

Cuidado Personal Compartido Indistinto

JURISPRUDENCIA

Cuidado personal compartido indistinto

Se confirma la

sentencia que dispuso el cuidado personal compartido de la hija de ambas partes por considerar que tal régimen generaba cierta estabilidad para la niña e incluso para el grupo familiar y no existían motivos para modificarlo salvo ajustes propios de su cumplimiento. Por otra parte, se insta a los padres a superar el estado de contrariedad o conflictividad existente. En la ciudad de Trenque Lauquen, provincia de Buenos Aires, a los treinta días del mes de noviembre de dos mil diecisiete, celebran Acuerdo extraordinario los jueces de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Carlos A. Lettieri, Silvia E. Scelzo y Toribio E. Sosa, para dictar sentencia en los autos ?M.C.A. C/ G.D.S. S/ TENENCIA DE HIJO? (expte. nro. -89779-), de acuerdo al orden de voto que surge del sorteo de f. 693, planteándose las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿es fundada la apelación de f. 620 contra la sentencia de fs. 613/619?. SEGUNDA: ¿qué pronunciamiento corresponde emitir?. A LA PRIMERA CUESTION EL JUEZ SOSA DIJO: 1- Cae en saco roto la queja del apelante acerca de la modalidad indistinta dispuesta por el juzgado respecto del régimen de cuidado personal compartido, porque: a- oportunamente él mismo la propuso (f. 36), sin que se hayan puesto en evidencia circunstancias que le permitan cambiar el criterio; antes bien, si algo no cambió es la conflictividad permanente en cuyo marco el recurrente pudo abogar por esa modalidad; b- argumentos tales como que la sentencia ?no tuvo en cuenta la realidad de las partes ni la situación de conflictividad reinante?, ?hizo caso omiso a las peticiones de quien suscribe...de la Abogada del Niño y del Asesor de Menores? y ?tampoco tuvo en cuenta las conclusiones de las pericias psicológicas?, ?sólo tuvo en cuenta... las necesidades de la actora...?, constituyen generalidades y no crítica concreta (fs. 668 vta. 4 párrafo 2°, 668 vta. último párrafo y 669 párrafo 1°; arts. 260 y 261 cód. proc.). 2- En cuanto al régimen comunicacional, haberse pactado uno para el mes de enero de 2017 no es argumento que sirva para demostrar el supuesto error del dispuesto por el juzgado para los demás períodos del año diferentes de enero, y, por otro lado, es virtualmente un argumento a favor del acierto del prácticamente igual establecido por el juzgado en lo sucesivo para los meses de enero (fs. 669 vta. párrafo 2°, 670 párrafo 2°, 502/vta. y 663; arts. 260, 261 y 384 cód.proc.). 3- Considerando que según el apelante deben ser los padres quienes en pos del bienestar de su hija debieran ?dejar de lado las exigencias propias? (f. 670 párrafo 2° in fine) y que admite que por trabajar en el campo con su padre tiene ?un poco de elasticidad para manejar los horarios? (f. 669 último párrafo), es factible que, abdicando de alguna exigencia propia en función de esa elasticidad, lo dispuesto en sentencia -sólo recurrida por él, dicho sea de paso- pueda ser cumplido adecuadamente; en todo caso, en la audiencia que pidió a f. 671 vta. 6 no quedó constancia de que hubiera propuesto ante la cámara ninguna otra alternativa superadora (f. 691). 4- En cuanto a las cuestiones que se dicen omitidas (f.670 vta. ap. c), se trata más bien de detalles de implementación de lo decidido, que le competen al juzgado decisor y no a la cámara (arg. arts. 166.7 y 509 cód. proc.). VOTO QUE NO. A LA MISMA CUESTION EL JUEZ LETTIERI DIJO: En punto a la queja de la apelante respecto de la modalidad del cuidado personal compartido dispuesto por el juez para la vida cotidiana de C., es oportuno hacer notar que la nota característica del cuidado personal compartido indistinto, radica en la permanencia más prolongada de la hija en uno de los dos hogares, mientras que en el modo alternado, no residiría de manera principal en uno de los dos hogares. La diferencia, es pues de intensidad temporal en la convivencia, confiriendo un cuidado personal continuo al progenitor conviviente lo que no altera, conforme la última parte del artículo 650 del Código Civil y Comercial, que las funciones de cuidado sigan siendo compartidas, sin perjuicio de dónde o con quién resida la niña. Además, es claro que la preferencia legal respecto de la asignación del cuidado personal de los hijos, la resuelven los artículos 651 y 656 del Código Civil y Comercial en favor del cuidado compartido con la modalidad indistinta. En este sentido, si bien la ley respeta la voluntad de los progenitores en la decisión respecto a cómo organizar sus vidas, a falta de acuerdo o en interés del hijo establece un principio orientador para el juez, en concordancia con la tendencia prevaleciente en el derecho de familia comparado, permitiéndole otorgar de oficio, como primera alternativa, la modalidad dispuesta por la sentencia apelada (fs. 36, 617.I). En suma, si la variación entre la modalidad alternada y la indistinta finca -como se ha expresado- sólo en otorgar un mayor énfasis a la convivencia de la niña con uno de los progenitores, sin dejar de compartirse entre ellos las funciones de cuidado, y si esa es la modalidad preferente que el juez puede elegir de oficio, ciertamente que -como se alienta en el voto en primer términos- los argumentos que allí se señalan debieron ser mucho más precisos para poder adquirir la entidad suficiente que exige una crítica concreta y razonada de la cual resultara -inequívocamente- la imposibilidad del modo elegido o acaso que este fuera perjudicial para la niña. Lo que no aparece fundamentado francamente en los agravios (arg. art. 260 y 261 del Cód. Proc.). En definitiva, es bueno recordar que el cuidado personal de los hijos es una derivación del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 640 del Código Civil y Comercial). Por manera que cualquier modalidad que se elija o establezca respecto al cuidado de la niña no

alteraría ni modificaría el ejercicio conjunto de la misma. Incluso si se dispusiera excepcionalmente, un cuidado unilateral (arts. 652 y 653, último párrafo, del Código Civil y Comercial). Porque difícilmente sería posible un ejercicio funcional de la responsabilidad parental y tomar decisiones respecto de C. de carecerse de la predisposición para procurar mantener, entre los progenitores, la necesaria unión parental aun con posterioridad a la disolución de la pareja afectiva entre ellos. Lo que el padre y la madre deben superar, es el estado de contrariedad o conflictividad a que alude el apelante, antes que un régimen de cuidado personal que propenda a que tal situación se naturalice. Por lo expuesto, adhiero al voto del juez Sosa. ASI LO VOTO. A LA MISMA CUESTION LA JUEZA SCELZO DIJO: 1. En cuanto al régimen de parentalidad, adhiero a las explicaciones dadas por el juez Lettieri respecto de las modalidades de cuidado personal compartido indistinto y alternado y sus notas típicas. Ahora bien, en cuanto a cual ha de fijarse en el caso, en virtud del régimen de comunicación que me parece más adecuado para la niña involucrada, encuentro que el alternado es el que se evidencia como más acorde y se desprende naturalmente del régimen de contacto que propicio; pues según este régimen no puede predicarse que la niña permanezca materialmente más tiempo con un progenitor que con el otro. En todo caso, si milimétricamente ello fuera así, no es decisivo para modificar esta opinión. Por lo demás, adhiero al punto 4 del primer voto. Respecto de vacaciones, atento las razones esgrimidas por el progenitor, no parece beneficioso para la niña que justamente esa semana en que son los cumpleaños de tres de los integrantes del grupo familiar paterno más cercano, sea alejada del mismo. Razón por la cual propicio que la madre escoja cualquiera de las otras tres del mes de enero, toda vez que no ha habido oposición paterna en ello (arg. arts. 51, 646.a., 647, 700.c., CCyC; 9 ley 26061; 8.1. Conv. Dchos. del Niño). 2. De cara a expedirme respecto del régimen de contacto, advierto que si bien las necesidades de los progenitores, sus actividades laborales o de dispersión son subjetivamente consideradas por los adultos cuando se requiere un régimen de comunicación con los hijos, lo que debe primar, no son sus intereses, sino el bienestar e interés del niño por sobre el del adulto a fin que esa comunicación sea la mejor para el desarrollo de la personalidad del niño. Personalidad, desarrollo y salud psicofísica de la niña que los progenitores se advierte no han sabido preservar hasta el momento, anteponiendo su conflictiva por sobre el interés superior de la menor. Ello pese a la constante exhortación del juzgado, el asesor de menores y la abogada del niño, quienes han realizado innumerables llamados a la reflexión tanto a los progenitores como a letrados, con resultado infructuoso. En esa línea no parece que un régimen de comunicación que corte los días de la semana de lunes a viernes en franjas horarias horizontales (de 12 a 17 hs. con el padre y de 17 a 20 ó 21 hs. con la madre), donde los padres no puedan compartir una tarde completa con sus hijos, que deban estar pendientes del horario de retorno -porque cualquier insignificante demora generará un nuevo conflicto- en lugar de disfrutar distendidamente del encuentro, sea un régimen que facilite la comunicación, el contacto fluido y sano con el niño, que permita organizar una tarde de esparcimiento o bien de visitas con el resto de los integrantes de la familia, en fin, todo lo que un padre y un hijo harían de no tener que transitar un mecanismo de comunicación rígido. Este régimen fijado en sentencia, responde a la actividad laboral de la progenitora correspondiente al año 2017 (ver fs. 514, pto. I.párrafo 3ro.) y sería acorde a uno similar del año 2016 (ver escrito de fs. 193/194, donde se propuso nuevo régimen de parentalidad). Aclaro que la progenitora manifestó que no sabe sus horarios de cada año, ya que en cada acto de titularidad docente recién sabrá cuál será su rutina laboral anual (ver f. 498, párrafos 2do. y 3ro.). En este contexto de incertidumbre horaria laboral materna año tras año, en tanto los progenitores no puedan tener una comunicación sana y beneficiosa para la niña, a fin de coordinar un régimen de comunicación que coloque en primer término su superior interés y que además contemple en una segunda instancia las actividades laborales de los adultos, no parecería -en principio- adecuado sujetar el régimen y la vida de la niña a los constantes vaivenes laborales maternos. Pero lo cierto es que, el régimen de la sentencia privilegia que la madre esté en los hechos todos los días con la niña un tiempo mayor que el provisorio (de 17 hs. a 20 ó 21 hs., horario en que al día de hoy no trabajaría); mientras que el propuesto en la apelación lo hace día por medio -al igual que el actual- en horarios en que la progenitora se encuentra trabajando; pero este inconveniente también lo tiene el padre, pues pese a su flexibilidad laboral, nadie dijo que no trabajara, debiendo adaptar su actividad al régimen; por otra parte, el régimen de la sentencia tiene de negativo que impide al padre tener más tiempo continuo con su hija, organizar alguna salida distendida y sin apremios de horario, ya que fracciona y circunscribe su contacto semanal al horario de 12 a 17 hs. cuando podría -según sus dichos- estar tiempo continuo con la niña y no ver obstruido su contacto por una casi siempre necesaria siesta de los niños, quedándole muy poco tiempo para relacionarse con su hija. En fin, los horarios de la sentencia someten a la niña y a las partes a vivir dependientes del mismo como una actividad cotidiana más de cumplimiento obligatorio, debiendo suspender o impedir programar ciertas actividades de horario más prologado; además del deber de cumplir estrictamente pues de no hacerlo se generarán nuevos reproches y conflictos. Cuál de las dos alternativas es más beneficiosa para C. no se sabe a través de un informe técnico que pudiera brindar cierta luz a la situación a fin de decidir en función de su superior interés, evaluando su situación particular, en vez de hacerlo en función de un ritualismo formal, o consideración de carácter dogmático, o en mérito de una apreciación subjetiva del sentenciante. Lo que sí se sabe es que el actual régimen, el de fs. 502, que dispone que la niña esté alternativamente un día con la madre y otro día con el padre

de lunes a viernes más cercano al propuesto por el apelante, al parecer ha funcionado en el sentido de generar cierta estabilidad para la niña e incluso para el grupo familiar, y siendo así, no advierto motivo que justifique modificarlo en demasía salvo ajustes propios de su cumplimiento, máxime si al inicio del ciclo lectivo 2018, la progenitora se verá nuevamente interferida, quizá, por otro horario laboral distinto al actual; con lo cual sujetar todo el tiempo el régimen de contacto entre la niña y sus padres al cambio laboral materno implicaría una constante readaptación de la niña y de la vida familiar en desmedro de una cierta estabilidad y organización que hasta el momento los progenitores por sus propios medios no le han podido brindar. Por lo demás, sujetar el régimen de comunicación a constantes cambios con la consiguiente conflictiva para su fijación, no parece que contribuya a bajar el nivel de controversia imperante entre los adultos a lo largo de los cuatro cuerpos que lleva la causa con denuncias recíprocas que ninguna de las partes se ha ahorrado en exteriorizar, generando un campo propicio para nuevos motivos de beligerancia. Lo más saludable para la niña y los adultos hubiera sido que en la audiencia ante esta cámara o en otra en la primera instancia cada uno de los adultos lograra resignar sus posturas en pos del bienestar de su hija; como no lo lograron, no queda más alternativa que una decisión judicial, que en mi caso propende a mantener el estado de cosas y no generar nuevos y constantes cambios de no evidenciarse imprescindible.

En definitiva propongo mantener el régimen actual más cercano al de la apelación o prácticamente igual (aclaro que no advierto mayores diferencias en cuanto a días de permanencia de C. con sus padres, horarios semanales y de fines de semana), con algún ajuste mínimo que las partes estimen hubiera quedado sin resolver, el que deberá ser planteado en la primera instancia (arg. art. 709, CCyC). Es que a mi juicio es el régimen que mejor recepta el principio favor debilis o pro minoris, con expresa recepción en los arts. 3, 5 y cctes. de la ley 26.061, conforme el cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de éstos, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. Por ello, en aras de ese interés superior de la menor y de la protección y defensa de sus derechos, quedan relegados en una medida razonable los que pudieren invocar los mayores, y el procedimiento de régimen de visitas despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta, aún mucho más resaltada a partir de la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño en nuestro texto constitucional por imperio de la reforma de 1994 (conf. SCBA LP C 109139 S 16/03/2011 Juez PETTIGIANI (SD) Carátula: A. d. l. F. ,E. c/V. ,S. G. s/Régimen de visitas; fallo extraído de Juba). Sin perjuicio de la modificación cuando el paso del tiempo marque otras necesidades de C. muy diversas de las que hoy se tienen en cuenta (art. 655, anteúltimo párrafo, CCyC). **TAL MI VOTO.**

A LA SEGUNDA CUESTION EL JUEZ SOSA DIJO: Corresponde habiéndose alcanzado las mayorías necesarias, desestimar la apelación de f. 620 contra la sentencia de fs. 613/619, con costas al apelante infructuoso (arts. 68 y 77 párrafo 2º cód. proc.), difiriendo aquí la resolución sobre honorarios (art. 31 d.ley 8904/77). **TAL MI VOTO.** **A LA MISMA CUESTION EL JUEZ LETTIERI DIJO:** Que adhiere al voto que antecede. **A LA MISMA CUESTION LA JUEZA SCELZO DIJO:** Que adhiere al voto emitido en primer término al ser votada esta cuestión. **CON LO QUE TERMINO EL ACUERDO, DICTANDOSE LA SIGUIENTE: SENTENCIA** Por lo que resulta del precedente Acuerdo, habiéndose alcanzado las mayorías necesarias, la Cámara **RESUELVE:** Desestimar la apelación de f. 620 contra la sentencia de fs. 613/619, con costas al apelante infructuoso, difiriendo aquí la resolución sobre honorarios. Regístrese. Notifíquese según corresponda (arts. 133, 135 inc. 12 y 249 últ. párr. CPCC). Hecho, devuélvase. **027081E**