

San Martín de los Andes, 23 de Junio del año 2023.-

**VISTAS:**

Las presentes actuaciones caratuladas "**Ñ. S. L. C/ M. C. J. S/ INC. MODIFICACION CONVENIO REGULADOR**" (**JVAFA1-INC-15856/2021**), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de Villa La Angostura; venidas a conocimiento de la Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, integrada por la **Dra. Alejandra Barroso** y el **Dr. Pablo G. Furlotti**.

**CONSIDERANDO:**

La **Dra. Alejandra Barroso** dijo:

**I.-** Se reciben las presentes a causa del recurso de apelación interpuesto por la actora en fecha 22 de febrero de 2023 (fs. 422) contra la resolución de fecha 10 de febrero de 2023 (fs. 402/419), notificada electrónicamente en fecha 13 de febrero de 2023 (fs. 420). El recurso es concedido el 27 de febrero de 2023 (fs. 423) en relación y con efecto suspensivo es fundado en fecha 1° de Marzo de 2023 (fs. 426/432), no realizando presentación alguna la contraparte al traslado conferido.

Por su parte, el Defensor de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente responde en fecha 19 de abril de 2023 la vista que se le confiere.

Finalmente, una vez llegadas las actuaciones a esta Alzada, en fecha 29 de mayo de 2023 se realiza una audiencia a los fines de escuchar a F., con presencia de la Dra. Julieta González por la Defensoría de los Derechos del Niño, Niña y del Adolescente.

**II.-** La magistrada de grado mediante resolución de fecha 10 de febrero de 2023 decide -en lo medular- hacer lugar a la modificación del convenio vigente, otorgando el cuidado personal de A. F. M. (a quien en lo sucesivo llamaré "F.", como lo hacen sus padres) en forma compartida a sus progenitores, bajo la modalidad indistinta con asiento principal en el domicilio paterno, y con un

régimen de comunicación amplio a favor de la progenitora respetando los deseos y voluntad del niño.

Asimismo establece un conjunto de obligaciones accesorias -aunque no de menor entidad- a los fines de garantizar del mejor modo el cumplimiento del régimen establecido, que no han sido cuestionados por las partes por lo que me remito a su texto por motivos de brevedad.

Para así resolver comienza realizando un detallado resumen de los antecedentes del caso, y una descripción de las posiciones de las partes y sus pretensiones.

Funda lo dicho en las previsiones del Código Civil y Comercial, el Código de Rito y las normas internacionales que rigen las relaciones de familia, citando jurisprudencia.

Respecto de la dinámica familiar y el contexto en el que se solicita la modificación del convenio, indica que el cuidado unilateral oportunamente acordado a favor del progenitor en relación a F. ha resultado perjudicial para la accionante, pues el mismo fue realizado en un contexto de violencia familiar y de género que no fue tenido en cuenta al momento de su homologación judicial. Destaca en ese sentido la actitud y falta de colaboración del progenitor, que no le ha asegurado a F. su derecho a mantener relaciones personales ni un contacto directo con ambos padres de modo regular, ni a desarrollar vínculos saludables con su progenitora y el resto de sus familiares maternos.

A partir de las diversas evaluaciones realizadas y obrantes en el expediente la a quo infiere que la familia se adecuó a una estructura típicamente patriarcal, en la que la Sra. Ñ. fue progresivamente excluida de ejercer su maternidad.

En lo que hace a la escucha de F., destaca que ello no significa aceptar incondicionalmente su deseo, debiendo priorizarse su interés. Refiere que de las constancias de autos se evidencia su falta de libertad, por causa del contexto familiar actual controlado por el padre, lo que otorga un marco de comprensión a

las reiteradas ocasiones en donde manifestó no querer ver a la madre, a pesar de los intentos de revinculación entre madre e hijo.

Analiza diversas probanzas del expediente (informes del Dispositivo de Atención a Varones, de la Autoridad de Aplicación de la Ley 2302, diversos informes psicoterapéuticos) concluyendo que la actitud del demandado fue reprochable a lo largo de este proceso y del expediente de violencia familiar, por la falta de colaboración para facilitar el contacto del niño con su mamá y por el incumplimiento reiterado a las órdenes judiciales.

En base a todo esto, la a quo menciona que a fin de priorizar el mantenimiento del centro de vida de F. y respetar su opinión, y atento lo complejo del contexto, por el momento no es posible materializar el cuidado unilateral solicitado por la madre sin que esto continúe afectando la salud del niño, pues sin un previo trabajo en una instancia terapéutica ello implicaría forzar el vínculo materno filial.

Ahora bien, considerando el lugar de residencia de la Sra. Ñ. en una localidad cercana, considera que ella puede participar de actividades varias que hacen al desarrollo integral de F.. Estima conveniente, entonces, fijar un régimen de comunicación amplio entre madre e hijo, que respete los tiempos y la voluntad de F. Entiende que la defensa del interés superior de F. consiste en garantizar su salud psico-emocional y física, creciendo en un entorno amable, pacífico y saludable que le permita desarrollarse, a la vez poder mantener el derecho recíproco de comunicación con sus progenitores en la medida en que se encuentren dadas las condiciones de resguardo y estabilidad emocional.

Concluye, en definitiva, estimando conveniente que el cuidado personal de F. sea de manera compartida bajo la modalidad indistinta, con asiento en el domicilio del Sr. M. y manteniendo su estado actual y centro de vida, tal como lo propusiera el Defensor de los Derechos del Niño, con el fin de procurar el mejor desarrollo emocional y madurativo del niño y con las salvedades detalladas.

A modo de corolario, realiza un desarrollo de la aplicación de la perspectiva de género al caso, redacta una carta para serle leída a Franco y se expide sobre costas y honorarios.

**III.-** La parte actora realiza una primera crítica a la resolución cuestionada atacándola de incongruente, al entender que el cuidado compartido que se establece no ha sido objeto de petición de ninguna de las partes, que han solicitado ambas el cuidado unilateral del niño.

En segundo término, y de manera más extensa, la apelante centra su memorial en una segunda incongruencia, ya que entiende que el cuidado compartido resulta de imposible cumplimiento, por las características propias de la situación. Destaca que si bien la escucha del niño resulta necesaria, sus opiniones no pueden resultar absolutas a los fines de asumir una decisión jurisdiccional. Sobre todo en el caso de autos, en donde entiende que F. es el objeto de condicionamientos de parte de su padre que le impiden decidir con libertad el modo de relacionarse con cada uno de sus progenitores, tal como surge de la prueba desplegada en el expediente.

Considera que establecer el domicilio de residencia principal de F. en la casa paterna valida el daño diario que el Sr. M. infringe a F., cristalizando el cercenamiento al derecho del vínculo materno.

Destaca la actitud obstruccionista del padre de F., en la comunicación entre la Sra. Ñ. y F., en signo claro de una indebida actitud de apego de apropiación.

Concluye que, a consecuencia de todo ello, en los últimos tiempos la Sra. Ñ. no pudo prácticamente tener contacto alguno con F., por lo que solicita se le conceda el cuidado unilateral, con residencia principal en el domicilio materno.

Como se indicó, la parte demandada no contesta el traslado que se le confiere de los agravios aquí descriptos.

**IV.-** Para resolver tengo también en consideración lo manifestado por F. en la audiencia realizada el día 29 de mayo de 2023.

Asimismo, lo dictaminado por el Defensor de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente en su presentación de fs. 441/444 quien, sin perjuicio de destacar las acciones realizadas por la Autoridad de Aplicación de la ley 2302 y los organismos del Sistema de Protección Integral para la revinculación entre F. y su madre, opta por hacer valer la opinión del niño de no querer residir con su madre. Solicita por ello, y para no alterar su centro de vida, se rechace el recurso interpuesto.

**V.-** En primer lugar, corresponde realizar el examen de admisibilidad formal preliminar previsto en el art. 265 del CPCyC. En tal orden, atendiendo al criterio de amplia tolerancia con la que debe ser ponderada la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, y ponderando la gravedad con que el art. 266 del código procesal sanciona las falencias del escrito recursivo entiendo que, habiendo expresado la recurrente mínimamente y de manera parcial la crítica al fallo, corresponde ingresar al análisis recursivo.

**VI.-** Sentado lo anterior, he de ingresar seguidamente al tratamiento en concreto de los agravios traídos a esta instancia.

