

A los quince días del mes de diciembre del año dos mil diecisiete, se reúnen en la Sala de Acuerdos de la Excma. Cámara de Apelaciones de Familia, los señores jueces titulares Dres. Germán Ferrer, Carla Zanichelli y Estela Politino y traen a deliberación para resolver en definitiva la causa N° 2394/13/9F-464/16 caratulada "H. S. F. c/N.J.A. p/Tenencia", originaria del Noveno Juzgado de Familia de la Primera Circunscripción Judicial, venida a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs.51 por la actora contra la sentencia de fs. 48/50, que dispone el otorgamiento del cuidado personal de A.A.N.H., en forma indistinta a ambos progenitores, manteniendo la niña su residencia permanente en casa de su madre; impone las costas en el orden causado y regula honorarios.

Habiendo quedado en estado a fs.96 se llaman los autos para resolver, y a fs.97 se practica el sorteo que determina el artículo 140 del C.P.C., arrojando el siguiente orden de estudio: Dres. Ferrer, Zanichelli y Politino.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, se plantean las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es justa la sentencia apelada?

SEGUNDA: Costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTION EL DR. GERMAN FERRER DIJO:

I. La juez de grado tiene en cuenta para decidir como lo hizo que si bien el demandado se encuentra rebelde, de la prueba incorporada informe social y pericia psicológica practicada a A.- en autos no se justifica que se otorgue el cuidado unilateral cuando la preferencia legal lo es por el régimen compartido indistinto y no se ha probado que sea imposible de aplicar o que perjudique a la niña.

II.- A fs. 59/63 expresa agravios la apelante.

Sostiene que si bien es cierto que el cuidado personal compartido es el preferido por la ley, existen situaciones que ameritan la atribución del cuidado unilateral como en el presente, en el que el progenitor ha sido declarado rebelde, presumiéndose su conformidad con lo solicitado por su parte, no estando presente en la crianza de su hija.

Acusa la violación del principio de congruencia ya que la juez ha resuelto algo distinto de lo pedido sin fundamento suficiente.

También se agravia que la magistrada no haya valorado adecuadamente la rebeldía del demandado y el efecto que a la misma le atribuye el art.75 del C.P.C.

Pide la revocación del fallo apelado en el sentido expuesto.

III.- El apelado contesta los agravios a fs.67/69vta., solicitando el rechazo del recurso.

IV.- Sustanciada la causa, a fs.87 y vta. A. es escuchada por la Cámara.

V.- La Asesora de Menores dictamina a fs.91, remitiéndose a su dictamen de fs.43, donde propiciaba el acogimiento de la demanda y, sin desconocer la voz de su representada, no deja de advertir que el padre es un mero visitador, sin perjuicio del deseo de la niña de que se encuentre más presente en su vida.

VI.- En autos se discute el cuidado personal de la hija de las partes.

Como ya lo expresamos en autos N° 2900/13/9F-461/16 caratulada ``Romero Micaela Daiana c/Araya Maximiliano José p/Tenencia , del 23/03/2017, con voto preopinante de la Dra. Politino, el art. 649 del CCyC establece que ``cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos .

A su vez el art. 650 se refiere a las "modalidades del cuidado personal compartido" y dispone que el cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. 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 personal.

El art. 651 CCyC recepta el criterio mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia que aceptaba el régimen de cuidado personal compartido, fundado en que frente a la ruptura de una familia se debe priorizar la estabilidad emocional de los hijos y el mantenimiento del vínculo con ambos padres, de manera que dicha situación resulte lo más cercana posible a la que existía antes de la separación (Grosman, Cecilia, ``La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia, La Ley, 1984-B-816), por lo 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 y el art. 653 califica el cuidado personal unilateral como un supuesto excepcional.

Se han señalado como ventajas del sistema que adopta el nuevo régimen que permite al niño mantener un estrecho vínculo con ambos padres; promueve su participación activa en las funciones de educación, amparo y asistencia; atenúa el sentimiento de pérdida de quien no tiene la guarda, estimulando las responsabilidades del progenitor no guardador; atenúa el sentimiento de pérdida padecido por el hijo; incentiva a ambos padres a no desentenderse de las necesidades materiales del niño; facilita el trabajo extradoméstico de ambos padres; evita que existan padres periféricos, posibilita que el hijo conviva con ambos padres; reduce problemas de lealtades y juegos de poder; la idoneidad de cada uno de los padres resulta reconocida y útil; fomenta una mayor y mejor comunicación entre padres e hijos; el hijo se beneficia con la percepción de que sus padres continúan siendo responsables frente a él; se compadece más con el intercambio de roles propio de la época actual (Grosman, Cecilia, "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", L.L., 1984-B, 806"; Zalduendo, Martín, "La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño", L.L., 2006-E, 512; Chechile, Ana María, "Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental", J.A., 2002-III-1308; Schneider, Mariel, "Un fallo sobre tenencia compartida", LLBA, 2001-1443; Mizrahi, Mauricio L., "Familia, matrimonio y divorcio", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 421).

El mantenimiento del status quo y consecuente respeto por la situación existente y el centro de vida del niño, esto es, el lugar donde los niños hubiesen trascendido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia, es otra pauta a considerar (art. 653 inc. d) por cuanto toda modificación en sus condiciones de vida tiene implicancias y repercusiones en ellos si se altera la situación de cuidado y crianza que los mismos vienen ostentando.

