

## Cuidado De Hijos Regimen De Comunicacion Ejecucion Provisoria De La Sentencia Coronavirus

### JURISPRUDENCIA

Lobos, 4 de septiembre de 2020

AUTOS Y VISTOS: Estas actuaciones caratuladas ?R., M. I. c/ N., A. D. s/ MEDIDAS PRECAUTORIAS (Expte. N°12167/2020)? traídas a despacho para resolver la medida cautelar peticionada a fs. 1 (expediente digital), Y CONSIDERANDO: 1) A fs. 1 (expediente digital) la Sra. M. I. R. solicitó medida precautoria con el objeto de modificar el régimen de comunicación vigente o, en su caso, fijar un nuevo régimen de comunicación con relación a sus hijas menores de edad I. I. N. y E. N. Sostuvo que el 9 de marzo de 2020 dicté sentencia definitiva en el expediente ?N., A. D. c/R., M. I. s/Cuidado de hijos?, donde dispuse el ejercicio compartido de la responsabilidad parental y el cuidado personal compartido de modalidad alternada con relación a las niñas I. I. N. y E. N. Señaló que la sentencia definitiva fue recurrida por el Sr. N. y que en la actualidad no puede ver a sus hijas personalmente ni se le permite hablar con ellas por teléfono desde hace un mes, ya que la han bloqueado en el celular de su hija I. I. N., y jamás se les permitió realizar videollamadas. Dijo que con el dictado de las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio, la posibilidad de mantener contacto con sus hijas se alejó aún más, que el Sr. N. jamás cumplió con la sentencia y que aquellas medidas le sirvieron como excusa para continuar con el impedimento de contacto. Relató situaciones de violencia por parte del Sr. N. y su pareja, M. C., hacia ella y a sus hijas, a las que remito por razones de brevedad. Relató otras situaciones vinculadas a la relación compleja que mantiene con el Sr. N. y su pareja, y también a la relación con sus hijas, a las que también remito por razones de brevedad. Ofreció prueba, fundó en derecho, solicitó la fijación de un régimen de comunicación provisorio y astreintes. 2) A fs. 6 (expediente digital) ordené vista de la medida cautelar solicitada al Asesor de Incapaces ad hoc, Dr. Marcelo Belmonte. Al evacuar la vista, el Dr. Belmonte dictaminó que podía hacer lugar a la medida cautelar solicitada, sin otro fundamento (v. fs. 9, expediente digital). 3) A fs. 11 (expediente digital) ordené traslado de la petición cautelar incoada (fijación de un régimen de comunicación). Tal providencia fue notificada mediante la cédula de fs. 14, expediente digital. 4) A fs. 15 (expediente digital) se presentó el Sr. A. D. N., contestó el traslado, negó algunos hechos expuestos por la Sra. R., brindó su propia versión de los hechos y ofreció prueba. 5) Como surge de la certificación de fs. 6 (expediente digital), en el expediente ?N., A. D. c/ R., M. I. s/ Cuidado de hijos y comunicación con los hijos?, Expte. N°8404/2018, el día 9 de marzo de 2020 dicté sentencia definitiva donde dispuse el ejercicio compartido de la responsabilidad parental y el cuidado personal compartido de modalidad alternada de las niñas I. I. N. y E. N.; en este sentido, ordené que las niñas permanecieran con su progenitor, el Sr. N., desde el domingo a las 20 horas hasta el viernes a las 18 horas y con su progenitora, la Sra. R., el tiempo restante; también establecí como obligación a cargo del Sr. N. que arbitre los medios necesarios para que las niñas sean llevadas y retiradas del domicilio de su progenitora, la Sra. R., en los horarios fijados previamente. También surge que el día 16 de marzo de 2020 el Sr. N. apeló la sentencia definitiva y que el día 7 de mayo de 2020 y, luego, el 28 de julio de 2020 se elevó las actuaciones a la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata. Según lo informa la Auxiliar Letrada, Dra. Silvia Susana Paoletti en este acto, luego de mantener comunicación telefónica con personal de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata, el expediente digital se encuentra radicado en la sala III, bajo el número 273.457, sin resolver aún (art. 116, CPCCBA). 6) En la presentación extensa y detallada de fs. 1 (expediente digital) la Sra. R., en síntesis, sostuvo que el Sr. N. nunca cumplió con la sentencia dictada, que fue víctima de violencia por parte del Sr. N. y su pareja, la Sra. M. C., que sus hijas fueron víctimas de violencia, que solo pudo hablar por teléfono con ellas durante un tiempo, que los Sres. N. y C. involucran a sus hijas en el conflicto, y que hace unos meses que no puede hablar ni ver a sus hijas. La Sra. R. solicitó la fijación, en forma provisorio y cautelar, del régimen de comunicación establecido por la sentencia recurrida. Solicitó que las niñas permanezcan en su domicilio de la ciudad de Cañuelas desde el viernes a las 18:01 horas hasta el día domingo a las 19:59 horas y que el Sr. N. entregue y retire a las niñas de ese domicilio. Al contestar el traslado, el Sr. N. sostuvo, en síntesis, que sus hijas no quieren viajar a la ciudad de Cañuelas para quedarse con su progenitora, la Sra. R. El Sr. N. realizó además algunas consideraciones sobre la vivienda de la Sra. R., la sentencia dictada y que resultaría peligroso por la situación de pandemia que sus hijas concurren al domicilio materno a realizar las ?visitas? dispuestas (fs. 15, expediente digital). En primer lugar, me interesa destacar una cuestión de orden terminológico y conceptual que, como lo veo, impacta en la situación fáctica disputada. En la sentencia que dicté en el expediente ?N., A. D. c/ R., M. I. s/ Cuidado de hijos y comunicación con los hijos?, Expte. N°8404/2018, el día 9 de marzo de 2020, sujeta al recurso de apelación deducido por el Sr. N., dispuse el ejercicio compartido de la responsabilidad parental y el cuidado personal compartido de modalidad alternada de las niñas I. I. N. y E. N. No voy a repetir en este lugar conceptos conocidos por todos (y que vertí con detalle en la sentencia), pero que quede claro que no fijé