**A.-** En relación al primero de los agravios, la acusación de incongruencia se basa en que la a quo ha resuelto el cuidado compartido, cuando ello no ha sido objeto de petición de ninguna de las partes, que han solicitado ambas el cuidado unilateral del niño.

Entiendo que la crítica no debe prosperar, atento a que la decisión judicial en este tipo de cuestiones no se encuentra limitada a lo que las partes (en este caso, los progenitores de F.) solicitan, pues la decisión debe estar basada principalmente en el interés superior del niño.

Sobre el interés superior del niño abundan estudios doctrinarios: *"...Este principio otorga a la niña el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada, y debe aplicarse como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto..."*. (cfr. Girardi, Natalia S.; El derecho de comunicación cuando media violencia, maltrato o abuso. ¿Procede la suspensión?; Fecha: 26-feb-2022; Cita: MJ-DOC-16443-AR | MJD16443).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho al respecto: *"...la correcta determinación de cuál sea el interés superior del niño en cada situación o contexto concreto deberá realizarse en base a la comprobación y evaluación objetiva de las condiciones en las que se encuentra el niño y la afectación que las mismas tienen en el goce de sus derechos, su bienestar y desarrollo. Por tanto, la CIDH concluye que no es suficiente con hacer referencia a que ha sido tomado en consideración el interés superior del niño en el momento de adoptar una decisión que le afecte, sino que éste deberá justificarse objetivamente en base a consideraciones que hayan sido constatadas en relación a las circunstancias personales del niño. Al respecto, la Comisión y la Corte han señalado que la utilización de este principio para justificar decisiones que afecten al niño y a su familia no debe realizarse «in abstracto» o de modo solamente nominativo. La determinación de cuál sea el interés superior del niño en cada caso concreto deberá realizarse de modo razonado y estar justificado sobre la base de la protección de los derechos del niño, así como quedar oportunamente sustentado en el procedimiento, con la documentación que fuera relevante y pertinente"* (cfr. Corte IDH Caso Atala Riffo y Niñas Vs Chile. Sentencia 24/2/2012. Serie C N239, párrafo 109/110).

De este modo, la decisión a adoptarse no se encuentra limitada a elegir entre lo que una u otra parte solicita, como lo da a entender la actora, sino considerando lo que se estima mejor

para F. y las circunstancias en que él se encuentra en este momento en particular.

Específicamente, el artículo 651 del Código Civil y Comercial establece que el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta puede ser establecido "de oficio" por el juez interviniente.

Sin perjuicio de lo dicho, la posición adoptada por la magistrada de grado no constituye algo totalmente ajeno a lo solicitado por las partes sino que, en alguna medida, resulta ser una decisión que pretende resolver de la mejor manera los intereses en juego, basándose -como dije- principalmente en el interés superior de F. Considero, entonces, que corresponde rechazar lo planteado en el primer agravio.

**B.-** En lo que hace al segundo de los planteos, adelanto que también habré de rechazarlo.

El artículo 651 del Código Civil y Comercial ya citado establece, como regla general, que la primera alternativa debe ser la de otorgar el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que ello no sea posible o que resulte perjudicial para el hijo. En esta modalidad, 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.

Considero que la decisión adoptada por la a quo obedece a esta regla general, y que la apelante no ha dado razones suficientes para alejarse de la misma, justificando su imposibilidad o el perjuicio de F.

Respecto de la primera de las posibles excepciones, si bien es cierto que la distancia existente entre el domicilio de residencia de F. (Villa La Angostura) y de su madre (San Carlos de Bariloche) que puede llegar a dificultar de alguna manera la comunicación, entiendo que tal situación podrá ser sorteada a través de la decisión adoptada por la magistrada interviniente de conferir intervención a la Autoridad de Aplicación de la ley 2302,



a los fines de que F. y su madre inicien un recorrido conjunto en dispositivo vincular para trabajar el vínculo materno-filial. Ello en vistas a elaborar en su oportunidad un plan de parentalidad acorde a las necesidades de F., y sus circunstancias particulares.

En lo concerniente al bienestar del niño, existen un conjunto de situaciones que, adecuadamente explicadas por la a quo, la han hecho concluir que lo mejor para F. al día de hoy resulta mantener el asiento principal de residencia en el domicilio paterno. Comparto la decisión adoptada. Me explico a continuación.

**C.-** Sin perjuicio de los condicionamientos que pudieren haber producido en F. la voluntad de preferir residir con su padre en lugar de con su madre, lo cierto es que al día de hoy su centro de vida se encuentra en el lugar en el que actualmente reside.

Tiene dicho el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén que: *"...las cuestiones relativas al ejercicio de la responsabilidad parental por parte de los progenitores, no atañen solamente a estos últimos, sino también y en forma central al hijo, quien resulta en definitiva el titular del derecho a que se le garantice el ejercicio de aquella responsabilidad coparental en la crianza y educación, y a contar con la tutela judicial efectiva de este derecho..."*.

*"...En definitiva, la medida cautelar de no modificar el lugar de residencia del niño S.G., se sustenta en la manda legal que protege el ejercicio de la coparentalidad por parte de los progenitores y la estabilidad de la vida del niño, lo que hace a su interés superior, de raigambre constitucional y convencional (artículo 75 inciso 22 Constitución Nacional, Convención de Derechos del Niño -artículo 3.1-, Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño, Ley de Protección Integral de derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061 -artículo 3- y su [decreto reglamentario N° 415/06](#), Ley N° 2302 -artículos 3 y 4-), CEDAW -artículo 16, inciso d) (cfr. TSNeuquén, 01/11/2019, "G. A. J. c. J. M. A. s/ cuidado personal de los hijos", Publicado en:*

LLPatagonia 2020 (febrero), 28/02/2020, 8 - LLPatagonia 2020 (abril), 24/04/2020, 8, Cita Online: AR/JUR/47901/2019). (cfr. G. A. J. c/ J. M. A. s/ cuidado personal de los hijos; Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén; 1-nov-2019; Cita: MJ-JU-M-122477-AR | MJJ122477 | MJJ122477).

El centro de vida, es un concepto receptado por la comunidad jurídica internacional, puntualizándolo como el lugar donde los NNyA hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Esta referencia se complementa con el Decreto 415/06, reglamentario de la ley 26.061, que efectúa un desarrollo más exhaustivo -en coincidencia con lo que aportan otros tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución de personas menores de edad- de la noción de "centro de vida", estableciendo que: "(...) el concepto de "centro de vida" a que refiere el inciso f) del artículo 3° se interpretará de manera armónica con la definición de "residencia habitual" del NNyA contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina..." (Artículo 3 del anexo I, Decreto Reglamentario).

**D.-** Se suma a ello la opinión en estos momentos al menos de F. de continuar viviendo con su padre, por lo que considero resulta prudente, en estos momentos y en este contexto complejo, mantener la decisión de la jueza de la primera instancia, teniendo especialmente en cuenta que también se han dispuesto medidas para promover y reconstruir de alguna manera el vínculo sano con su progenitora a través de la intervención y mediación de los organismos especializados.

El CCyC prevé en el art. 639 inc. a) que entre los principios que rigen la responsabilidad parental se halla el interés superior del niño, e igualmente el art. 706 inc. c) especifica 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"* (conf. Mizrahi, Mauricio Luis; "Responsabilidad parental...", Ed. Astrea, pág. 7).

Por su parte, con respecto a la escucha del niño/niña, cabe recordar que el art. 26 del CCyCN dispone: "*...la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona...*"; igualmente el art. 639 inc. c) indica que uno de los principios por el cual se rige la responsabilidad parental es "*el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez...*"; y el art. 653 inc. c), incluye, como una de las ponderaciones que tiene que realizar el juez para la asignación a un padre del cuidado personal del hijo, la necesidad de tener en cuenta "*la opinión del hijo*"; de igual manera con el plan de parentalidad en el art. 655, último párrafo (conf. Mizrahi, op. cit., pág. 60).

Finalmente, el art. 707 del CCyC determina que: "*los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tomada en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.*" (conf. Mizrahi; op. cit., pág. 61).

