



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUÉN, 17 de octubre del año 2019

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**C. A. H. C/ V. V. E. S/ CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS**" (**JNQFA4 EXP 71707/2015**) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y

CONSIDERANDO:

1. La demandada apela la resolución dictada en hojas 102/106.

Se agravia de la valoración que realiza la jueza de grado de la prueba producida y de la opinión de su hija.

Sostiene que de las constancias de la causa surge claro que se encuentra en mejores condiciones psicofísicas que el actor para ejercer el cuidado de su hija y que lo que más conviene a su interés es que resida en su domicilio.

Señala que de la escucha de su hija D. surge también que su opinión se encuentra absolutamente condicionada por el discurso paterno.

Alega que D. desea convivir con ella pero tiene miedo a decirlo. Expresa que así se lo hace saber cada vez que asume su cuidado. Agrega que el fin de semana de carnaval regresó a la casa de su padre muy angustiada dado que deseaba quedarse en su hogar, pero le resultó imposible acordar con el padre

que respete los deseos de la niña. Esgrime que D. quiere comenzar el colegio en Plaza Huincul.

Se agravia asimismo por la valoración que se realiza en primera instancia de la conducta obstaculizadora del vínculo materno-filiár por parte del actor. Entiende que esa conducta es de por sí suficiente para disponer la asunción de su parte del cuidado personal en forma unilateral o en su caso la residencia de su hija en su hogar.

En otro orden, se agravia porque considera que no se ha valorado la situación de violencia de género acreditada en autos, de la que ha resultado víctima. Dice que ello ha impactado en ella y en sus hijos, por lo cual, mantener el cuidado de su hija y su residencia en el domicilio del actor, importa convalidar dicha conducta, discurso violento y modalidad de crianza denostativa del género.

También se agravia de que no se haya valorado que el actor le arrebató el cuidado de su hija, surgiendo claro que en modo alguno prestó consentimiento para que el progenitor asuma el cuidado personal de D.

Entiende que el actor asumió el cuidado utilizando ilegítimas vías de hecho. Señala que luego, para poder retomar el contacto, no le quedó otra opción que realizar acuerdos provisorios cuyo cumplimiento está sujeto a la exclusiva voluntad del actor. Dice que no se ha valorado que D. se encuentra en riesgo en el domicilio paterno, dado que el Sr. C. es una persona con conductas violentas.

Asimismo, se queja de que no se haya tenido en consideración que el actor ha ofrecido como testigos a sus hijos y a su madre, los que están excluidos de las personas que pueden declarar por el parentesco existente, sumado a que

los ha expuesto a declarar a favor de sus pretensiones en una clara manifestación de violencia contra su parte.

Por último, agravia también a su parte, que se haya dispuesto mantener como definitivo el régimen provisorio acordado en la hoja 89, en tanto con él no se resguarda integralmente el vínculo materno-filial.

En caso de que se resuelva la permanencia de D. en Neuquén, y toda vez que actualmente su parte reside en Plaza Huincul, solicita que D. permanezca durante el ciclo lectivo todos los fines de semana y días feriados en Plaza Huincul -en su domicilio-, manteniendo lo solicitado respecto de las vacaciones, cumpleaños y fiestas.

Peticiona, en último término que en segunda instancia se realicen nuevas evaluaciones psicológicas y vinculares entre D. y los progenitores, atento que la niña insiste en residir con su parte. Solicita también que D. sea escuchada nuevamente, garantizándose su opinión libre de condicionamientos.

Sustanciados los agravios, el actor contesta en hojas 118/121vta. solicitando la confirmación de la resolución atacada.

La Sra. Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente dictamina en hojas 138 y vta.

Luego, la niña D. es escuchada en la audiencia que se celebra en hojas 145. Asimismo, la Lic. Mariana Cilley le realiza entrevista psicológica, agregando su informe en hojas 146/147.

La Defensora se expide nuevamente en hojas 150.

2. Hemos reflexionado extensamente sobre la situación que viene en revisión.

Hemos escuchado a la niña D. (ver acta de hojas 145) y considerado importante que sea entrevistada por la psicóloga integrante del Equipo Interdisciplinario, conforme los términos de la medida para mejor resolver dispuesta en esta causa.

El caso presenta complejidad, por cuanto, tal como surge de los distintos informes practicados, la niña no ha permanecido como ajena al conflicto matrimonial (de hecho, la ruptura de pareja ha influenciado todos los vínculos).

Es importante en este punto señalar que la decisión de la Sra. V. no puede leerse en términos de abandono de los hijos e hijas: En este sentido, en el informe obrante en hojas 53/54 expone la profesional interviniente: "El sentimiento de culpa la ha mantenido a distancia de los mismos. Al respecto la entrevistada da cuenta de los motivos de sus decisiones, muchas veces, por evitar un mal momento o por temor a las reacciones de C. y culpabilizaciones de sus hijos; se ha mantenido ajena, sin insistir en verlos; lo mismo es leído como falta de interés y hace que aumenten los reproches hacia ella... Cuando ella se puso firme respecto a esta decisión [de separarse] fue ubicada en un lugar de culpabilización, puesta bajo sospecha. La violencia se ha perpetuado en este sentido. Claramente V. paga, hasta el momento actual, por haber tomado la decisión de dar fin a la relación y continuar con su vida - como mujer- proyectando un más allá respecto de la relación con el demandante. Su decisión de asumir un lugar novedoso, la hace ser cuestionada como madre..."

Remarcamos este aspecto, por cuanto la perspectiva de género no puede estar ausente del análisis; sin embargo, el interés superior de la niña debe primar y en el estado actual, no es posible acceder a la petición recursiva.

3. En efecto, el cuidado unipersonal solicitado tanto por el padre, como por la madre (hojas 11 y 15), constituye la excepción.

Frente a la ruptura de una familia se debe priorizar la estabilidad emocional de los hijos y el mantenimiento del vínculo con ambos padres (Grosman, Cecilia, "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", LA LEY, 1984-B-816).

Así, el art. 651 dispone 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"*.

La idea que nuclea a este artículo es la de que los niños deben mantener un estrecho vínculo con ambos padres; ambos deben participar en forma activa en las funciones de educación, amparo y asistencia; y debe intentarse atenuar el sentimiento de pérdida padecido por la hija o hijo; incentivar a ambos padres a no desentenderse de las necesidades materiales del niño o niña; facilitar el trabajo extradoméstico de ambos padres; evitar que existan padres periféricos, posibilitar la convivencia con ambos; reducir problemas de lealtades y juegos de poder; reconocer la utilidad e idoneidad de cada uno de los padres; fomentar una mayor y mejor comunicación; beneficiar a la niñez con la percepción de que los padres continúan siendo responsables; se compadece más con el intercambio de roles propio de la época

actual (nuevamente, Grosman, Cecilia, "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", LA LEY, 1984-B, 806"; Zalduendo, Martín "La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño", LA LEY, 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", LA LEY BA, 2001-1443; Mizrahi, Mauricio L., "Familia, matrimonio y divorcio", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 421).

La excepción está contemplada en el art. 653, el cual, justamente, califica el cuidado personal unilateral como un supuesto "excepcional".

4. Ahora bien, tanto las peritos psicóloga y asistente social, se expidieron en el sentido de que no existe riesgo alguno en la permanencia de la niña D. en uno y otro domicilio (cfr. hoja 103 vta.).

De allí que, justamente, la jueza de grado rechazara la demandada de cuidado personal unilateral deducida por el actor e hiciera lugar parcialmente a la reconvención, estableciendo el cuidado personal compartido en la modalidad indistinta, con residencia principal de la niña en el domicilio del progenitor. Además, establece como definitivo el plan de parentalidad provisorio acordado en hojas 89, en miras de restablecer el vínculo materno filial, conforme lo sugerido por la psicóloga interviniente en hojas 54, pudiendo las partes solicitar la intervención del Servicio de Mediación Familiar a efectos de ampliar dicho régimen.

Y lo cierto es que, para arribar a esta conclusión, las condiciones psicofísicas de la progenitora han sido

debidamente consideradas así como la necesidad de restablecer el vínculo entre la demandada y su hija.

Luego, conforme las constancias existentes en la causa, en especial, que la Sra. V. ha trasladado su domicilio a la ciudad de Plaza Huincul, no puede dejarse de ponderar que acceder a lo peticionado en el recurso, importaría mutar el centro de vida de la niña y en el momento actual, atento a lo expresado en la audiencia, y a los informes, no parece ser lo que mejor redunde en su interés superior.

Aclaremos que no puede soslayarse que la conflictividad y hostilidad existente entre los adultos, claramente se traslada a la niña y ello repercute en forma negativa en su desarrollo.

