NEUQUEN, 28 de Febrero del año 2019

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"R. C. A. C/ C. C. A. D. R. S/ INC. ELEVACION" (JNQFA3 INC 93625/2018)** 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 de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

**1.** La Sra. C. A. d. R. C. interpone recurso de apelación contra la resolución dictada con fecha 12 de octubre de 2018, en el siguiente contexto:

El Sr. R., presentó demanda por la cual solicita el cuidado personal unilateral de su hijo.

Relata que en el mes de marzo de 2018, el niño le contó un episodio de abuso sexual que sufrió por parte de otro menor de edad de 14 años, en el domicilio materno, hijo de la pareja de su madre.

En dicha oportunidad solicitó una medida cautelar.

En hojas 13 de las actuaciones principales y, con énfasis en la importancia de la bilateralización, se confiere traslado a la progenitora.

Al contestar la demanda, la Sra. C. expone que el episodio no ocurrió en su domicilio, sino en la casa en la que residía su hermano, conjuntamente con su cuñada y su hijo.

Que, estando presente su hermano, cuñada y abuela, los niños estaban en el dormitorio de N. jugando a la play. Aclara que su hermano vivía en la casa de atrás de su residencia y que ya no lo hace más, puesto que ante los hechos denunciados, tomaron la determinación familiar de que su hermano se mudara de la vivienda ubicada a pocos metros de su casa. Expone la dirección actual de la residencia de su hermano y grupo familiar.

Agrega que se constituyó en parte querellante en la causa penal, la que, aclara, actualmente se encuentra archivada, considerando el fiscal, en términos generales, que la situación fue excepcional y que la familia se trasladó a vivir a otro lado.

Expone que todos estos elementos y la propia actitud tomada frente a la noticia de los hechos, determina que no se den en el caso, los extremos excepcionales que justifican una medida de la índole de la adoptada.

Luego, la Sra. Defensora de los Derechos del Niño, dictamina que no es clara la medida, ordenándose que se aclare la petición cautelar a efectos de merituar lo pretendido (hoja 55).

Se aclara en hojas 56; luego se escucha al niño (hojas 60) y la Defensora, en base a ello, emite opinión favorable.

En hojas 64, la magistrada resuelve.

Sostiene en lo que aquí interesa:

*"En cuanto al peligro en la demora, la misma surge de las propias circunstancias fácticas del planteo, la que conforme las constancias actuales de autos, existen elementos suficientes para tenerla por acreditada. Ello amerita la procedencia de la medida…Teniendo en cuenta lo expuesto, que el Sr. R. ha dado inicio al trámite pertinente a fin de establecer un sistema de cuidado personal de Á., y lo expuesto por el niño en la audiencia llevada a cabo en autos cuyos dichos se encuentran reservados, llego a la conclusión que a los fines de garantizar su interés superior (Art. 3 CDN y Ley 26.061), resulta prudente hacer lugar a la medida solicitada fijando provisoriamente la residencia del niño en el domicilio de su progenitor, y hasta tanto no se defina el cuidado personal del mismo.*

*En ésta materia, es pacífica la jurisprudencia que aconseja mantener el status quo existente, salvo demostración*

*de extrema inconveniencia para la salud psíquica y física de los niños, para evitar trastornos de toda índole que una modificación del régimen pueda ocasionarles, extremos que no han sido invocados ni demostrados en autos.*

*La Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 3 menciona que se atenderá al interés superior del niño en todas las medidas que tomen los tribunales, concernientes a ellos, estableciendo el art. 4 de la ley 2302 que dicha regla busca la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos del niño, niña y adolescente, reconociendo los derechos que tiene el menor de edad.*

*De este modo, el interés superior se erige como un principio rector vinculante en todo procedimiento donde pueda arribarse a una decisión que afecte su interés. (Art. 5 decreto 317/01).*

*Así, dadas las constancias de autos y coincidiendo con lo dictaminado por la Sra. Defensora del Niño, estimo que resulta procedente el acogimiento de la medida cautelar solicitada, ello sin que importe emitir opinión alguna sobre el fondo de la cuestión planteada.*

*Entiendo necesario en este punto destacar, que lo aquí dispuesto no implica suspender y/o interrumpir el contacto materno filial, el que deberá mantenerse y garantizarse por parte del progenitor conviviente, hasta que se arribe a una sentencia y/o acuerdo en las presentes actuaciones sobre el fondo de la cuestión planteada…"*

Contra dicha decisión, la demandada apela.

En primer lugar, sostiene que en el caso se ha vulnerado el debido proceso.