Destaco especialmente que el Comité de los Derechos del Niño, en el sistema universal de los DDHH, en la Observación General 12, "*rechazó la idea de que receptar la opinión del niño tenga un carácter meramente simbólico; tal como sucedería si es oído pero no se tienen en cuenta sus opiniones. De ahí que resaltó que "las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente"* (párrs. 28 y 132). Asimismo, ese órgano ha dicho que los tres términos -"hablar", "participar" y "ser tenido en cuenta"-secuencian el derecho a participar desde un punto de vista funcional" (conf. Mizrahi; op. cit., pág. 61).

En definitiva, considero que la decisión adoptada por la a quo tiende a proteger la estabilidad de la vida del niño y respeta su voluntad, lo que hace a su interés superior, de raigambre constitucional y convencional (el artículo 75 inciso 22



de la Constitución Nacional, el artículo 3.1 de la Convención de Derechos del Niño, la Observación General N°14 del Comité de Derechos del Niño, el artículo 3 de la Ley de Protección Integral de derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes N°26061 y su decreto reglamentario N°415/06, los artículos 3 y 4 de la Ley N°2302, y el artículo 16, inciso d de la CEDAW), por lo que debe ser confirmada.

**E.-** Lo precedentemente expuesto no impide tener presente la situación de violencia de género por la que atravesó la madre del niño a causa del accionar violento del progenitor.

Es evidente que esta situación le impidió a la Sra. Ñ. realizar otras acciones adecuadas en procura de la revinculación con su hijo en esos momentos de su vida, sumergida como estaba en esta violencia que la afectaba física, psíquica y emocionalmente, teniendo temor por su vida y debiendo mudar de domicilio a otro país en procura de resguardo.

En este contexto tan complejo y difícil tengo en cuenta que la resolución dictada en la instancia inferior adopta - en el marco de un plan integral- medidas tendientes a intentar lograr la revinculación tan necesaria entre la Sra. Ñ. y su hijo F., dándose intervención a la Autoridad de Aplicación de la Ley 2302, y en estos términos, como dije, he de propiciar se confirme la decisión tomada en primera instancia rechazando el recurso en lo que ha sido motivo de agravios.

Las costas de esta instancia he de imponerlas en el orden causado teniendo en cuenta la cuestión traída a conocimiento (art. 68 segundo párrafo del CPCC).

**F.-** Por último, atento las manifestaciones de F. en la audiencia respecto de la posibilidad de viajar a Chile con su padre -sin mayores precisiones- y el deseo de que su madre lo autorice a ello, estimo procedente la intervención de la jueza de origen para que por su intermedio y/o la de las autoridades judiciales y/o administrativas que correspondan se dé tratamiento a lo solicitado por el niño.

**Así voto.-**



A su turno, el **Dr. Pablo G. Furlotti** dijo:

Por compartir las consideraciones y solución propiciada por mi colega, adhiero a su voto. **Mi voto.-**

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

**RESUELVE:**

**I.-** Rechazar el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de fecha 10 de febrero de 2023, confirmándola en todo lo que ha sido motivo de agravios.

**II.-** Se dé tratamiento a través del juzgado de origen y/o la de las autoridades judiciales y/o administrativas que correspondan al pedido de A. F. M. de viajar a Chile con su padre.

**III.-** Imponer las costas correspondientes a esta segunda instancia por su orden, conforme lo considerado.

**IV.-** Regular los honorarios de la Dra. ... por su intervención en su carácter de patrocinante de la parte actora en la suma de Treinta y nueve mil trescientos ochenta y tres pesos. (\$39.383.-).

**V.-** Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

**Dra. Alejandra Barroso**  
**Jueza de Cámara**

**Dr. Pablo G. Furlotti**  
**Juez de Cámara**

Se deja constancia de que la resolución que antecede fue firmada digitalmente por la Sra. Vocal **Dra. Alejandra Barroso**, por el Sr. Vocal **Dr. Pablo G. Furlotti** y por el suscripto, conforme se desprende de la constancia obrante en el lateral izquierdo de fs. 460, y del sistema informático Dextra. Asimismo, se protocolizó digitalmente conforme lo ordenado.-

Secretaría, 23 de Junio del año 2023.-



**PODER JUDICIAL  
DE NEUQUÉN**

**Dr. Juan Ignacio Daroca  
Secretario de Cámara**