En este sentido, la Lic. Cilley indica: *"El material recabado en la entrevista realizada pone de relieve el lugar en que se percibe ubicada D. en la conflictiva parental, esto es, en medio de la misma. Pero, además, expone que dicha conflictiva ha excedido el marco de los adultos e impactado en el grupo fraterno, produciendo escisión en el mismo. Se infiere cierta resistencia inconsciente de la niña a quedar situada en uno u otro "bando".*

Respecto a la disputa parental específicamente, una hipótesis posible referida a la posición de D. indicaría que la niña (no necesariamente de modo consciente) se inclina por el lado paterno al percibir el dolor del señor, como una manera de apaciguarlo. El argumento crítico hacia su madre, expresado una y otra vez, le permitiría hallar una razón para afianzar y sostener su postura.

Por lo antedicho y teniendo en cuenta los recursos mostrados... resultaría conveniente que la niña inicie un espacio psicoterapéutico donde pueda trabajar la posición

mencionada, en tanto no es posible descartar que lo mismo pudiera incidir, a mediano o largo plazo, de manera desfavorable en su subjetividad...”

De esto deben ser conscientes ambos progenitores, que no dudamos, quieren lo mejor para su hija. De allí, que es de suma trascendencia, que efectúen el tratamiento psicológico al que ambas partes fueron derivadas (cfr. hojas 87 del expediente 71026/2015) y que la niña inicie o continúe con un tratamiento.

En definitiva, tras valorar los antecedentes y pruebas producidas en autos, en el contexto actual, en el que cabe considerar el nuevo lugar de residencia de la demandada (Plaza Huincul, cfr. hoja 89) no se modificará el pronunciamiento de grado, en lo principal.

Sí, entendemos que es beneficioso ampliar el contacto con la madre y, en este sentido, los fines de semana que sean precedidos y seguidos de un feriado, los pase con aquélla, aunque ello implique alterar el orden de alternancia fijado.

Esto, sin perjuicio, claro está, que, por el carácter provisional que la cosa juzgada tiene en esta materia, pueda adoptarse una decisión diferente ante la modificación de la plataforma fáctica aquí ponderada: todas las decisiones relativas el ejercicio de los derechos de cuidado sobre el hijo así como a su vinculación, en fin, lo referido al ejercicio de la responsabilidad parental, revisten carácter mutable y no definitivo, son esencialmente revocables de acuerdo a la conveniencia de los hijos menores y las circunstancias en que se fundó su dictado frente a las actuales (STJ Tierra del Fuego, 08/10/1997, “B.A.B. v. T., M.H.”, LL 1998-F-571, AR/JUR/23/1997).

4.1. Entendemos de importancia en este aspecto, que el progenitor, bajo cuyo cuidado, principalmente, permanece la niña, acredite en la causa la realización de tratamiento psicoterapéutico propio y de la niña, debiéndose presentar un informe del profesional tratante de la niña en el término de cuatro meses.

5. Las costas de esta instancia se imponen en el orden causado, en orden a la naturaleza de la cuestión debatida.

En situaciones de familia, en aquellos casos en donde no se encuentran comprometidos intereses patrimoniales, hemos señalado (EXP N° 57391/2012): *"Deviene así aplicable el principio general que impera en esta materia y que receptamos en causas anteriores (por unanimidad en INC N° 140/12, EXP N° 46004/10 y conformando mayoría la Dra. Pamphile en EXP N° 53134/2012 y más recientemente en el Expte 65135/2014), en circunstancias de encontrarse apeladas las costas: "...donde se trató de conciliar entre los progenitores el derecho y las obligaciones de cada uno con relación a los menores, y el derecho de estos"... "En cuestiones de derecho de familia no patrimoniales, con excepción del divorcio y los reclamos alimentarios, en principio no corresponde imponer las costas con fundamento en el principio de la derrota, pues la intervención del juez es una carga común, necesaria para componer las diferencias entre las partes. Sólo cabe imponer las costas a uno de los cónyuges en estos asuntos, cuando su conducta fuera irrazonable, gratuita o injustificada y la consiguiente intervención de la justicia obvia..."* (Sumario N°15370 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°11/2003). (Sala H. - Fecha: 06/03/2003 - Nro. Exp.: R.361215, en LDT, id. PI-2007, T° II, F° 392-394), (Sala I, EXP N° 60153/2013).

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1.- Desestimar el recurso de apelación deducido por la demandada y en consecuencia, confirmar la resolución dictada en hojas 102/106, en cuanto fue motivo de recurso y agravios, con excepción del plan de parentalidad, en el sentido de que, los fines de semana que sean precedidos y seguidos de un feriado, los pase con la madre, aunque ello implique alterar el orden de alternancia fijado, debiéndose, asimismo, dar cumplimiento a lo dispuesto en el punto 4.1. de los considerandos.

2.- Imponer las costas de esta instancia en el orden causado y regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

3.-Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA