

Cuidado Personal Responsabilidad Parental Interes Superior Del Nino Eleccion Del Establecimiento Educativo

JURISPRUDENCIA

Cuidado personal. Responsabilidad parental. Interés superior del niño. Elección del establecimiento educativo Se confirma la resolución que determinó el establecimiento educativo al que debía concurrir un niño -jardín y preescolar- frente al desacuerdo de sus progenitores, al concluirse que debía escogerse una institución perteneciente a la colectividad judía pero que fuese más tolerante frente a la conducta de las familias -en este caso el progenitor- que no practicaban la religión en forma ortodoxa, para asegurar que ambos progenitores pudieran tener una participación lo más activa posible en la vida educativa de su hijo. Asimismo, se consideró que aun aceptando que el padre hubiera modificado sus actividades religiosas, ello podría provocar alguna resistencia en el colegio (ortodoxo) elegido por la madre en el cual se requería la observación estricta de ciertas prácticas, no solo para el niño sino también para su familia directa y cuyo incumplimiento podía generar consecuencias no queridas para el niño. Buenos Aires, 27 de febrero de 2019.- Y VISTOS: Y

CONSIDERANDO: I. Contra la resolución que obra a fs. 129/150, que estableció cautelarmente que el niño T E B deberá concurrir durante el ciclo educativo inicial -jardín y preescolar- a la escuela y puso en cabeza del progenitor el pago de la cuota, la matrícula y de cualquier otra actividad propia de dicha institución educativa y que debe comunicarse al colegio mencionado que deberá respetarse la alimentación kosher del menor que éste llevará en su propia vianda, alza sus quejas la madre, quien las vierte en el escrito de fs. 154/167, que fue respondido por la tutora del niño a fs. 172/176 y por el actor a fs. 177/179. La Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, en el dictamen de fs. 203/206 desistió del recurso interpuesto en la instancia de grado a fs. 186. II. La nueva normativa que rige el cuidado personal y la responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación se inclina, salvo algunas excepciones, a la autonomía de la voluntad de los padres en el diseño de su vida familiar y posibilita ampliamente que acuerden, ante la ruptura de la convivencia, tanto la forma y modalidad de su ejercicio como cualquier decisión tendiente a regular el ejercicio de los contenidos de dicha responsabilidad parental. Es menester destacar que los progenitores no han logrado un mínimo consenso que debe primar en este tipo de decisiones que se refieren a la educación de su hijo, incluso a pesar de la audiencia convocada por el Tribunal en la que se intentó un acercamiento de las partes, ante lo cual se impone la difícil tarea de suplantar la voluntad de los padres, en el interés del niño, en una cuestión tan íntima y delicada como la mencionada precedentemente. No es superfluo recalcar la dificultosa decisión que se impone si se advierte que en la cuestión ventilada y que involucra las íntimas convicciones de sus padres, el Poder Judicial se ve compelido a asumir por un imperativo legal ante el fracaso de aquellos para arribar a una voluntad común en pos del bienestar de su hijo. No se nos escapa tampoco que estamos frente a una decisión que es provisional, no solo por su resultado, sino también porque no impide que los progenitores, en el tiempo, puedan reflexionar y cambiar las posturas asumidas en autos en este tema que involucra un aspecto esencial del futuro de su hijo. III. Ahora bien, es dable señalar que, el actor solicitó autorización judicial para que su hijo asista a algún establecimiento educativo que garantice la libertad religiosa del menor, entre los cuales menciona a los colegios, indicando que las dos primeras opciones pertenecen a la colectividad judía y que responden a la idiosincrasia de sus progenitores. También manifestó que una vez que el niño tenga la suficiente edad y madurez podrá elegir la institución a la que desee concurrir (ver fs. 1/14). La madre en su contestación (ver fs. 15/30) no solo disiente en punto a la enseñanza que desea que reciba su hijo sino que también sostiene que debe ser respetuosa de las normas religiosas del judaísmo, que ella profesa en cuanto al respeto de determinadas fechas y hábitos alimenticios y que -según señala- también respetaba el padre. A fs. 37/38 se dispuso, como medida precautoria, que el niño concurra a una escuela ¿judía no ortodoxa? y se respete la alimentación kosher de aquél, para el ciclo 2018. Asimismo, también se instó a las partes para que propongan, para cumplir con dicha medida, un establecimiento de las características mencionadas lo cual no llegó a producirse para el ciclo lectivo mencionado. Mientras las seis instituciones que propuso la madre en su escrito de fs. 39/40 fueron rechazadas por el actor (ver escrito de fs. 44/59) la opción indicada por éste también fue descalificada por la apelante (ver presentación de fs. 60/65). Así, el Sr. Defensor de Menores de la instancia de grado propuso que el niño concurra a la escuela con fundamento en que fue la única institución propuesta por la madre que no recibió una objeción precisa del padre y por ser la escuela a la que concurrió su progenitora en parte de su educación y que es congruente con las normas alimentarias que rigen en el hogar de residencia principal (ver fs. 66/73). En la resolución de fs.74 se decidió que el debate quedaría circunscripto a dos instituciones educativas, una propuesta por la madre y otra presentada por el padre (y se dispuso librar oficios a dichas escuelas a fin que remitan un informe pormenorizado de su proyecto educacional para el nivel inicial, indicándose, además, los alcances de la educación religiosa que reciben sus alumnos incluyéndose aspectos tales como vestimenta, rezo en el colegio, integración o separación de

grupos de niños en función del sexo o alimentación que reciben, si se permiten viandas con alimentación kosher y los días de fiestas judías en que se dictan clase. Las respuestas a dichos requerimientos serán analizadas en el considerando VI. IV. Debe señalarse que todos los antecedentes de la causa deben evaluarse atendiendo especialmente al interés superior del niño involucrado en autos por sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en el caso en concreto. En efecto, tal principio, está contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño -arts. 3°.1, 8°.1, 9°.1 y 21 y art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional- y la ley 26.061, que el Tribunal debe preservar (conf. C.S.J.N., Fallos: 318:1269, especialmente considerando 10; 324:122; 331:2691; 331:941; entre muchos otros). El niño tiene derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto. El principio que dicha norma prevé, la protección del interés superior del niño (que no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho, sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso -doctrina de C.S.J.N., Fallos: 324:975, voto de los Dres. Boggiano y Vázquez, y 328:2870, voto de los Dres. Fayt, Zaffaroni y Argibay), debe aplicarse con la preeminencia que la Constitución Nacional -art. 75, inc. 22- les otorga a los tratados internacionales a los que nuestro país esta vinculado (conf. Ibarlucía, Emilio A., 'El interés superior del niño' en la Corte Suprema?, LL 2007-E-452 y sus citas, Méndez Costa, María J., 'Registro único de aspirantes a guarda con fines adoptivos (ley 25.854)?', LL 2004-B-1210). En toda actuación que se siga respecto de un menor éste se convierte automáticamente en centro y eje del proceso, desplazando su propio interés cualquier pretensión de determinar el mismo en función de conveniencias que hagan meramente al interés de terceros, sean éstos sus padres o eventuales representantes (conf. Cárdenas, Eduardo - Cimadoro, Mirta S. - Herscovici, Pedro - Montes, Irene, 'La escucha del niño en el proceso judicial de familia?', en LL 2007-B-1132; Ludueña, Liliana, 'Derecho del niño a ser oído. Intervención procesal del menor?', Revista de Derecho procesal, 2002-2, Derecho Procesal de Familia; Mizrahi, Mauricio Luis, 'Familia, matrimonio y divorcio?', pág. 478; Gil Domínguez, Famá y Herrera, 'Derecho constitucional de familia?', 2006, t. I, pág. 577; CNCivil, Sala K, del 30-3-10 in re 'C., E. F. y otro c/ M., P. L. s/ Autorización. Proceso especial?'). En este sentido, los nuevos paradigmas incorporados a nuestra legislación y directivas de la legislación internacional a la que ha adherido nuestro país, la persona menor de edad es un sujeto pleno de derechos y no un objeto de protección, y ello no solamente vale para el juez, sino que principalmente tiene que ser entendido por los padres: sus hijos son personas y sujetos de derechos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación -voto del Dr. Maqueda- ha determinado que la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, e incluso, el de los propios padres (autos "S., C.", sentencia del 2/8/2005, Fallos 328:2870). A su vez, el artículo 706 del Código Civil y Comercial, referido a los principios generales de los procesos de familia, prescribe en su ap. c.) que la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas y respetar la tutela judicial efectiva (primer párrafo). V. Dispone el art. 642 del Código Civil y Comercial de la Nación que 'en caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público. Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos años. El juez también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación?'. En ese sentido, esta norma funciona en todos los supuestos de conflicto en la órbita de la responsabilidad parental, independientemente de la fuente de la filiación, siempre que ambos progenitores sean titulares de dicha responsabilidad y no estén privados o suspendidos de su ejercicio y cualquiera de ellos puede acudir al juez para que decida lo más conveniente para el niño y la familia. Tal intervención apunta a impedir el ejercicio disfuncional o abusivo de los progenitores de su responsabilidad en desmedro de la protección y formación integral de los hijos. La intervención judicial es excepcional pues se está reemplazando a quienes deben decidir sobre los temas que son propios de las cuestiones cotidianas y habituales de la vida de su hijo menor de edad (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lloveras, Nora, 'Tratado de derecho de familia- Según el código civil y comercial de 2014?', ed. Rubinza Culzoni, 2014, t. IV, pág. 54). VI. Ahora bien, bajo tales lineamientos, habrá de analizarse el recurso interpuesto por la parte demandada. Así, debe de señalarse, tal como ha destacado la Sra. Juez de grado en la resolución recurrida y de acuerdo a lo decidido a fs. 89, que fue consentido por las partes, que el debate quedaría circunscripto a dos instituciones educativas, una de ellas, la propuesta por la madre y la otra, la elegida por el padre. Dichas instituciones respondieron los requerimientos señalados en el anteúltimo párrafo del considerando III. El colegio contestó a fs. 108 que 'es un establecimiento educativo ortodoxo en tanto respeta los preceptos judaicos y que son transmitidos a sus alumnos más no se exige el uso de determinado tipo de vestimenta ni los grupos de alumnos están separados por su género?'. 'La kipá no es de uso permanente obligatorio, sino que es utilizado para determinadas actividades,

