, sólo podrán recaer válidamente sobre la tenencia de los hijos, que podrán ser confiados a uno, a ambos cónyuges o a un tercero o repartida entre ellos...”. Por último, merece mencionarse la ley 11.698 del 13/06/2008, mediante la cual se instituyó la “guarda compartida” en el Código Civil brasileiro y se modificó –entre otros- el art. 1584 de dicho ordenamiento, que actualmente dispone en su parte pertinente que “...Cuando no haya acuerdo entre la madre y el padre, la guarda del hijo será aplicada, siempre que sea posible, la guarda compartida”.

Similares soluciones encontramos en la legislación europea. En Francia, el art. 373-2-9 del Código Civil establece que la residencia del niño puede ser fijada en forma alternada en el domicilio de cada uno de sus padres, o bien en el domicilio de uno solo de ellos. Ante la solicitud de uno de los progenitores, o en caso de desacuerdo entre ellos sobre el modo de determinar el lugar en que habitará el niño, el juez puede ordenar a título provisorio una residencia alternada. En Inglaterra, la Children Act de 1989, vigente desde 1991, regula el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental aun después del divorcio.

Esta tendencia fue plasmada en España por la ley 15/2005 que modificó el art. 92 del Código Civil, que en lo que aquí interesa indica que “Aun cuando los padres no lo pidan, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del niño” (inc.8º). A su vez, en el mismo país pero a nivel local, se ha brindado una solución más enérgica, estipulando que el cuidado compartido del hijo es la regla tras la separación de los padres. Tal es el caso de la ley de Aragón 2/2010, del 26 de mayo “de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”, cuyo art. 6 dispone que “El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores: a) La edad de los hijos. b) El arraigo social y familiar de los hijos. c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años. d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia”. Esta misma línea fue adoptada por la Ley 25/2010 que reforma el libro segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia (ver art. 233-8), por la Ley Foral 3/2011 de Navarra sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres (art. 3), y por la Ley 5/2011 de Valencia de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (art. 3).

Tal ha sido también el criterio de la legislación italiana luego de la sanción de la ley nº 54 del 8/02/2006 sobre “Disposiciones en materia de separación de los padres y cuidado compartido del hijo”, que reformó el art. 155 del Código Civil, cuya parte pertinente actualmente expresa: “Aún en caso de separación personal de los progenitores... La potestad paterna es ejercitada por ambos progenitores...”.

En nuestros tribunales, el cuidado compartido de los hijos como solución impuesta comenzó a plasmarse tímidamente desde hace una década. Pero ha sido en los últimos tiempos que esta tendencia se ha ido abriendo camino con más vigor, incluso antes de la sanción del Código Civil y Comercial.

Uno de los primeros fallos donde se resolvió positivamente la cuestión fue dictado por el Tribunal de Familia de La Plata, el 23/12/2003. Corroborada por el Tribunal la aptitud e idoneidad de ambos progenitores para el cuidado de sus hijos, y con miras a superar las desavenencias entre los adultos, se dispuso la realización de un tratamiento psicológico a todos los miembros del grupo familiar y se resolvió: “mientras el tratamiento tenga su curso, la tenencia la ejercerán las partes de manera conjunta y provisoria. No es el criterio del Tribunal... distribuir la tenencia de este modo, en especial para evitar el ‘síndrome de la mochila’ que suelen padecer los hijos cuando han de compartir espacios de tiempo con sus respectivos padres. Sin embargo los efectos nocivos... que el conflicto conyugal no resuelto genera en L. tornarán insignificantes las consecuencias disvaliosas de la tenencia compartida, que de todos modos resulta provisoria” (Trib. de Familia, La Plata, 23/12/2003, “H.,A. c/ E.,M.”, RDF 2005-I).

En otro fallo de la Cámara Civil y Comercial de Azul, sala I, del 8/05/2003, frente a un pedido del padre de modificación de la “tenencia” de su hijo, convenida a favor de la madre, se impuso el cuidado compartido, argumentándose que “la necesidad del contacto y trato frecuente con ambos padres es más que aconsejable para la salud y educación del menor en cualquier circunstancia de la vida”. En estos términos, se concluyó que “A partir del posicionamiento procesal de las partes donde el padre reclama la tenencia exclusiva del menor y la madre lo resiste, debe aceptarse que no se afecta el principio de congruencia si se decide el litigio disponiendo que ella sea alternada o compartida por las partes” (CCiv y Com, Azul, sala I, 08/05/2003, “De la C., A. R. c. P., M. R.”, LLBA, 2003-998. En igual sentido, ver fallo de la Sala II del mismo tribunal, del 4/06/2001, LLBA, 2001-1425).