un régimen de comunicación (mucho menos un ?régimen de visitas? como sostiene con tinte anacrónico el Sr. N.) entre la Sra. R. y sus hijas menores de edad. Lo digo de nuevo: decidí acerca del ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado personal de las niñas I. I. N. y E. N. Este segundo instituto importa que los hijos conviven un período de tiempo con un progenitor y otro período con el otro. Los deberes y facultades referidos a la vida cotidiana del hijo los asumen uno y otro progenitor en el tiempo en que el hijo permanece bajo su cuidado (Duprat, Carolina en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Lorenzetti, Ricardo Luis, tomo IV, pp. 244/245, Rubinzal-Culzoni, 2019). Es decir, no hay régimen de comunicación mucho menos ?visitas?. Hay cuidado personal compartido de modalidad alternada. En segundo lugar, me interesa destacar que el pedido cautelar de la Sra. R. coincide, básicamente, con el régimen de cuidado personal que fijé en la sentencia. Es decir, la Sra. R. pretende ejecutar provisoriamente la sentencia recurrida por vía cautelar. Pugnan en el caso dos garantías específicas que integran el debido proceso legal: el derecho al recurso, que garantiza que toda sentencia pueda ser revisada por un tribunal superior, y el derecho a la ejecución de la sentencia, que garantiza que toda sentencia, en caso de incumplirse, pueda ejecutarse (arts. 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 18 y 75, inciso 22, Constitución Nacional, art. 15, Constitución de la Provincia de Buenos Aires; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 11/90, 10 de agosto de 1990, párr. 28; ?Caso Tribunal Constitucional vs Perú?, sentencia del 31/01/2001, párr. 70; ?Caso de la ?Panel Blanca' (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala?, sentencia del 08/03/1998, párr. 149; ?Caso Baena, Ricardo y otros vs Panamá?, sentencia del 2/02/2001, párr. 125; y ?Caso Ivcher Bronstein vs. Perú?, sentencia del 06/02/2001, párr. 103). El conflicto entre tales garantías específicas admite diversas soluciones: una de ellas, con matices diferenciales, es la ejecución provisional de la sentencia (v. al respecto el trabajo excelente del maestro catalán Pico i Junoy, Joan, ?La ejecución provisional de las sentencias de primera instancia. Estudio del conflicto entre los derechos al recurso y a la ejecución?, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, N°39, pp. 63-78, 2013). La ejecución provisional de la sentencia consiste en la facultad que tiene la parte beneficiaria de una sentencia de condena para requerir su cumplimiento (De los Santos, Mabel Alicia, ?La ejecución provisoria de la sentencia civil?, DJ 24/9/2008, 1466). El CPCCBA no reguló integral ni sistemáticamente la ejecución provisional de la sentencia. El CPCCBA establece como principio general que el recurso de apelación debe otorgarse con efecto suspensivo, salvo que la ley disponga que sea con efecto no suspensivo (devolutivo) (art. 243, tercer párrafo, CPCCBA). Según el CPCCBA son ejecutables provisoriamente las siguientes resoluciones: 1) sentencia definitiva en procesos sumarísimos (art. 496, inciso 4, CPCCBA); 2) sentencia definitiva en procesos ejecutivos previa fianza (art. 