

## Responsabilidad Parental Inscripcion Escolar Derecho Del Nino A Ser Oido Interes Superior Del Nino

### JURISPRUDENCIA

### Responsabilidad parental. Inscripción escolar. Derecho del niño a ser

oído. Interés superior del niño Se confirma el decisorio en cuanto resolvió autorizar la inscripción de una niña en el turno mañana del establecimiento educativo donde concurría regularmente, al considerarse que se trataba de un cambio de turno que no la afectaba y que respondía -más bien- a una distinta organización familiar por parte de la madre a cargo de su cuidado personal durante los días de semana, es decir, no se advirtieron motivos suficientes para hacer lugar a la oposición paterna. Azul, 15 de Marzo de 2019.- Y VISTOS: CONSIDERANDO: I) Vienen estos autos a la Alzada, con motivo del recurso de apelación interpuesto por el actor a fs. 340 y fundado a fs. 347/355, contra el decisorio de fs. 335/335vta, en cuanto resuelve autorizar a los progenitores de la niña M. F. D. a inscribir a su hija en el turno mañana del establecimiento educativo Ayres del Cerro de Tandil, a fines de comenzar allí la escolarización primaria correspondiente al ciclo escolar 2019.- II) Frente a ello, se agravia en primer término el recurrente por haberse hecho lugar a la pretensión incoada por la demandada y progenitora de la niña F., sin haberse notificado debidamente a éste el traslado de la misma que oportunamente le fuera conferido, pues como se desprende del cuerpo de la cédula electrónica diligenciada con fecha 01.11.2018, sólo se le notificó la fijación de audiencia conciliatoria; señalando que, en consecuencia, la resolución en crisis deviene prematura.- Asimismo, cuestiona el apelante que se haya dispuesto infundadamente la inscripción de su hija en el turno mañana del colegio referido. Señala que esta decisión fue adoptada de manera unilateral e inconulta por la progenitora y que éste se opuso a la misma en el marco de la audiencia celebrada ante el Consejero de Familia del juzgado con fecha 21.11.2018, expresando los motivos por los cuales lo hacía. Alega que éstos vienen dados por el hecho de que la niña asistió al jardín en el mismo establecimiento educativo pero en el turno tarde, y que el cambio de horario fue dispuesto por la demandada por razones laborales, sin contemplar el claro deseo de F. de continuar su escolarización en el turno tarde y no pasarse al turno mañana.- En esa línea, advierte que si bien la niña fue citada a la audiencia celebrada en la instancia de origen el 21.11.2018, la misma no fue escuchada. En consecuencia, solicita que esta Alzada fije audiencia a los fines de oír a la niña y a sus padres y, efectuado ello, revoque el decisorio apelado autorizando la continuidad escolar de su hija F. en el turno tarde del Colegio Ayres del Cerro de Tandil.- III) Así las cosas, y habiéndose formulado la réplica de los agravios por parte de la contraria mediante presentación electrónica de fecha 17.12.2018, este Tribunal procedió a citar a la niña M. F. D. a audiencia a fines de garantizar su derecho personalísimo a ser oída -sin perjuicio de la valoración que su opinión merezca de acuerdo a su edad y grado de madurez, y dado el tenor de la cuestión a decidir-, luciendo agregada a fs. 390 el acta que da cuenta de la celebración de la misma y a fs. 393/394 el informe efectuado por la perito psicóloga de la Asesoría Pericial Departamental interviniente en el acto.- Encontrándose entonces las actuaciones en estado de ser resueltas en esta instancia, e ingresando en primer término en el tratamiento del agravio a partir del cual señala el recurrente que el decisorio apelado resulta prematuro por no haber valorado que éste no fue debidamente notificado del traslado oportunamente ordenado en relación a la pretensión allí resuelta, se observa que dado que el apelante basa su cuestionamiento en el acaecimiento de una supuesta irregularidad y omisión in procedendo, tal como resultan ser los errores de notificación o las omisiones de sustanciación, no impugna entonces en este punto la resolución en sí misma, sino en la medida en que configura la culminación de un procedimiento defectuoso.- Versando entonces el agravio en ciernes sobre defectos de procedimiento, ha de señalarse que la vía procesal idónea para incoar dicho planteo no es la apelación sino el incidente de nulidad (art. 169 y ss del Código Procesal Civil y Comercial), el cual solamente puede ser promovido por la parte afectada y en la misma instancia en que se produjeron las irregularidades alegadas, motivando así el dictado de una resolución por parte del mismo magistrado al que se imputa el defecto u omisión (Maurino, Alberto L., "Nulidades Procesales", citando fallos de tribunales de la Nación, págs. 215/216; Cám. Civ. 2º La Plata, Sala III, causa B-70.364 "Calleja, Luis A. c/ Parodi, Pedro s/ Rendición de cuentas"; conc. Cám. Civ. 1º La Plata, Sala I, "Esterovich Nora c/ Chávez, Julio C. s/ Daños y Perjuicios"; conc. Cám. Civ. 1º Bahía Blanca, Sala II, "Cánepa Néstor c/ Bruna Salvador y otra s/ Cobro Hipotecario", sumarios y fallos disponibles en JubaOnline; esta Cámara, esta Sala, causas n° 52700 ?SEDESA...? del 18.02.2009, n° 54220 ?Compañía de Préstamos Olavarría...? del 11.02.2010, n° 56644 ?Merlo...? del 14.08.2012, n° 56345 ?Ledesma...? del 01.10.2013, n° 58330 ?Gianetti...? del 17.10.2013, n° 59475 ?Rivarola...? del 11.12.2014, n° 61494 ?Marmissolle...? del 04.10.2016, n° 61855 ?Colavitta...? del 26.05.2017, entre muchas otras; esta Cámara, Sala II, causas n° 37.517 "Cabrera de Quin...?", del 17.04.97, n° 50.723, ?Banco Provincia de Buenos Aires...?, del 06.03.07., entre otras); lo que no ha ocurrido en el sub-lite, por lo que corresponde en esta instancia desestimar el planteo en ciernes.- IV) Sentado lo expuesto, e ingresando en el tratamiento de la restante cuestión que fuera materia de agravio -esto es, la

autorización para que la niña asista al colegio en el turno mañana dispuesta por la Sra. Jueza a-quo-, es dable señalar en primer lugar que, conforme ha puesto de resalto la doctrina, una de las más significativas novedades del nuevo derecho familiar es el cambio de paradigma en la regulación y concepción del ejercicio de la responsabilidad parental. Ciertamente, el Código Civil y Comercial ha producido un reajuste sustancial de las reglas de juego, a partir del cual plantea un verdadero desafío a los padres y madres que no conviven: aprender a compartir el cuidado de sus hijos. Que ello implica colaborar, participar, comunicar, acompañar la crianza; en una palabra, cooperar con el otro en un esfuerzo conjunto para que niños y adolescentes crezcan en forma saludable y alcancen un desarrollo pleno, procurando evitar a partir de la nueva dinámica que los hijos queden reclusos como "rehenes" del conflicto parental (Kemelmajer de Carlucci, Aída y Molina de Juan, Mariel F., "Una visión transversal de la ley, la sociedad y la praxis judicial en la responsabilidad parental. El desafío de compartir?", LL del 09/10/2015, pág.1; Bigliardi, Karina A, "Responsabilidad parental en el Código Civil y en el proyecto de Código Civil?", publicado en MicroJuris el 14.12.2012, MJ-DOC-6111-AR, MJD6111).- Es así que en el ordenamiento jurídico vigente el ejercicio de la responsabilidad parental -entendido como la concreción o puesta en acto del conjunto de deberes y derechos de los progenitores orientados a la protección, desarrollo y formación integral de los hijos- es compartido, con prescindencia de si los padres viven juntos o separados (art. 641 incs. a y b del Código Civil y Comercial).