al igual que el resto de los materiales solicitados?. En la guía informativa para padres que proporciona el mismo colegio y que obra a fs. 109/115, se desprende que el uniforme consta de kipá para los varones y pantalón o pollera larga azul que llegue hasta las rodillas para las mujeres. Dentro de las normas del mentado colegio debe destacarse que sólo pueden repartirse ?tarjetas de cumpleaños con la autorización del Rabino de la escuela y luego de haber llenado el formulario correspondiente?, como así también que observa la alimentación kosher, aclarándose que ?todos los alimentos y/o golosinas que los alumnos traigan a la escuela deberán tener el sello Kashrut correspondiente o, de lo contrario no podrán ser consumidos dentro de la misma?. En las constancias de fs. 78/80 informa que ?En relación a los días festivos, al igual que todas las escuelas de la red judía, los dos primeros días de las pascuas judías y los dos últimos no se dictan clases?. Tampoco se dictan clases en Shabuot, Rosh Hashaná y Iom Kipur, ni los dos primeros y los dos últimos días de Sucot. Se agrega que ?durante la jornada se reserva un momento que está dedicado a agradecer a Dios por toda su bonanza y las cosas que nos ?regala? día a día?. Aun cuando la medida es provisoria y para esta etapa inicial de la educación del niño, tampoco se soslayan las reglas internas que surgen de la página web de este establecimiento educativo -consultada también en esta instancia-, que fueron detalladas por la Sra. Juez de grado y que no han sido controvertidas por las partes. El colegio, según consta del informe de fs. 82, ?es una institución judía que no depende de un templo, con una orientación humanista, tradicionalista y pluralista. Trabajamos con los niños acerca de las costumbres y valores de las principales festividades. No se dictan clases en aquellas festividades o día santo que están indicadas por la entidad central AMIA, a saber: Pesaj, Shavuot, Rosh Hashaná, Iom Kipur, Sucot, Shmini Hatzet y Simjat Torá. Las niñas y los niños forman parte del mismo grupo... Ambos usan el uniforme escolar que consiste en una chomba y buzo... y pantalón de jogging. La comida no es casher, pero los niños cuyas familias lo desean pueden traer su propia vianda. En porcentaje es un 5% de la población escolar. No se reza en la escuela, sólo se dicen las bendiciones del recibimiento del sábado-shabat?. VI. La apelante señala, como se destaca en la decisión recurrida, que las partes están de acuerdo en que su hijo sea educado en escuelas de la colectividad judía, donde se respeten las creencias y tradiciones de su religión. Sin embargo, la recurrente objetó el colegio sosteniendo que las familias que allí concurren poseen un nivel económico demasiado alto y que no respetan las pautas religiosas del Kashrut en cuanto a la alimentación de los alumnos que allí concurren. La institución educativa propuesta por la madre informó -como se dijo- que es una escuela ortodoxa (ver fs. 108), refiriéndose, sin dudas, a una mayor rigurosidad en la enseñanza y práctica de preceptos y reglas religiosas a las que se refiere la progenitora y que el padre no comparte. En tal contexto, aun cuando el niño permanece más tiempo en compañía de su madre, de lo cual infiere la Sra. Juez de grado -y no fue negado adecuadamente por las partes- que recibe una mayor influencia formativa religiosa de ella y su familia ampliada, a la vez que sostiene que tal circunstancia por sí sola no es suficiente para afirmar que deba admitirse cierta continuidad de la educación religiosa, todo lo cual comparte este Tribunal máxime si no se discute que en tanto los padres acordaron que el cuidado personal del niño es compartido, aunque fijaron su domicilio principal en el de la madre, debe concluirse que la materna no es la única enseñanza o influencia que en materia religiosa recibe el niño. Tampoco puede dejar de ponderarse, que la apelante manifestó en su escrito de fs. 15/31, que el padre nunca fue un ?judío ortodoxo? (ver fs.23 punto c), aunque sí realizó todos los ritos -?de uno de los templos más ortodoxos de la comunidad sefaradí?- necesarios para contraer matrimonio con ella (ver fs. 23 vta). En otro orden, argumenta la apelante y destaca el Sr. Defensor de menores de primera instancia que el niño nació en el seno de un matrimonio judío que respetaba las normas religiosas que propugna la progenitora y que uno de sus miembros -el padre- luego de la ruptura matrimonial habría abandonado, en pleno uso de su libertad religiosa, facultad esta última que las partes no discuten, aunque el padre niega que ello hubiera ocurrido. Aun soslayando tal negativa y aceptando que el padre hubiera modificado sus actividades religiosas, lo cierto es que ello podría provocar alguna resistencia en el colegio elegido por la madre en el cual se requiere la observación estricta de ciertas prácticas no solo para el niño sino también para su familia directa y cuyo incumplimiento podría generar consecuencias no queridas para el niño, lo cual inclinaría la decisión hacia la incorporación del niño al colegio. La tutora ?ad-litem? del menor considera, en su conteste, que dicha escuela es la más adecuada para su representado en tanto es la alternativa que menos condicionaría una futura elección religiosa del niño a la par que se trata de un establecimiento educativo de la colectividad judía en el cual se acepta que sus alumnos lleven sus propias viandas de comida kosher y se respetan las principales festividades de dicha comunidad. Pues bien, no puede obviarse en este análisis que la medida fue dispuesta para el período designado como educación inicial del menor y que, tal como lo destaca la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara precedentemente, debe escogerse una institución perteneciente a la colectividad judía, pero que sea más tolerante frente a la conducta de las familias -en este caso el progenitor- que no practican la religión en forma ortodoxa (ver fs. 206 vta.) para asegurar que ambos progenitores puedan tener una participación lo más activa posible en la vida educativa de su hijo, por todo lo cual esta Sala considera prudente confirmar la resolución apelada. Por estas consideraciones, de conformidad a lo dictaminado por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara a fs. 203/206, SE RESUELVE: Confirmar, en lo que fue materia de agravios, la resolución que en copia obra a fs. 129/150. Las costas de Alzada se imponen en el orden causado atento la

índole de la cuestión ventilada y la forma en que se decide (arts. 68 y 69 del Código Procesal). Notifíquese y devuélvase.

Fecha de firma: 27/02/2019 Alta en sistema: 28/02/2019 Firmado por: JUAN CARLOS GUILLERMO DUPUIS, JUEZ DE CAMARA A Firmado por: FERNANDO MARTIN RACIMO, JUEZ DE CAMARA Firmado por: JOSE LUIS GALMARINI, JUEZ DE CAMARA 037041E