Por su parte, la sala B de la Cámara Nacional en lo Civil, en un fallo del 28/11/2007, resolvió que “...cuando ambos padres reclaman para sí la tenencia exclusiva -o si pedida por una parte es resistida por la otra- la eventual guarda compartida que disponga el tribunal se encuadra, aunque no mediare petición subsidiaria alguna, en los hechos litigiosos a resolver y en la consecuente facultad del órgano jurisdiccional de aplicar el derecho; justamente por estar en tela de juicio los intereses de otros sujetos de derecho, los niños...” Y concluyó: “En casos como el de autos -con niños que hoy cuentan ya con doce y trece años- la tenencia compartida alternada debe ser alentada desde la magistratura... con esta clase de tenencia, resulta posible neutralizar en gran medida uno de los efectos negativos emergentes de la quiebra de la convivencia, como es el sentimiento de ‘pérdida’ que, con la guarda unipersonal, padecen los hijos y el progenitor no custodio” (CNCiv, sala B, 28/11/2007, a href="/nuevo/archivo-jurisprudencia-detalle.asp?id=18247&base=14">“O. J. M. c/ V. M. P. s/ tenencia”[Fallo en extenso: elDial.com - AA4452] , ElDial.com).

En un célebre fallo de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, del 5/12/2007, el cuidado compartido de los hijos se decidió en un caso donde habiéndose atribuido la “tenencia” a la madre, ésta obstaculizada el contacto con el padre, lo que llevó en instancias anteriores a modificar el régimen de convivencia de los niños a favor de aquél. En este escenario de disputas

persistentes entre los adultos, el magistrado De Lázari subrayó que “Por el rol instrumental que la ley encarga a los progenitores, la pareja parental, pese al divorcio, debe actuar procurando un sano equilibrio entre ambos, y las decisiones relacionadas con la vida de sus hijos tienen que ser tomadas en un marco de diálogo, presidido por la aspiración del máximo bienestar de los hijos... Si el nuevo paradigma en las organizaciones familiares es construir nuevos ciudadanos, ‘respetar los derechos del niño no implica ir en detrimento de los padres, existiendo un equilibrio entre su libertad educativa y representación, con la posibilidad de ejercer sus derechos de acuerdo con su edad. Se trata de una educación hacia la responsabilidad... Debe lograrse una mayor integración, fomentándose la participación y solidaridad de cada miembro del grupo familiar de acuerdo con su rol”.

Asimismo, se puso de resalto que el interés superior del niño “debe ser atendido y protegido por los progenitores a lo largo de la existencia del menor, entendiendo que las acciones y responsabilidades derivadas de la relación paterno filial representan mucho más que el simple contacto físico derivado de la convivencia con el mismo... En este caso, se abre paso a una idea cardinal: compartir. En su significación implica participar en la vida de relación del hijo, colaborar, apoyar, sugerir e incluso decidir en conjunto ambos progenitores. De tal modo, se aventa el preconceito existente en torno a que quien no tiene la tenencia de los hijos es un mero supervisor, un tercero ajeno a la relación que vigila si la tarea conferida se lleva a cabo adecuadamente” (SCBA, 5/12/2007, “B. G. S. c/. M.G., R.A. s/ Incidente de modificación de régimen de visitas”, www.abeledoperrot.com).

En otro precedente del Juzgado de Familia n° 1 de Mendoza, del 24/02/2014, se decidió que “El régimen de tenencia compartida o alternada es mucho más que distribuir la residencia del niño en forma igualitaria o aritmética entre los padres. Requiere de una modalidad de relación entre los padres que garantice el ejercicio de la coparentalidad, para ello es necesario un buen nivel de diálogo, gran capacidad para establecer acuerdos, que C. pueda sentir que ambos padres siguen siendo responsables de ellos y que no es beneficioso que sus padres litiguen toda la vida para ganar juicios en su nombre, sino que respeten sus derechos fundamentales. Estas condiciones se dan, a mi entender, en el caso, por lo que considero que la pretensión de tenencia compartida articulada por la Sra. Asesora... puede prosperar. En la hipótesis, me guía un principio básico, cual es el de considerar como primordial el mejor interés del niño...” (Juz. Fam. n° 1, Mendoza, 24/02/2014, “B., M. L. c. L., M. B. s/ tenencia”, SJA 23/07/2014, ABELEDO PERROT N°: AR/JUR/4912/2014).

En definitiva, como se anticipó, el Código Civil y Comercial se enrola en una tendencia que se impone en el derecho comparado y que ha merecido la aprobación de nuestra doctrina y jurisprudencia nacional, cual es establecer como principio el cuidado personal compartido de los hijos. Tan es así que el art. 651 estipula como regla general 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”.

