



San Martín de los Andes, 23 de Mayo del año 2022.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "**C. M. E. C/ M. A. S. S/ DIVORCIO**" (Expte. **JJUFA-72139/2021**), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de la IV Circunscripción Judicial; venidos 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, y, de acuerdo al orden de votos sorteado, la **Dra. Alejandra Barroso**, dijo:

CONSIDERANDO:

I.- Ingresan las presentes a estudio de esta Sala, para el tratamiento del recurso de revocatoria in extremis con apelación en subsidio interpuesto por el actor mediante ingreso Web de fecha de cargo 22/12/2021 obrante a fs. 28/28vta., contra la sentencia definitiva dictada en fecha 13/12/2021 (fs. 26/27vta.).

En la sentencia en crisis la jueza procede a homologar el acuerdo o plan de parentalidad presentado por las partes al iniciar la demanda de divorcio con respecto a diversas cuestiones como el cuidado compartido con modalidad alternada respecto del niño G..

Pactaron oportunamente también un régimen de comunicación no sólo en favor de G., hijo biológico de ambos, sino en favor de M., hija biológica de la Sra. M. exclusivamente.

Igualmente llegaron a un acuerdo con respecto a la obligación alimentaria de ambos progenitores con respecto a ambos niños.

La sentencia dispone expresamente homologar el acuerdo alcanzado por las partes respecto a la responsabilidad parental del hijo en común (G.), en cuanto al ejercicio del



cuidado personal compartido de modalidad alternado y en relación a los alimentos.

En ese sentido, se advierte que omite decidir con respecto al acuerdo por el régimen de comunicación que involucra no sólo al niño que las partes tienen en común sino a la niña M..

Es decir que la sentencia solo hace referencia a la responsabilidad parental y cuidado personal y alimentos respecto al niño pero omite pronunciarse sobre el régimen de comunicación.

II.- A fs. 32 la sentenciante rechaza in limine la revocatoria in extremis por considerarla extemporánea y concede el recurso de apelación subsidiario en relación y con efecto suspensivo teniendo por fundado el mismo.

Asimismo ordena correr traslado el que no merece respuesta.

III.- En su escrito recursivo el actor se agravia en tanto ambas partes habían pactado en el punto 4.2 del acuerdo un régimen comunicacional respecto del hijo en común de las partes y también de la hija de la Sra. M. por medio del cual el niño y la adolescente permanecerían juntos una semana con cada uno.

Refiere que de esta manera se preserva el vínculo afectivo entre la adolescente y el progenitor afín, actor en autos, asegurando un trato igualitario entre los hermanos para evitar separarlos.

Alegan que la sentenciante no hace mención a dicho punto y no esgrime fundamentos para el rechazo de la homologación ni admite homologarlo en dicho aspecto.

Tilda la sentencia de inválida por dicha omisión en el entendimiento que resulta una obligación de la a quo expedirse respecto a todos los puntos puestos a consideración de acuerdo con lo normado por el art. 163 inc. 3 CPCC.



Concluye solicitando que se rectifique la sentencia y se expida sobre el régimen de comunicación pactado en relación a la adolescente M..

IV.- Una vez ingresados los actuados a esta Cámara se ordena correr vista al Sr. Defensor de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente quien responde la misma mediante ingreso de fecha 14/03/2022.

En su escrito refiere que más allá de lo manifestado a fs. 21 por la sentenciante sobre que iba a tratar sólo lo acordado con respecto al niño, debe tenerse en cuenta el interés superior de ambos hermanos.

Alega que no fueron escuchados por la jueza.

Indica que ambos cónyuges han pactado un régimen de comunicación para que los hermanos estén siempre juntos tanto con uno como con el otro de los presentantes.

Menciona que la Defensoría solicitó en su contestación de vista a fs. 14 que se aclare respecto al vínculo de la adolescente con su progenitor Sr. S. S., lo que recibió respuesta del Sr. C. manifestando que prácticamente no existe vínculo entre la adolescente y su progenitor.

A fs. 23 la progenitora de la adolescente abona lo dicho refiriendo que la adolescente no mantiene vínculo con su padre biológico.