553, CPCCBA); 3) sentencia definitiva en procesos de alimentos (art. 644, CPCCBA), entre otros supuestos. En el supuesto de sentencia definitiva en procesos ordinarios y sumarios el recurso de apelación, siguiendo el principio general, debe otorgarse con efecto suspensivo (art. 243, tercer párrafo, CPCCBA). Sin embargo, pese a sus diferencias conceptuales, que no es del caso tratar aquí, cierta doctrina admite que el pedido de ejecución provisional pueda ser admisible si encuadra en el ámbito cautelar. No debe olvidarse que la medida cautelar genérica funciona como una suerte de norma de clausura del sistema precautorio (art. 232, CPCCBA) que permite disponer toda medida no prevista expresamente que evite un daño irreparable. Por supuesto, en tal caso deberá invocarse como fundamento del pedido razones de urgencia o de perjuicio inminente e irreparable, que justifiquen la ejecución provisoria como modo de anticipo jurisdiccional (De los Santos, Mabel Alicia, op. cit.; v. también De Lázari, Eduardo Néstor, ?La ejecución provisoria de la sentencia como tutela de urgencia y evidencia?, LL 2013-F-585 que, aunque opone reparos a la instalación de la ejecución provisional de la sentencia en el terreno cautelar, dijo que ?Esta posición [se refiere a la de Mabel De los Santos] ciertamente resulta plausible al intentar un camino apto para remontar perjuicios irreparables?). Dicté la sentencia en el marco de un proceso sumario. Otorgué el recurso de apelación con efecto suspensivo, según el principio general previsto en el art. 243, tercer párrafo, CPCCBA. La Sra. R. solicitó, vía cautelar, la fijación de un régimen de comunicación con sus hijas menores de edad que coincide exactamente con el régimen de cuidado personal que fijé en la sentencia (fs. 1, expediente digital). Queda claro, porque así surge de los escritos postulatorios de los Sres. R. y N., que el régimen de cuidado personal compartido de modalidad alternada fijado en la sentencia no se cumple (v. fs. 1 y 15, expediente digital; arg. art. 354, CPCCBA). También surge de los escritos postulatorios de los Sres. R. y N. y de la profusa prueba documental agregada (videos, capturas de pantalla y audios almacenados en un archivo de Google Drive, v. fs. 1, expediente digital) la existencia de una trama vincular altamente conflictiva entre los Sres. R., N. y C. (pareja del Sr. N.) que, sin duda, atraviesa el contexto vital de las niñas I. I. N. y E. N. (art. 384, CPCCBA). Lo cierto (y trascendente) es que las niñas I. I. N. y E. N. se encuentran involucradas en el conflicto parental y carecen de todo contacto con su progenitora la Sra. R. (v. nuevamente la prueba documental agregada por la Sra. R., fs. 1, expediente digital). Tal situación, acreditada con el grado de confirmación que exigen las medidas cautelares (v. Giannini, Leandro, ?Verosimilitud, apariencia y probabilidad. Los estándares atenuados de prueba en el ámbito de las medidas cautelares?, Anales N° 43 - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales, UNLP, 2013), sumada a las vicisitudes que atravesó el cuidado de las niñas hasta el dictado de la sentencia (donde consideré que la Sra. R. había sido prácticamente marginada de la vida cotidiana de sus hijas)