El cuidado compartido -en sus múltiples variantes- implica la distribución equitativa entre ambos progenitores del goce de los derechos y el cumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales.

Este sistema permite conservar en cabeza de ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones que conciernen a sus hijos aún luego de la ruptura de la pareja. Pero, además, sus principales características y/o consecuencias de su implementación son las siguientes: a) Ambos progenitores son vistos como igualmente importantes en la vida y crianza de los hijos; b) Ambos progenitores comparten la responsabilidad en las funciones nutricias (alimento, sostén y vivienda) y normativas (educación, diferenciación y socialización); c) Los progenitores cooperan en compartir la responsabilidad y la toma de decisiones en la crianza de sus hijos; d) Los niños pasan una cantidad significativa de tiempo con cada uno de los progenitores; e) Se garantizan mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de las desavenencias de la pareja.

Fuera del plano jurídico, existen razones de peso desde la perspectiva psicológica que refuerzan los argumentos favorables al cuidado compartido de los hijos como principio tras la separación de los progenitores.

En tal sentido, los especialistas hablan de la importancia de fortalecer a partir de la ley el proceso de disociación instrumental y funcional entre pareja conyugal y pareja parental necesario en toda etapa de divorcio, de manera de reafirmar que la separación sólo afecta al primer aspecto mencionado. Sólo así podrá desecharse la antigua concepción del divorcio como un hecho extraordinario, patológico y traumático e incluirlo en la evolutiva familiar como un proceso posible dentro de la vida conyugal (Bikel Rosalía, “Vicisitudes de la responsabilidad parental a partir del proceso de divorcio. Tenencia y régimen de visitas”, RDF n° 26, 2002. ps. 26 y ss.).

Pero, además, se ha expresado que “En el imaginario social prevalece la idea de que la aptitud de uno de los padres, para ejercer la tenencia, implica necesariamente la ‘falta de aptitud’ del otro... En los casos en los cuales no existe acuerdo entre los progenitores con respecto a la tenencia, se buscan fundamentos para demostrar la propia idoneidad poniendo mayor énfasis en probar esto que en tomar en cuenta las necesidades de los hijos...”. Para el niño, lo que se juega en estas disputas es “la certeza de que éste se desarrollará mejor en la convivencia con uno de los padres, pero quedando implícita la descalificación del que es excluido como custodio, como una marca social y jurídica que denotaría su culpabilidad”. Ante estas situaciones sumamente complejas, debe trabajarse para “rescatar los aspectos más saludables de cada uno de los progenitores en beneficio de los hijos tomando en cuenta la posibilidad del aprendizaje de las funciones posdivorcio estimulando la rectificación de los errores y la reconstrucción de los vínculos...” (Husni, Alicia y Rivas, María Fernanda, Familias en litigio. Perspectiva psicosocial, LexisNexis, Buenos Aires, 2008, ps. 72/73 y 255).

En el plano psicológico, entonces, desde la óptica de los adultos involucrados, el régimen de cuidado compartido es “inclusivo” y no “excluyente”: permite el reconocimiento de cada progenitor en su rol parental, fortaleciendo sus funciones en la crianza del niño y favoreciendo – aunque más no sea por mandato judicial- la interrelación y comunicación permanente entre los padres. Desde la perspectiva del hijo, este sistema no sólo refuerza su vínculo con ambos progenitores, sino que además atenúa el sentimiento de pérdida o abandono propio de la separación y reconoce al hijo como alguien ajeno al conflicto matrimonial, desterrando los “conflictos de lealtades” inherentes a las separaciones conflictivas.

Los argumentos expuestos dan cuenta de los beneficios de acoger como principio el cuidado compartido de los hijos no sólo frente al acuerdo de los progenitores, sino incluso pese a su

oposición. De hecho, es precisamente en los contextos familiares más conflictivos donde las implicancias jurídicas y psicológicas de atribuir el cuidado compartido se visualizan con mayor nitidez, no sólo como mecanismo igualador de las funciones parentales, sino en especial como herramienta eficaz para atenuar los síntomas de las separaciones disfuncionales en los niños.

Como anticipé, del art. 651 del CCyC se desprende el énfasis que el legislador ha querido dar a la crianza compartida de los hijos, más allá de que finalmente se inclina por dar preponderancia a la modalidad indistinta que implica la residencia principal del niño con uno de sus progenitores. Pero también se aclara que esta modalidad no será otorgada cuando se advierta que resulta perjudicial para el hijo.

En definitiva es aquí nuevamente el interés superior del niño el principio que se tendrá en cuenta a la hora de decidir la modalidad del cuidado compartido, conforme surge expresamente del art. 639 inc. a) del CCyC.

La vaguedad e indeterminación de la cláusula del interés superior del niño contenida en el art. 3 de la CDN, ha despertado una fuerte labor interpretativa por parte de doctrinarios, magistrados e, incluso, proveniente de resoluciones internacionales (como la Opinión consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y de legislaciones locales.

Así, por ejemplo, el art. 3 de la ley 26.061 define al interés superior del niño como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos, debiéndose respetar -entre otras pautas- su condición de sujeto de derecho (inc. a), su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta (inc. b), el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural (inc. c), y su centro de vida o lugar donde hubiera transcurrido la mayor parte de su existencia (inc. f).

Tal como ha señalado Grosman, el concepto del interés superior del niño representa su reconocimiento como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Esto significa que resultará en su interés toda acción o medida que tienda a respetar de manera más efectiva la mayor cantidad de derechos involucrados. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño (conf. Grosman, Cecilia P., "Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño", LL, 1993-B-1095).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la citada Opinión Consultiva 17/2002, señaló que el interés superior del niño debe ser entendido "como la premisa bajo la cual debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia... Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño". Constituye, pues, "el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en este instrumento, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades".

En estos términos resulta evidente que el principio del interés superior del niño no puede ser considerado en forma abstracta, sino que debe determinarse en función de los elementos

objetivos o extrínsecos (contexto social, familiar, cultural, etc.) y subjetivos o intrínsecos (edad, salud, personalidad, deseos y necesidades del niño) propios de cada caso en concreto.

Así se ha señalado, que al interpretar el interés superior del niño “hay que relacionar su contenido con las circunstancias concretas de las personas que intervienen en la relación jurídica. La formación de la decisión en la que se determina dónde se sitúa el interés superior del niño ha de hacerse siempre con la consideración de todos los datos que conforman la situación del niño y donde es imprescindible tener en cuenta las circunstancias concretas de los protagonistas que le rodean” (Herranz Ballesteros, Mónica, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 53).

En este sentido se ha expresado con claridad la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sendos precedentes. Así, en el caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, del 24/02/2012, el Tribunal sentenció que “la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios”, y “que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona¹” (párr. 109 y 110, los destacados me pertenecen, publicado en www.corteidh.or.cr/).

En el caso de autos, del resultado de las dos entrevistas personales mantenidas con C. se desprende el afecto y cercanía que siente por ambos progenitores. Ello, sumado a la circunstancia de que sus dos referentes afectivos residen en distintos países, me permite afirmar –en coincidencia con lo dictaminado por el Sr. Defensor de Menores e Incapaces- que la solución que mejor se ajusta al interés de la niña es el otorgamiento del cuidado personal compartido bajo la modalidad alternada.

Es más, la satisfacción del interés superior del niño a través del cuidado compartido alternado se sustenta en lo normado por los arts. 9.3 y 18.1 de la CDN. El primero expresa 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, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. El segundo afirma que “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

En este orden de ideas, Di Lella ha sostenido que “Las normas legales y la disposición de la Convención sobre los Derechos del Niño son claras al establecer que en principio el niño tiene derecho a que ambos padres participen en la elaboración de su plan de vida...” (Di Lella, Pedro, “El ejercicio de la patria potestad de padres no convivientes”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída –dir.-, *La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grosman*, t. II, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2009. ps. 261/262).

A tenor de lo expuesto, coincido con Mizrahi cuando afirma que mientras el cuidado personal unilateral será propiamente excepcional y, por lo tanto, de aplicación muy restringida, el cuidado personal compartido alternado debe ser determinado por los jueces en numerosas situaciones en las que se entienda que responde al mejor interés del hijo. “Es que el criterio subyacente es lograr un mayor involucramiento de ambos progenitores en la formación y educación del niño...” (Mizrahi, Mauricio L., Responsabilidad parental..., cit., ps. 371).

En rigor, como sostiene el mismo autor citado, el cuidado alternado es el verdadero equivalente a la que tradicionalmente conocíamos como “tenencia compartida” (conf. Mizrahi, Mauricio L., Responsabilidad parental..., cit., ps. 375. Cám. Fam. de Mendoza, 01/10/2015, “S., S. L. en S. y M. p/ hom. de convenio c. M., M. s/ incidente de modificación de convenio - medida precautoria”, ABELEDO PERROT Nº: AR/JUR/65570/2015).