Indica que, pese a sustanciarse originariamente la medida, se la tuvo por contestada extemporáneamente, no obstante a que se indicaron las deficiencias del pedido.

Dice que, ante tal déficit, remarcado también por la Defensora, se ordenó que se aclarara pero que, de la aclaración, no se le confirió traslado.

Indica que la resolución se ha adoptado sólo con la consideración de los elementos adjuntados por el actor, no merituándose que, por su parte, se asumieron conductas tendientes a garantizar la seguridad del niño, tal como fuera expuesto en la contestación; que archivadas las actuaciones penales, la familia de su hermano se mudó, para cuya acreditación, solicitó que se librara mandamiento de constatación.

Por otra parte, expone que el auto atacado presenta una grave contradicción, en tanto, luego de considerar que la modificación del status quo existente es excepcional y debe mantenerse, salvo la demostración de extrema inconveniencia, la Jueza indica que estos extremos no han sido invocados, ni probados y, pese a ello, acuerda la medida.

Sostiene que la magistrada altera el centro de vida, pese a que consigna que no se invocan, ni acreditan, razones de peso para así disponerlo.

Los agravios son contestados en hojas 34, refiriendo a que las medidas cautelares deben dictarse sin necesidad de oír previamente a la contraria.

Oída la Sra. Defensora, reitera lo dictaminado en punto a que, su sugerencia, es que el niño permanezca al cuidado del progenitor.

**2.** Así planteada la cuestión, entiendo que el recurso debe prosperar.

En primer lugar debo señalar que la decisión de la magistrada, en cuanto prescinde sopesar los argumentos expuestos por la progenitora, se presenta como cuestionable.

Debo aquí hacer notar, que el acierto inicial, consistente en sustanciar la medida, se vuelve letra muerta, a poco que se advierta que de la aclaración de la medida ningún

traslado se confiere y nada se meritúa, en punto a las razones dadas en la contestación de la demanda.

Aquí también debo señalar que en los procesos en los cuales se encuentran en juego los derechos de los niños *"la litis no solo se integra con las pretensiones que esgrimen los progenitores, sino que también comprenderá los intereses de otros, los niños afectados, que el magistrado tiene la obligación constitucional y legal de amparar aunque formalmente se deje de lado el principio dispositivo de los juicios civiles. De ahí que, tratándose de niños, no tendrán lugar los vicios de extra petita ni de ultra petita, ya que éstos consisten en derivaciones del principio procesal de congruencia que en el caso no rige, principio este último que -a su vez- es emanación directa del sistema dispositivo.*

*Es que, al estar en escena intereses conectados con el orden público, es posible liberarse de la rigidez de la causa petendi* (Mizrahi, Mauricio Luis, El proceso de familia que involucra niños, La Ley, 27/11/2012) (A., G. c. T., C. B. s/ tenencia 07/12/2012, DFyP2013 (mayo), 43 con nota de Graciela Medina, Cita online: AR/JUR/80321/2012).

Entiendo por lo tanto que, al surgir circunstancias importantes de la contestación de demanda, en orden a la necesaria ponderación de la situación existente, la solución adoptada en la causa, no sólo contradice la regla de la sustanciación que dijo la magistrada seguir, sino, además, denota una rigidez no acorde con los intereses en juego.

**3.** Pero, más allá de ello, debo señalar que los hechos expuestos en la demanda, esto es, que la situación de abuso sexual, habría sido sufrida en el domicilio materno, por otro menor, hijo de la pareja de su madre, no es coincidente con las constancias de la causa.

En efecto, según surge de la denuncia adjuntada por el propio actor, el hecho habría acontecido, no en la casa materna, sino en la del tío del niño, la cual es cierto, se

encuentra ubicada en el mismo terreno, pero separada de la de la madre, por otra construcción en la cual vive la abuela (ver hoja 5 vta.).

En este cuadro de situación y frente a la circunstancia de que, conforme las copias adjuntadas, se habría tratado de un hecho aislado (ver el relato obrante en hojas 17) y la aseveración de la madre de que la familia de su hermano no vive más allí, lo cual en el estado actual no ha sido rebatido, no advierto que en el caso se presenten las excepcionales circunstancias que determinan la modificación del régimen de cuidado pactado entre las partes.

Y noto aquí, que en este punto, asiste razón a la recurrente, en tanto es cierto que la magistrada consigna: "salvo demostración de extrema inconveniencia para la salud psíquica y física de los niños, para evitar trastornos de toda índole que una modificación del régimen pueda ocasionarles, **extremos que no han sido invocados ni demostrados en autos**".

Entonces, si a criterio de la magistrada los extremos excepcionales no estaban acreditados, mal podría haber dispuesto el cambio.