y la demora que ostenta el trámite del proceso sumario desde el dictado de la sentencia (han transcurrido seis meses hasta ahora), configura la posibilidad cierta de producir un perjuicio irreparable a las niñas y a la relación materno-filial. Por lo tanto, con esa base fáctica, considero que corresponde hacer lugar a la medida cautelar peticionada cuyo objeto coincide exactamente con la ejecución provisional de la sentencia definitiva de fecha 9 de marzo de 2020 dictada en el expediente ?N., A. D. c/ R., M. I. s/ Cuidado de hijos y comunicación con los hijos?, Expte. N°8404/2018 y cuya vigencia no podrá extenderse más allá de la decisión de la Excm. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental (arts. 230 y 232, CPCCBA; arts. 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 18 y 75, inciso 22, Constitución Nacional, y art. 15, Constitución de la Provincia de Buenos Aires). Finalmente, sigo pensando, al igual que lo dije en la sentencia, que la tesitura expuesta resulta la más conveniente y beneficiosa y la que mejor consulta el interés superior de las niñas (v. entrevista de fs. 156, expediente físico, Expte. N°8404/2018, de donde surge que las niñas manifestaron que desean vivir con su progenitor y tener contacto con su progenitora los fines de semana; artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, Ley 23.849 y artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, artículo 17 inciso 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 3 de la Ley 26.061, artículos 639 inciso a) y 707 inciso c) del CCCN y artículo 4 de la Ley 13.298). 7) Como es sabido, en el marco de la emergencia pública en materia sanitaria como consecuencia de la pandemia de coronavirus COVID 19, el 30 de agosto de 2020 el PEN dictó el Decreto N°714/2020 que estableció la medida de ?distanciamiento social, preventivo y obligatorio? para todas las personas que residan o transiten en los aglomerados urbanos, partidos y departamentos de las provincias argentinas en tanto estos verifiquen determinados parámetros epidemiológicos y sanitarios (art. 1). Entre los lugares alcanzados por el ?distanciamiento social, preventivo y obligatorio?, se encuentran los partidos de la provincia de Buenos Aires, con excepción de los treinta y cinco incluidos en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA) (art. 3). Los treinta y cinco partidos incluidos en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA) no incluyen la localidad de Lobos ni la de Cañuelas (art. 11). Por Decreto N°604/2020 el Gobernador aprobó la reglamentación para la implementación de la medida de ?Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio? y para el desarrollo de las actividades y servicios exceptuados del ?Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio? y de la prohibición de circular dispuesta por el Decreto Nacional N° 297/2020 y sus normas complementarias, de conformidad con el Decreto Nacional N° 605/2020 (art. 1).