Destaca que oír a la adolescente teniendo en cuenta su capacidad progresiva es un elemento fundamental en la decisión donde se encuentra involucrado su interés.

Cita jurisprudencia al respecto.

Concluye solicitando que se tenga en cuenta el interés superior de M. y G. y que se cite a la joven para ser oída por la Sra. y el Sr. Vocal de esta Alzada.

También entiende pertinente establecer comunicación vía zoom con el padre biológico de la adolescente.



V.- En esta instancia, se procedió a fijar fecha de audiencia y ambos niños fueron oídos por la suscripta y por mi colega de Sala, con la presencia del Sr. Defensor del Niño, audiencia que fue grabada y adjuntada debidamente a las actuaciones.

VI.- 1.- Ingresando al análisis de la cuestión traída advierto que la sentenciante claramente ha omitido expedirse en su sentencia sobre una cuestión que las partes le solicitaron que decida, sin admitirla ni rechazarla. Pareciera entender que era suficiente advertir con anticipación a las partes lo que iba o no iba a resolver, lo cual, por el contrario, podría constituir un supuesto de prejuzgamiento.

Advierto también que la jueza a quo no ha procedido a la escucha de los niños, lo cual podría acarrear la nulidad de lo decidido, sin perjuicio de lo cual interpreto que la cuestión puede ser abordada al tratar este recurso de apelación el cual conlleva implícito el de nulidad (art. 253 del CPCC).

2.- En el caso, la cuestión a analizar refiere a un componente social y afectivo que no se asocia al parentesco. Su desarrollo responde a la receptividad de manifestaciones de vivir en familia que encuentran su cauce en vínculos de apego significativos para la persona que conviven, o no, con vínculos parentales.

A modo de ejemplo el vínculo del progenitor afín y el/la hijo/a afín sin existir entre ellos parentesco.

La doctrina reciente tiene dicho que "...el derecho de familias a la luz o bajo el efecto del proceso de constitucionalización del derecho civil ha impactado sustancialmente en el contenido de la relación entre progenitores e hijxs; hoy se lo entiende y define desde una perspectiva profundamente distinta a la tradicional y sobre la cual se ha edificado el derogado Código Civil."



"...producto del citado proceso de constitucionalización o humanización del derecho civil a partir del ingreso transversal de la doctrina de los derechos humanos en el plano infraconstitucional de derecho, tanto a nivel vertical - del estado con el ciudadano -como horizontal -de las personas entre sí-." (cfr. HERRERA, Marisa; MANUAL DE DERECHO DE LAS FAMILIAS; segunda edición actualizada y ampliada; Editorial ABELEDO PERROT; pág. 807).

Se introduce el reconocimiento de estas relaciones socioafectivas en normas de alcance general e individual, las que siguen como antecedente a la Convención de los Derechos del Niño, cuyo art. 5 establece: "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

La norma internacional es receptada por la Ley nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y su decreto reglamentario 415/2006, disposiciones que contemplan la socioafectividad, "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quienes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley [...] (art. 11, Ley N° 26.061). Se entenderá por 'familia o núcleo familiar', 'grupo familiar', 'grupo familiar de origen', 'medio familiar comunitario', y 'familia ampliada', además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la



familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección [...] (art. 7, Dec. 415/2006).

La normativa desde el análisis exegético y también sistémico da absoluta claridad sobre la evolución de la cuestión, e incluso ha sido motivo también de decisiones jurisprudenciales que han reconocido un régimen de comunicación entre la madre de crianza y el niño.

Así se ha sostenido: "Corresponde distinguir el parentesco de sangre o legal, de aquel que se establece por la fuerza de los hechos, o los afectos y que cuenta con una aceptación social que lo legitima, aun cuando carezca de recepción legal [...] Toda vez que el vínculo materno filial socio afectivo que une a la accionante y el menor, ha nacido de una convención lícita entre la actora y los padres biológicos del niño -en el que se acordaron los roles que cada uno cumpliría dentro de la familia que construirían, asignando un lugar duplicado de maternidad a la madre biológica y a la accionante-, permitiéndole así que participara y se involucrara, creando vínculos socio afectivos legítimos, no puede negarse el derecho del menor a tener y recibir el afecto de quien actuó como "madre de crianza" en sus primeros años de vida [...]" (cfr. Juzgado Familia 4° Nom. Córdoba, 28.6.2010.)

Sentado lo anterior, también he de tener en cuenta para decidir el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente: "...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).

La doctrina tiene dicho: "Como se adelantó, lo más beneficioso para los hijos es que el cese de la convivencia de los progenitores impacte lo menos posible en su vida, en la relación con ellos y, por lo tanto, en el ejercicio de la responsabilidad parental, siguiéndose con la obligada perspectiva constitucional-convencional, en especial lo regulado en los arts. 7°, 8°, 9° y 18° de la CDN: el derecho del niño a crecer, criarse y ser amparado por ambos



padres y mantener con ellos trato frecuente y regular” (cfr. HERRERA, Marisa; MANUAL DE DERECHO DE LAS FAMILIAS; segunda edición actualizada y ampliada; Editorial ABELEDO PERROT; pág. 856).

La doctrina sostiene al respecto que “Después del nuevo Código no existe obstáculo alguno para que se asigne al progenitor afín que convive con los hijos de su cónyuge conviviente la calidad de guardador mediante su homologación judicial, siempre que se den en el caso las condiciones para ello, en cumplimiento del necesario control de legalidad. En estos casos como ya se afirmó en la doctrina, el niño o adolescente debe ser escuchado. Esta exigencia se consolida claramente en el artículo 707 del Código.” (cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERREA, Marisa; LLOVERAS, Nora; TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA; T° IV; EDITORIAL RUBINZAL CULZONI, Pág. 250).

Marisa Herrera nos enseña que “Hablar de autonomía progresiva del niñx en la autodeterminación de sus derechos exige un paso previo imprescindible: garantizar su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta; en todo ámbito -personal, familiar, comunitario, administrativo y judicial- y cualquiera sea la decisión a adoptarse. Este derecho surge del art. 12 de la CDN: “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.”... En el plano interno, este derecho es garantizado en la ley 26.061 (conf. arts. 3°b, 19, incs. b] y c], arts. 24, 27).”[.](cfr. HERRERA, Marisa; MANUAL DE DERECHO DE LAS FAMILIAS; segunda edición actualizada y ampliada; Editorial ABELEDO PERROT; pág. 815).

Por su parte nuestro TSJ ha dicho: “La Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente solicitó la



citación de los hijos del matrimonio ante su presencia a fin de expedirse sobre los acuerdos que los padres realizaran a su respecto. El juez de grado deniega el pedido. La Alzada confirmó el decisorio sosteniendo que los hijos no son parte en el divorcio de los padres, que en el acuerdo no se observa vulneración alguna a sus derechos, y que los niños deben comparecer ante los estrados judiciales sólo en circunstancias extraordinarias y excepcionales. El TSJ casa parcialmente el decisorio en tanto el derecho público provincial garantiza que el niño debe ser oído y su opinión valorada en todo proceso judicial o administrativo que afecte sus intereses bajo pena de nulidad." (cfr. Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente s. Incidente de apelación en: S. y otro s. Divorcio vincular /// TSJ, Neuquén; 28/04/2005; Sumarios Oficiales Poder Judicial de Neuquén; RC J 10654/13).

En igual sentido "...Asimismo deberá convocarse a los niños para ser oídos en los términos del art. 707, Código Civil y Comercial, antes de resolver sobre la procedencia de la acción deducida. Todo ello, sin perder de vista que, en todo momento, debe prevalecer el interés superior de los niños, eje rector en toda decisión en que se encuentran involucrados derechos humanos de niños, niñas y adolescentes..." (cfr. C. J. M. vs. A. N. C. s. Apelación /// CCCLM Sala I, Neuquén, Neuquén; 06/10/2021; Rubinzal Online; RC J 7422/21).

3.- En este marco conceptual y teórico, señalo especialmente que he procedido a la escucha del niño y la niña.

M. claramente expresó su deseo de mantener el contacto con su papá (el Sr. C.), dijo también que actualmente permanece una semana con su mamá y una semana con su papá, junto a su hermanito G.. Que está muy bien, que se lleva bien con su hermano también y que quiere continuar así. Al preguntarle sobre su otro papá, expresó que vive en Buenos



Aires y que desde que los siete años que no lo vé (la niña ahora tiene 13 años), que el Sr. C. es como si fuera su papá ya que vive desde los siete años con él. Con respecto a su otro papá no puede decir nada porque no lo conoce. Sí visita a sus abuelos paternos que viven en Buenos Aires.

También se escuchó al pequeño G., quien si bien tímidamente, también se expresó en sentido favorable a compartir con su hermana.

4.- Por todo lo dicho, teniendo especialmente en cuenta la opinión de M., conforme su edad y grado de madurez, considero que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto, y, en consecuencia, proceder a Homologar el acuerdo de parentalidad propuesto por las partes en orden al régimen de comunicación y alimentos y con respecto a al niño y a la adolescente M. y G., ello sin perjuicio de los derechos que puedan corresponder al progenitor de M., en caso que manifieste su interés en ejercerlos.

VII.- Mensaje para la niña M. y el niño G..

Conforme ha surgido de la deliberación de los jueces de la Sala, hemos decidido enviar un mensaje personal al niño y a la adolescente a fin de comunicarles esta decisión, debiendo por secretaría obtenerse un número de teléfono para remitir vía whatsapp el siguiente texto:

Estimada y estimado M. y G.,

Alejandra y Pablo, como jueza y juez que tuvimos que decidir en esta situación que están viviendo, y que los escuchamos aquél día en la entrevista que tuvieron con nosotros, queremos decirles que tomamos la decisión de que los dos puedan estar juntos con su papá una semana y la otra semana con su mamá y también para que pasen algunas fiestas juntos como el día del padre o de la madre o el cumpleaños de sus papás y las vacaciones, como ustedes lo deseen y como acuerden sus papás.



Esto lo hicimos porque tuvimos muy especialmente en cuenta lo que nos dijeron y el deseo que expresaron de querer estar juntos y visitar a su papá, también juntos.

Queremos también que sepan que siempre pueden expresar sus deseos y sus opiniones o sentimientos y tienen que saber que estas opiniones y deseos deben ser tenidos en cuenta siempre para su bienestar.

Los saludamos y fue un placer conocerlos, esperamos siempre sigan unidos como hermanos.

Alejandra y Pablo.

VIII.- En virtud a la totalidad de los argumentos esgrimidos en el apartado que antecede, doctrina y jurisprudencia allí citada y en el entendimiento de haber dado respuesta el cuestionamiento traído a consideración, corresponde -lo que así propicio- hacer lugar al recurso incoado por el actor y, en consecuencia, HOMOLOGAR lo acordado por ambas partes en el acuerdo de parentalidad en orden al régimen de comunicación y alimentos con respecto a la adolescente y al niño, M. y G..

Imponer las costas de esta instancia en el orden causado atento la naturaleza de la cuestión (art. 68 segundo párrafo del CPCC), procediendo a regular los honorarios de la Dra. ... en su carácter de letrada patrocinante del actor apelante en la suma de \$ 35.500,00 (30%) de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 de la L.A.

Mi voto.

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

Por compartir las consideraciones de mi colega así como la solución propiciada, adhiero a su 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.- Hacer lugar al recurso interpuesto por el actor y, en consecuencia, HOMOLOGAR lo acordado por ambas partes en el acuerdo de parentalidad en orden al régimen de comunicación y alimentos con respecto a la adolescente y al niño, M. y G..

II.- Imponer las costas de esta instancia en el orden causado, atento la naturaleza de la cuestión (art. 68 segundo párrafo del CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. ..., en su carácter de letrada patrocinante del actor apelante, en la suma de PESOS TREINTA Y CINCO MIL QUINIENTOS (\$35.500,00) (30%) de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 de la L.A.

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese electrónicamente a las partes y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

Dra. Alejandra Barroso - Dr. Pablo G. Furlotti
Dr. Alexis F. Muñoz Medina - Secretario Subrogante