La modalidad alternada del cuidado compartido también ha sido promovida por la jurisprudencia aún antes de la sanción del nuevo Código. En este sentido, la sala G de la Cámara Nacional en lo Civil, con fecha 29/09/2014, confirmó la sentencia de instancia que había otorgado la “tenencia” compartida y alternada del niño frente a la petición de atribución exclusiva por ambos progenitores, tras señalar que “El estudio pormenorizado de las farragosas actuaciones cumplidas en este proceso y sus acollarados me lleva a la convicción que ambos progenitores, en una postura que respetuosamente califico de huera de objetividad y con base en un exacerbado egoísmo, en un evidente ‘pase de facturas’, han descuidado el interés mayor del niño, que se traduce en la necesidad de garantizarle su contacto regular con ambos ya que el quiebre de la unión parental no debe impactar en el desarrollo de funciones primordiales ya que son independientes y refieren a dos ámbitos personales diferentes en su composición y dinámica... No veo entonces que ninguno de ambos progenitores se vea disminuido en su aptitud a los fines de llevar adelante- con las limitaciones propias que cada uno de los seres humanos tenemos- con responsabilidad y denuedo, sus respectivos roles naturales; y como contratara, tampoco que alguno se vea por encima del otro respecto a lo que les es propio e indelegable en la guarda del vástago, en una disputa que a la luz de todo lo meritado, aparece francamente como estéril...” (CNCiv., sala G, 29/09/2014, “R. L. N. G. C/ N. W. A. C. s/ Tenencia de hijos”, eDial.com - AA8B4F).

En el supuesto especial de autos, esta modalidad alternada de traduce en los llamados “bloques de residencia”, de modo que la niña pasará a tener dos centros de vida o residencias, en la Argentina y en el Reino Unido: uno durante el período lectivo y el otro durante los recesos escolares o períodos de vacaciones.

A idéntica conclusión se llegó en un fallo de la sala H de la Cámara Nacional Civil del 31/05/2010, que modificó la sentencia de primera instancia, decidiendo otorgar el cuidado de un niño de 10 años en forma compartida y alternada a ambos progenitores. En el caso, el padre con domicilio en la Argentina y la madre radicada en el Perú, reclamaban cada uno para sí la “tenencia” de su hijo. En este contexto, se puso de resalto que “el menor quiere estar la mayor parte del tiempo con su madre, y por ende, los períodos vacacionales con su padre”. En el caso, “el niño tiene dos ‘centros de vida’, posibles y seguros, pero que el que mejor resguarda el ‘interés superior del menor’ en el sub júdice (conf. art. 31 inc. f ley 26.061 y art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) es junto a su madre la mayor parte del año”, por lo que “corresponde establecer la tenencia compartida alternada de ambos progenitores, de modo que durante el año escolar sea su madre,

con residencia en Perú, quien tenga el ejercicio de la patria potestad, y durante los periodos de receso escolar, sea su padre, con residencia en la Argentina, quien la ejerza” (CNCiv., sala H, 31/05/2010, “V. Q., M. E. c/ K. N. A. s/ Ordinario. Tenencia de hijo”, inédito).

En definitiva, como anticipé, el interés superior de C. queda satisfecho con la atribución del cuidado personal compartido bajo la modalidad alternada, debiendo alternarse la residencia de la niña entre la Argentina y el Reino Unido, con cada uno de sus progenitores y según el ciclo lectivo.

A fin de acordar los alcances de dicha alternancia, y a tenor de lo expresado por C. ante la suscripta y el Sr. Defensor de Menores e Incapaces, firme la presente, se convocará a una audiencia con las partes en orden de priorizar la solución autónoma frente a la heterónoma. De no ser ello posible, se resolverá inmediatamente la cuestión debatida.

IV) Por estas consideraciones y de conformidad con lo dictaminado precedentemente por el Sr. Defensor de Menores e Incapaces, RESUELVO:

a) Atribuir el cuidado personal compartido bajo la modalidad alternada de la niña C. F. a la Sra. C. F. G. y al Sr. C. R. F., debiendo alternarse la residencia de la niña con cada progenitor entre la Argentina y el Reino Unido, tomando como consideración el período lectivo y los recesos de vacaciones de invierno y verano.

b) Firme la presente, a fin de definir la modalidad y alcances de dicha alternancia, se convocará a una audiencia con las partes tras la cual, de no arribarse a acuerdo alguno, se resolverá inmediatamente la cuestión debatida. c) En atención al modo en que se resuelve, costas por su orden (conf. arts. 68 y 69, CPCC). d) Notifíquese a las partes, y al Sr. Defensor de Menores en su despacho.-

Fdo.: MARIA VICTORIA FAMÁ (JUEZ SUBROGANTE)