De lo expuesto surge que el PEN estableció, para nuestra localidad, la medida de ?distanciamiento social, preventivo y obligatorio? (arts. 1, 3 y 11, Decreto N°605/2020), que fuera aprobada por Decreto N°604/2020 del PEP (y prorrogada por Decreto N°771/2020 del PEP de fecha 4 de septiembre de 2020). En contexto considero que el traslado de las niñas del domicilio de un progenitor al domicilio del otro encuentra sustento en el marco regulatorio dictado con motivo de la pandemia por COVID-19. Además, considero que el traslado implica un riesgo razonable con relación a la salud de las niñas, según el sistema de fases establecido para los municipios en virtud de la situación sanitaria y epidemiológica que presentan (art. 1, Resolución N° 1197-MJGM-2020 de la Jefatura de Gabinetes de Ministros de la Provincia de Buenos Aires). 8) En su presentación inaugural la Sra. R. relató diversos episodios de violencia por parte del Sr. N. y su pareja, la Sra. M. C. También relató situaciones de violencia padecidas por sus hijas menores de edad (v. fs. 1, expediente digital). En función de ello, corresponde formar por Secretaría causa en los términos de la Ley 12.569 con copia de las presentaciones de fs. 1 y 15, expediente digital (art. 34, inciso 5, subinciso b, CPCCBA). 9) Como lo dije antes, dada la existencia de una trama vincular altamente conflictiva entre los Sres. R., N. y C. (pareja del Sr. N.) que, sin duda, afecta a las niñas I. I. N. y E. N., considero conveniente dar intervención al Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del niño, Niña y Adolescente (Ley 13.298), el que deberá informar a este juzgado en el plazo de cinco días hábiles la decisión tomada y, en su caso, las estrategias de abordaje definidas (arts. 34 y 36, CPCCBA). 10) Finalmente, teniendo en cuenta lo solicitado por la Sra. R. y la falta de cumplimiento del régimen de cuidado personal fijado en la sentencia, considero que corresponde imponer en carácter de condenación conminatoria, la suma de \$1.500 por cada vez que el Sr. N. incumpla con el régimen aludido (art. 37, CPCCBA y arg. arts. 557 y 804, CCCN). Dicha suma deberá depositarse en una cuenta que se abrirá en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, Sucursal Lobos, a nombre de este expediente y a la orden del juzgado. Por los fundamentos expuestos, RESUELVO: 1) Hacer lugar a la medida cautelar peticionada que consiste en la ejecución provisional de la sentencia definitiva de fecha 9 de marzo de 2020 dictada en el expediente ?N., A. D. c/ R., M. I. s/ Cuidado de hijos y comunicación con los hijos?, Expte. N°8404/2018. Por lo tanto, las niñas I. I. y E. N. permanecerán con su progenitora, Sra. R., desde el viernes a las 18 horas hasta el domingo a las 20 horas. El Sr. N. deberá arbitrar los medios necesarios para que las niñas I. I. N. y sean llevadas y retiradas del domicilio de su progenitora, la Sra. R., en los días y horarios fijados previamente. La medida cautelar tendrá vigencia hasta tanto hasta la decisión de la Excm. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental. 2) Formar por Secretaría causa en los términos de la Ley 12.569 con copia de las presentaciones de fs. 1 y 15, expediente digital. 3) Librar oficio por Secretaría al Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del niño, Niña y Adolescente (Ley 13.298), para darle intervención con relación a la situación de la niñas I. I. y E. N., el que deberá informar a este

juzgado en el plazo de cinco días hábiles la decisión tomada y, en su caso, las estrategias de abordaje definidas (arts. 34 y 36, CPCCBA). 4) Fijar en carácter de condenación conminatoria la suma de \$1.500 por cada vez que el Sr. N. incumpla con el régimen aludido (art. 37, CPCCBA y arg. arts. 557 y 804, CCCN). Dicha suma deberá depositarse en una cuenta que se abrirá en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, Sucursal Lobos, a nombre de este expediente y a la orden del juzgado. 5) Librar oficio electrónico al Banco de la Provincia de Buenos Aires, sucursal Lobos. Notifíquese por cédula electrónica por Secretaría a las partes y al Asesor de Incapaces ad hoc (arts. 135, inciso 12 y 143, CPCCBA y art. 1, Anexo "Reglamento para la notificación por medios electrónicos", Acuerdo 3845/2017, SCBA). Regístrese. Laureano Della Schiava Juez

Correlaciones: C., J. c/L., A. F. s/régimen de comunicación - Juzg. Civ. Com. y Fam. 1° Nom. Rfo Tercero - 17/04/2020 - Cita digital IUSJU000463F 001843F