- De este modo, la nueva normativa recepta el principio de coparentalidad, el cual responde a un sistema familiar democrático en el que cada uno de sus miembros ejerce su rol sobre la base de la igualdad y el respeto recíproco, e importa una dinámica vincular entre los padres y sus hijos que persigue mantener las responsabilidades parentales en cabeza de ambos adultos, procurando que aunque los mismos se separen las funciones que cada uno desempeñaba durante la convivencia queden a resguardo de la crisis, y que la ruptura de los adultos tenga la menor incidencia posible en la vida de los hijos (arts. 7º, 9º, 18 y cc de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 7º y cc ley 26.061; art. 641 ss y cc del Código Civil y Comercial; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Molina de Juan, Mariel, "Op. Cit.", pág. 2 y ss; esta Sala, causas n° 62945 "Couture de Troismonts..." del 15.05.2018, n° 63481 "Caravaggio..." del 23.10.2018, entre otras).- En base a ello, en todos los casos de ejercicio conjunto rige la presunción de que los actos realizados por uno de los progenitores cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el art. 645 en los que se exige el consentimiento expreso de ambos progenitores, o de que medie expresa oposición (art. 641 incs. a y b, y cc del Código Civil y Comercial). Que esta presunción es una garantía para los terceros -por ejemplo, directores de hospitales y colegios, que muchas veces quedan desorientados respecto de quién toma las decisiones sobre los niños-, pues a partir de la entrada en vigencia del nuevo régimen legal resulta suficiente la conformidad de un solo progenitor para acceder a aquello que les fue requerido, excepto que reciban una comunicación fehaciente -aun extrajudicial- del otro, poniendo en conocimiento su oposición y desvirtuando así la presunción legal (Pellegrini, María Victoria, en obra colectiva "Código Civil y Comercial Comentado", tomo II (arts. 401 a 723), iBooks, Infojus, pág. 596; Lloveras, Nora, Orlandi, Olga y Tavip, Gabriel, comentario a los arts. 641 y 642 del Código Civil y Comercial, en obra colectiva "Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, tomo IV, pág. 43 y ss).- Ahora bien, la correcta visión del nuevo sistema no significa que esta presunción opere internamente, ni autoriza a aquel que tiene el cuidado del hijo a tomar decisiones relevantes de modo unilateral e inconsulto; pues una interpretación semejante desvirtuaría la regla del ejercicio conjunto. Es así que se entiende que en todos los casos de ejercicio compartido, existe un deber recíproco de información sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo (art. 654 del Código Civil y Comercial, norma que si bien se encuentra ubicada dentro de la regulación del cuidado unilateral no puede obviarse si el cuidado es compartido, pues integra el mismo concepto de ejercicio compartido de la responsabilidad parental; ver al respecto Kemelmajer, Aída y Molina de Juan, Mariel F., "Op. Cit.", pág. 3 y ss; Lloveras, Nora, Orlandi, Olga y Tavip, Gabriel, "Op. Cit.", pág. 43 y ss).- En consecuencia, en caso de desacuerdo entre los progenitores y frente a un supuesto de ejercicio compartido de la responsabilidad parental -tal como acontece en el caso de autos-, cualquier iniciativa de uno que afecte el normal desenvolvimiento de la función por el otro, debe ser autorizada judicialmente (art. 642 del Código Civil y Comercial; Mizrahi, Mauricio, "La responsabilidad parental. Comparación entre el régimen actual y el del Proyecto de Código", LL del 18.03.2013, pág. 1 y ss).- Y a dichos fines, habrá de ponderarse el interés superior del niño en ese determinado contexto biográfico (art. 639 y cc del Código Civil y Comercial), como así también, tratándose de actos como el traído a juzgamiento -esto es, la decisión respecto al horario en que F. ha de comenzar a transitar la escolaridad primaria-, el interés familiar (conf. art. 645 del Código Civil y Comercial, el que si bien se refiere a los actos que por su trascendencia exigen el consentimiento expreso de ambos progenitores, resulta aplicable por analogía a supuestos como el de marras de conformidad con el art. 2º del mismo cuerpo legal).- En esa línea, conforme destaca la Observación General n° 14 del Comité de los Derechos del Niño -dedicada justamente a profundizar y materializar el concepto de "interés superior del niño" en tanto concepto jurídico indeterminado-, el interés superior del niño tiene una triple función: ser un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Es un derecho sustantivo, lo cual implica que el niño tiene derecho a que su interés superior sea una consideración

primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar los distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida?, y por lo tanto se trata de una obligación intrínseca para los Estados de aplicación directa e inmediata. Es un principio jurídico interpretativo, por lo que si una disposición jurídica admite más de una interpretación, ha de elegirse la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Y es además una norma de procedimiento, lo cual conlleva que ?siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño...el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño interesado? (ver Herrera, Marisa, ?Manual de Derecho de las Familias?, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, pág. 39 y ss).- Es así que la noción de ?interés superior del niño? no se vincula directamente con el deseo del niño, el cual -valorado a través del prisma de su edad y grado de madurez y del tenor del acto de que se trate o de la cuestión a decidir-, podrá coincidir o no con la solución que se estime más respetuosa de su interés superior en un caso concreto; en tanto el objetivo de este concepto no reside necesariamente en decidir conforme la voluntad del niño, sino más bien en ?garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño? (párr. 4° de la Observación General a la que viene haciéndose referencia).- Aplicando dichos principios al caso de autos, se observa que la niña F. cursó su educación inicial durante los dos últimos años en el colegio Ayres del Cerro de la ciudad de Tandil, en el turno tarde. Que este año la misma comenzó a cursar el primer grado de la escolarización primaria, habiendo la progenitora procedido a su inscripción en el mismo colegio, pero esta vez en el turno mañana. Para ello, alegó en su presentación electrónica de fecha 23.11.2018 que la misma posee horarios de trabajo que le dificultan llevar y retirar a la niña en el turno de la tarde, estando ello a su cargo desde el día lunes y hasta el día jueves de cada semana. Planteó asimismo que la asistencia al turno mañana le permite a F. comenzar a tomar hábitos de levantarse temprano, disfrutar plenamente del día, tener su tarde libre para realizar actividades extra escolares -dado que le gusta la música y pintar- y poseer más tiempo para reunirse con amiguitas y amiguitos.- Asimismo, adjuntó en dicha oportunidad el informe efectuado por la psicóloga particular de la niña con fecha 08.11.2018 -el cual luce agregado a fs. 365 de la presente-, del que se desprende que ?...En cuanto a la inquietud específica solicitada por ud, debido a si es conveniente o no un cambio de turno de F. para el ingreso escolar, debo decir que como profesional no puede interferir en las necesidades, organizaciones y horarios familiares de los papás de F. Lo que sí, se puede observar es que F. es una niña que no presenta indicadores emocionales o adaptativos comportamentales que la limiten o impidan cambios en su rutina en su vida cotidiana...No se considera un hecho traumático en la vida de un niño un cambio de turno, siendo que dicho niño tiene estabilidad y regularidad con las actividades que realiza en su vida cotidiana. Pero sí se considera perjudicial incluirlo en entredichos y decisiones de adultos, ya que esto perjudica la imagen y el vínculo que el niño/a puede llegar a tener con cada uno de sus papás...?.- Frente a ello, y conforme fuera ya sintetizado ut-supra, se opuso el recurrente alegando en lo sustancial que dicho cambio no resulta acorde a los deseos de la niña. Que al ser consultada F. al respecto en el marco de la audiencia celebrada ante esta Alzada, y conforme reza el informe efectuado por la perito psicóloga interviniente a fs. 393/394 de la presente, la niña señala haber iniciado la semana pasada su escolaridad primaria en el turno mañana, por iniciativa de su madre. Que esto ha sido con nuevos compañeros, de los cuales refiere conocer a uno del año pasado y haberse hecho ?amiga? en este corto plazo especialmente de dos compañeras, denominando a una de ellas como Margarita. Aclara que le gusta ir a la escuela, no mostrando dificultades en relación a la escolaridad, y niega que tuviera lugar alguna situación displacentera en este breve tiempo. Con respecto a su preferencia de turno, manifiesta que sería turno tarde, y consultada sobre los motivos aduce ?...porque a la mañana me tengo que levantar temprano y me congelo?.- En función de ello, concluye la perito que ?...Se representa en esta audiencia una temática que es propia de resoluciones familiares, especialmente al darse cambios de etapa en el ciclo lectivo de los hijos, en favor de permitir una mejor organización familiar acorde a las posibilidades y necesidades de la totalidad del sistema familiar. De lo observado y de la lectura de autos, en la niña no surge ninguna imposibilidad ni para la continuación en el mismo turno, ni para su cambio...?.- De este modo, siendo que si bien la niña ha manifestado su deseo de asistir al colegio en el turno tarde, ello ha sido así ?para no tener que levantarse temprano? (sic), de modo que no se advierte que su decisión se funde en un motivo de peso que por sí sola justifique, en función de garantizar su interés superior, desatender la petición de la progenitora; que conforme sus propios dichos, la misma no ha vivenciado ninguna situación displacentera durante los días que ha asistido en el turno mañana, y que ha realizado ya sus primeros lazos de socialización y amistad; que la decisión materna no implica un cambio de institución educativa, sino simplemente de horario; que tampoco conlleva una extensión de la jornada escolar, lo que eventualmente podría afectar el desarrollo de ciertas actividades extracurriculares de la niña, sino que sólo implica el cambio de horario de inicio y finalización de la jornada pero no de su duración; que dicho pedido, si bien fue efectuado en forma unilateral y en violación del deber recíproco de información que pesa sobre ambos progenitores, lo que a todas luces resulta reprochable (art. 654 del Código Civil y Comercial), lo fue en forma previa al inicio de la escolarización primaria de F. -por lo que si bien antes acudía en el turno tarde, ello era así cuando asistía al jardín de infantes-, como así también antes del comienzo del año lectivo, y no cuando éste ya estaba transcurriendo; y que, conforme ambas psicólogas han concluido,

cualquiera sea la decisión que se adopte, no se advierte que ello sea contraproducente para la niña; ha de concluirse en primer término que la decisión que corresponde adoptar, ya sea en uno u otro sentido, no ha de afectar el disfrute pleno y efectivo de ninguno de los derechos reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño, ni el pleno desarrollo personal de la niña F. en su medio familiar, social y cultural, por lo que no se advierte que en ningún caso se encuentre vulnerado su interés superior (art. 8° y cc de la Convención sobre los Derechos del Niño; Observación General n° 14 del Comité sobre los Derechos del Niño; art. 3° y cc de la ley 26.061; art. 639 del Código Civil y Comercial; CNCiv., Sala J, fallo del 19.04.2011, ED 240-243; CNCiv., Sala K, sentencia del 20.10.2004 en autos "M., D.J. c/ E.R., M.E.", LL del 16.05.2005, pág. 8, La ley Online AR/JUR/5539/2004; entre otros).- Y analizando la cuestión desde el prisma del interés familiar, se observa que si bien en el caso de autos el cuidado personal de F. resulta ser compartido bajo la modalidad alternada, de manera que la niña transcurre períodos de tiempo con cada uno de sus padres (arts. 648, 649, 650 y cc del Código Civil y Comercial), lo cierto es que se encuentra al cuidado de su madre desde el día lunes y hasta el día jueves de cada semana -esto es, conforme pusiera de resalto la Sra. Jueza de grado, la mayor parte de los días en que F. asiste al colegio.- Y que por otra parte, el Sr. D. no alegó ni acompañó elemento alguno que permita determinar que la decisión de la progenitora afecta el normal desenvolvimiento de su función paterna, o genera una alteración sustancial del régimen de cuidado personal consensuado por las partes -más allá de que los días jueves éste deberá retirar a la niña del establecimiento en un horario más temprano.- En consecuencia, no advirtiéndose motivos suficientes para hacer lugar a la oposición paterna, se estima que corresponde desestimar la apelación en ciernes y confirmar el decisorio de fs. 335/335vta. en lo que fuera materia de agravio.- V) Finalmente, siendo que, conforme ha puesto de resalto la doctrina, el sistema vigente en materia de ejercicio de la responsabilidad parental exige que los progenitores puedan comunicarse razonablemente y ponerse de acuerdo en las cuestiones relativas a la vida de los hijos, lo que si bien no resulta sencillo cuando aquéllos se encuentran en crisis, demanda que los mismos realicen su mayor esfuerzo para ello, en tanto el enfrentamiento y la discusión constante en presencia del hijo puede ser altamente perjudicial para su desarrollo (Kemelmajer de Carlucci, Aída y Molina de Juan, Mariel F., "Op. Cit.", pág. 4); que de los informes psicológicos de fs. 360/368 y fs. 393/394 se desprende que atento la escasa flexibilidad y descendida comunicación entre los padres, la niña ha quedado expuesta a entredichos de adultos que la ubican en una posición de lealtades/deslealtades y que han quedado delegadas en ella decisiones que los adultos deben asumir; y que en el marco de la audiencia ante este Tribunal se percibió en la niña un sentimiento de angustia al mencionar la conflictiva entre sus progenitores, señalando la misma que aquéllos "nunca se llevaron bien" (sic); se exhorta a ambas partes a procurar arribar en el futuro a los acuerdos que el ejercicio de la responsabilidad parental exige, manteniendo a la niña al margen de la conflictiva existente entre los adultos, preservando su estabilidad psíquica y emocional y evitando la revictimización que la constante judicialización de las distintas diferencias produce en F. (art. 642 y cc del Código Civil y Comercial).- Por todo lo expuesto, SE RESUELVE: 1) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el actor a fs. 340 de la presente, y confirmar en consecuencia el decisorio de fs. 335/335vta. en lo que fuera expresa materia de agravio, por los argumentos expresados en los apartados III) y IV). 2) Exhortar a ambas partes a procurar arribar en el futuro a los acuerdos que el ejercicio de la responsabilidad parental exige, manteniendo a la niña al margen de la conflictiva existente entre los adultos, preservando su estabilidad psíquica y emocional y evitando la revictimización que la constante judicialización de las distintas diferencias produce en F., por los fundamentos esgrimidos en el apartado V). 3) Imponer las costas en el orden causado, en atención al modo en que se generó la cuestión y a que, atento los dichos de la niña F., el recurrente pudo creerse con derecho a oponerse (art. 68 y cc del C.P.C.C.), difiriéndose la regulación de los honorarios profesionales para la oportunidad prevista en el art. 31 de la ley 14.967. Notifíquese.- 4) Atento las particularidades suscitadas en el caso de autos, una vez libradas las cédulas de notificación correspondientes en forma electrónica, procédase a remitir en forma inmediata las actuaciones a la instancia de origen a fines de dar cumplimiento a lo ordenado en el marco de la presente; como así también de dar tratamiento a la pretensión incoada por la parte demandada mediante presentación electrónica de fecha 08.03.2019, por exceder lo allí petitionado la función revisora de esta Alzada (art. 242 y cc del CPCC).- Yamila Carrasco Juez -Sala 1- -Cám. Civ. Azul- Lucrecia Inés Comparato Juez -Sala 1- -Cám.Civ.Azul- Esteban Louge Emiliozzi Juez -Sala 1- -Cám.Civ.Azul- Ante mí Dolores Irigoyen Secretaria -Sala 1- -Cam.Civ.Azul- 037891E