Si bien previsto este criterio para el cuidado unipersonal, puede aplicarse por analogía a los casos de cuidado compartido indistinto, en el que el hijo convive con uno de sus progenitores,

frente al cuidado compartido alternado que implica que el hijo deba residir alternadamente con ambos padres lo que implica, ante la separación de los mismos, que deba modificar temporalmente su centro de vida, por lo que se constituye en un factor a tener en cuenta para valorar la conveniencia, para el hijo, de fijar una u otra modalidad.

El cuidado unilateral a uno de los progenitores debe otorgarse cuando no sea posible establecer el compartido o cuando resulte perjudicial para el hijo (art.651 CCyC).

Desde esta perspectiva asiste razón a la apelante cuando sostiene que la juez decide el cuidado compartido sin que lo justifique la plataforma fáctico-jurídica delimitada en la causa.

En efecto, a la rebeldía decretada y sus efectos, se suma que de la encuesta familiar llevada a cabo a fs.25 y vta., se desprende que N. tiene otros hijos y que no pasa alimentos para A.. Asimismo la trabajadora social consigna que el progenitor y los abuelos paternos visitan esporádicamente a la niña que vive, es mantenida económicamente y cuidada por su madre.

A su vez, de las pericias psíquicas realizadas a fs.29/30 a ambos progenitores y a A., surge que H. no presenta impedimentos psíquicos para ejercer el rol materno; que N. no se encuentra focalizado en potenciar el vínculo paterno con su hija y que ésta si bien se encuentra ligada a ambos padres positivamente, a la progenitora la percibe en una relación de apego seguro, en tanto que a su progenitor como una figura mayormente inestable, confirmándose que el progenitor no interviene activamente en la vida de su hija.

Por ende, y tal como lo advierte la asesora en su dictamen, si bien en ocasión de ser escuchada la niña en esta alzada, expresa su deseo de poder vivir en forma alternada con ambos padres y que el papá junto a la mamá decidieran sobre ella y su vida, tal anhelo no deja de ser una expectativa lógica de su edad y de su situación personal que no se condice con la realidad, dado que seguidamente al responder a preguntas sobre quién se encarga de las cuestiones trascendentes de su vida, responde en todos los casos que es la mamá, con la ayuda de la abuela materna y su tío.

Desde esta perspectiva no resulta beneficioso para A. ni razonable para su madre que, un padre ausente, que ni siquiera se ha preocupado por aportar a la manutención de su hija, tenga injerencias en los cuidados personales de la misma obligando a la progenitora a tener que consultarle decisiones de la vida cotidiana de su hija, cuando es ella la que asume a diario tal responsabilidad, con el riesgo que los desencuentros terminen afectando emocionalmente a la niña.

Dado que estas decisiones no hacen cosa juzgada material, entiendo que primero el progenitor deberá producir aquellos cambios en relación a su hija que, a futuro, permitan revisar lo decidido a fin de otorgarle una mayor participación en la vida de ésta. Lo contrario, implicaría invertir la lógica de los hechos de los que el derecho no se puede desentender, a riesgo de no ser aceptado por los justiciables como sistema de solución pacífica de los conflictos intersubjetivos.

Por lo que propicio el acogimiento favorable del recurso.

VII.- Como lo hemos señalado en numerosos precedentes de este cuerpo colegiado, siendo las costas un accesorio del principal, cuya imposición depende de la forma en que aquél se resuelva, al ser modificada por la alzada, corresponde su adecuación oficioso, asegurando la coherencia del sistema (art.36 C.P.C.).

A sí voto.

Sobre la misma cuestión las Dras. Carla Zanichelli y Estela Politino, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTION EL DR. GERMAN FERRER DIJO:

Atento al resultado del recurso planteado, las costas de la alzada deben ser soportadas por el apelado vencido (arts. 35 y 36 del C.P.C.).

Así voto.

Sobre la misma cuestión las Dras. Carla Zanichelli y Estela Politino, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, pasándose a dictar sentencia, la que a continuación se inserta.-

S E N T E N C I A:

Mendoza, 15 de diciembre de 2.017.-

Y V I S T O S:

Por los motivos dados, el Tribunal.

RESUELVE:

I- Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la actora a fs. 51, contra la resolución recaída a fs. 48/50, la que en consecuencia se modifica en sus dispositivos 1 y 2, quedando redactados como sigue: ``1.- Hacer lugar a la demanda y en consecuencia, otorgar a la madre, S.F.H. . el cuidado personal unilateral de su hija A.A.N.H.. 2.- Imponer las costas al demandado vencido (art.10 ley 3.641)... .

II- Imponer las costas de alzada al apelado (arts. 35 y 36 C.P.C.).

III- Regular los honorarios profesionales de la Dra. Brenda Virrueta Salinas, en la suma de pesos dos mil cuatrocientos (\$ 2.400,00) y los de la Dra. Silvana Coccia en la suma de pesos mil seiscientos ochenta (\$1.680,00) (art.3, 15 y cc. ley 3641).

NOTIFÍQUESE Y BAJEN.

Dr. Germán Ferrer Dra. Carla Zanichelli Dra. Estela Inés Politino

Juez de Cámara

Juez de Cámara

Juez de Cámara