Pero, además, tampoco explicita la magistrada de qué modo la resolución atacada es la que mejor se adecúa al interés superior del niño, de qué modo esto quedaría concretado en autos.

Como ha señalado el STJ, "…En lo que aquí interesa cabe remitirnos a la Observación General N° 14, del 29 de mayo de 2013 Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

En el punto 1.A.6 El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo… b) Un principio jurídico interpretativo fundamental… c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el

proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.

Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. **En ese sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterio se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos….**

Y es que, la ponderación del interés superior es una consideración primordial que compete y obliga a todos los organismos del Estado (incluidos los tribunales), puestos a tomar una decisión que involucre derechos de niños, niñas y adolescentes.

**Cabe alertar acerca de que el cumplimiento de la manda constitucional-convencional, no se agota con la simple invocación de que se ha tenido en cuenta el interés superior, sino que éste debe ser objeto de concreta y explícita evaluación y determinación, sopesando los diversos intereses en juego,** conforme el procedimiento establecido en la Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño, p. V) Aplicación: la evaluación y determinación del interés superior del niño….” (cfr. TSJ Ac. 1/19 “Carrera”.

Es que, sin lugar a dudas, el sistema de cuidado personal establecido como regla por el legislador (y seguido en este caso, antes de la cautelar) tiene ventajas, en tanto permite a los niños mantener un estrecho vínculo con ambos padres; promueve la participación activa de ambos padres 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 menor 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 (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).

Y de allí que "Este contacto personal es fundamental para contribuir a la formación integral del niño. Su contenido consiste en compartir vivencias en varios espacios y ámbitos (familiares, culturales, recreativos, deportivos, educativos, religiosos, espirituales), en el marco de una adecuada reserva e intimidad, las que son necesarias para generar un clima de confianza mutua y afianzar el desarrollo de la personalidad en formación. Rige tanto para los acontecimientos diarios como para los acontecimientos especiales o extraordinarios. Está íntimamente vinculado con el crecimiento emocional y la salud psicológica. El incumplimiento del deber de facilitar la comunicación o el cumplimiento defectuoso de aquél dejan

vacíos existenciales difíciles de colmar, inseguridades, insatisfacciones, desazón y tristeza en los hijos menores de edad y en el progenitor excluido".

Y si esto es así, y al no estar acreditado, en las circunstancias actuales, que la permanencia del niño en el domicilio de la madre, sea perjudicial para su interés superior, ni advirtiéndose –en formulación inversa- de qué modo repercute a favor de ese interés, estar al cuidado unipersonal del padre, la decisión de grado debe revocarse.

Conforme certifica en esta oportunidad la actuaria, he accedido a la lectura del acta de la audiencia en la que se escuchara al niño, no surgiendo tampoco de la misma elementos que determinen que, la permanencia del régimen de cuidado, contraríe su interés superior.

**4.** Debo hacer notar aquí, que conforme surge de las actuaciones principales, se ha dispuesto que la madre retire al niño del colegio los días miércoles a las 12.15 y lo reintegre el día sábado a las 17 y lo retire el día domingo, por medio, en el horario de 12 horas, reintegrándolo a las 22.

Esta decisión, como se advierte, en la práctica, determina un régimen de cuidado de, al menos, tres días a la semana, a cargo de la madre.

Ha sido conformado por la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y no ha sido recurrido por la contraria: Requerido informe acerca de la presentación de recursos, se informa telefónicamente que sólo se ha presentado un escrito por parte del actor, mediante el cual se opone al pernocte y solicita sea escuchado el niño.

Tengo entonces para mí, que este estado de situación, corrobora la inexistencia de motivos graves para disponer la modificación del régimen preexistente, a lo que se suma que, si la magistrada entendió que la situación era mediable, debe descartarse -en el momento actual- el peligro de que el niño

pudiera atravesar alguna situación de abuso en el domicilio materno; supuesto contrario, el caso no sería mediable.

Por estas consideraciones y sin perjuicio de lo que en definitiva pudiera resolverse a partir de la pruebas que se produzcan en autos, entiendo que el recurso debe prosperar y, en consecuencia, corresponde revocar la decisión cautelar de fecha 12/10/2018. **MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

**RESUELVE:**

**1.-** Hacer lugar al recurso interpuesto por la Sra. C. A. d. R. C. y, en consecuencia, revocar la resolución cautelar de fecha 12/10/2018.

**2.-** Imponer las costas de ambas instancias por su orden en atención a la materia que se debate y a las particularidades del caso (art. 68 segunda parte del CPCC).

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

**Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI**

**Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA**