

**Y VISTOS:** estos autos caratulados “C., S. F. c/ M., R. S. - INCIDENTE DE ATRIBUCIÓN DEL CUIDADO PERSONAL DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD EN LOS AUTOS CARATULADOS “C., S. F. Y OTRO - SOLICITA HOMOLOGACIÓN”, expte. n° ..., traídos a despacho para resolver, de los que resulta que: -

a) Con fecha 13/04/2021, comparece el letrado J. I. B., en carácter de apoderado de la parte incidentista y hace saber que se encuentran vencidas las medidas de prohibición de contrato entre el Sr. C. y la Sra. B., por las cuales se dispuso “supuestamente por ....” que los niños sean retirados de su centro de vida (donde vivieron los últimos seis años). Que, a la fecha se encuentran junto a la progenitora, pese a que es deseo de ambos niños, **retornar al domicilio paterno el cual se encuentra lindero con el domicilio de los abuelos paternos.** Sin perjuicio de no haberse dispuesto el retiro de los niños mediante orden judicial, previa audiencia personal con éste magistrado, solicita el reintegro de los menores a su “centro de vida”. Deja aclarado, que desde que los niños se encuentran al amparo de su progenitora -de manera provisoria- se han interrumpido las actividades extracurriculares que ambos menores realizaban (hockey y fútbol). Que, asimismo se ha interrumpido el tratamiento de oculista al cual debía asistir la niña A. Agrega, que según informan, a ambos se les ha prohibido tener contacto tanto con una importante referente afectiva: I. C. B. como con su hermana (hija de la Sra. B. y su mandante); -

b) Por decreto del 16/04/2021, se designa audiencia a los fines de oír a A. S. y a N. para el día 29/04/2021, la cual -primeramente- no tuvo lugar y que finalmente se celebra el 18/05/2021, según constancias de la causa. Por decreto del 31/05/2021, se ordena correr vista de la misma al representante del Ministerio Público. Sin perjuicio de ello, comparece la

Dra. R. B. en fecha 19/05/2021 y dice que: atento al cambio de cuidado personal ocurrido a raíz de la violencia de género llevada a cabo por C. hacia su pareja C. B., amerita el ofrecimiento de nueva prueba. Fundamenta lo expuesto en que, tal como su representada viene denunciando desde hace cinco años, C. es una persona violenta. Que, éste ejerció violencia contra M. y ahora lo hace con B. Destaca que, es gravísimo el grado de violencia y sometimiento que el aquí actor ejerce sobre C. Ofrece prueba; -

c) Por su parte, en fecha 02/06/2021, el apoderado de la parte actora expresa: habiendo transcurrido más de dos semanas desde la celebración de las audiencias de escucha de los niños en los presentes autos (21/05/2021), peticiona con carácter urgente y como medida innovativa se restituya a los niños a su centro de vida, junto a su progenitor. Que, así como se puede disponer medidas para asegurar con urgencia el pago de la prestación de alimentos que provisoriamente se impone a su mandante, de la misma forma se deberían resolver los pedidos relacionados a la protección del centro de vida de los niños, considerando los pormenores de su escucha; -

d) Cabe tener presente, que por proveído del 02/08/2021 se fija un nuevo día y hora de audiencia (09/08/2021), la cual fue celebrada a través de la vía “whatsapp” y de manera desdoblada, entre la Sra. M. y el Sr. C. Debido a la falta de acuerdo entre los progenitores y a los fines de oír a los afectados directos, esto es, A. S. C. M. y N. C. M., se designa día audiencia en fecha 24/08/2021 a celebrarse el 10/09/2021 de modo presencial **con intervención del Sr. Asesor Letrado, profesional psicóloga integrante del Equipo Técnico, funcionaria del Tribunal y éste magistrado. Por consiguiente, el Dr. B. en fecha 23/08/2021** solicita se resuelva con carácter urgente la petición de restitución de los niños a su centro de vida conforme lo peticionado en autos. Peticiona se resuelva sobre el particular, atento se ha generado un importante perjuicio para los

menores, quienes desean convivir nuevamente con su progenitor. De ahí que, en fecha 10/09/2021 se ordena correr vista de la cautelar peticionada al Sr. Asesor Letrado la cual se tiene por evacuada el 13/09/2021. -

e) En fecha 13/09/2021, se dicta el decreto de autos, el que resulta notificado a la totalidad de las partes intervinientes, firme y por tanto: la presente causa queda en condiciones de ser resuelta. -

### **Y CONSIDERANDO:**

I) Que, habiendo sido oídos la niña A. S. C. M. y el niño N. C. M., el abogado apoderado de la parte actora, Dr. J. I. B., peticiona se resuelva el pedido de restitución de los niños a su centro de vida junto a su progenitor, no existiendo a la fecha motivo o fundamento que avale continuar admitiendo su temporaria residencia junto a su progenitora y su conviviente, R. S. M. Dictado el decreto de autos, queda así planteada la cuestión a resolver. -

II) Primeramente, conviene delimitar la medida objeto de resolución en los presentes. El peticionante la encuadra como “cautelar”, “cautelar innominada”. Es decir, de aquellas no enumeradas por el código de rito, pero contempladas en su art. 484, el que reza: “... quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”. Emerge, que lo requerido, consiste específicamente en la solicitud de una decisión interina por la magistratura. En los procesos de familia, existen claros institutos interinales. Con ello, aludimos a los alimentos provisorios (art. 544 del CCC.) o medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad de matrimonio (art. 721 CCC.), entre otras. -

Aquí, la contienda yace entre los progenitores de A. S. y N. en torno a la atribución del cuidado personal a su respecto. En el decurso del proceso, ocurrieron circunstancias que mutaron la plataforma fáctica. Es así, que el apoderado del Sr. S. F. C. solicita el urgente cambio de residencia de sus hijos, las cuales -de encontrarse habitando con él y su ex pareja C. B.- posteriormente y en relación a un hecho de violencia entre los adultos, los niños volvieron a habitar con su madre: R. S. M. y su actual pareja: J. C. y su pequeño hermano F. -

Es así, que claramente, se advierte nos encontramos en presencia de un pedido de una cautelar innominada, una “tutela anticipada” (despacho interino), otorgándose de manera provisional el objeto de la pretensión -en atención a las constancias de autos y a los fines de la evitación de causación de perjuicio a un niño, niña o adolescente-; hasta tanto y en función de lo que se decida en definitiva en autos. **No constituye adelanto de criterio ni opinión alguna, sino que consiste en la resolución de una medida que por su alto grado de verosimilitud -a la fecha- y urgencia, no debe ser postergada hasta el tiempo del dictado de la sentencia.** Dicha acto procesal de finalización, se adopta con ulterioridad, luego de efectuarse la producción de la totalidad de prueba que sea menester en la causa. -

Al decir de Carbone: “La declaración del derecho del actor en la sentencia y ésta como necesario título de la ejecución no es imprescindible (...) hoy, no nos puede alarmar que se anticipe la sentencia, y por tanto la ejecución de ésta, sin sentencia y sin título que la habilite porque lo que se exige es ese grado de convicción intermedio entre la certeza definitiva que sólo puede otorgar la sentencia, y la mera verosimilitud de una medida cautelar conservativa (...) Este grado de convicción del derecho del actor hace que puede anticiparse la pretensión ante situaciones excepcionales de

urgencia o evidencia, sin esperar a la sentencia y sin que esa certeza esté un soporte escrito con fuerza de ley (...) En tal ecuación razonable entre el derecho del demandado con la necesidad impostergable del actor, no se conculca el derecho de defensa del primero. Se lo escucha (previo traslado de la pretensión anticipatoria o de la propia demanda para ser contestada), pudiendo ofrecer elementos probatorios, claro que en una secuencia acotada con el objeto de posibilitar esa tutela anticipatoria. No debe olvidarse que la orden de anticipo de pretensión es un despacho interino, tiene estabilidad hasta la sentencia, pero ésta la puede confirmar o no” (Carbone, Carlos A., *Medidas Cautelares del Código Civil y Comercial, Anticautelares y Tutela Anticipatoria Urgente o Evidente*, Nova Tesis, Rosario: 2017 - p. 45 y 48); -

Lo reseñado en la doctrina supra, ocurrió en autos. Se petitionó la medida, garantizó la bilateralidad y contradictorio, como así también sustanció la prueba pertinente y determinante para la resolución de la misma, que al consistir en constancias de autos y escucha de la niña y el niño, pudo arribarse al dictado de resolución. -

**III)** Ingresando específicamente al tratamiento de la medida requerida, la misma se suscita en el marco de un incidente de cambio de modalidad de cuidado personal. Al respecto y compartiendo la opinión con Krasnow, quien -a su vez- cita los fundamentos de lo que fuera en su momento el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación: “Se diferencia el ejercicio de la responsabilidad parental del cuidado personal del hijo. **El cuidado personal es uno de los deberes y derechos de los progenitores que se derivan del ejercicio de la responsabilidad parental y atañe a la vida cotidiana del hijo. En caso de ruptura de la pareja (matrimonial o unión convivencial), el cuidado personal, término que reemplaza el de ‘tenencia’ criticado mayoritariamente por la doctrina,**

**puede ser compartido (regla) o unilateral (excepción)”** (Sanchez Herrero, Andrés & Sanchez Herrero, Pedro, *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, Tomo VII – Familia, La Ley, Buenos Aires: 2016); -

**El norte en ésta índole de procesos es el resguardo del interés superior del niño**, principio enaltecido por la Convención sobre los Derechos del Niño de 20/11/1989 (aprobada por Ley 23.849 – arts. 18 y 24), recepcionado a su respecto en el ámbito interno local por los arts. 639 inc. a) y 706 ss. y cc. c) del CCC. Además, ingresan “en juego” los derechos de la progenitora y el progenitor de efectuar ejercer el debido cuidado inmediato de sus hijos, conforme modalidad que corresponda. -

En la medida de autos, se procuró la salvaguarda de los principios de familia requeridos por la normativa fonal (art. 706 CCC.). En lo que respecta a la *tutela judicial efectiva*, se entiende que dicha garantía encuentra recepción en la sustanciación del trámite de la presente; *inmediación y oralidad*, al celebrarse sendas audiencias con las partes y los niños a los fines de arribar a la autocomposición del conflicto y lograr la participación de los menores en el proceso, lo que implica un *acceso limitado del expediente* en relación a terceras personas no intervinientes y al conocimiento de las partes de la causa sobre lo expresado por A. y N. (en las audiencias que ostentan el carácter de reservadas). Además, parto de la base de la existencia de *buena fe procesal y lealtad de las partes*; -

**IV)** En lo referido a la participación de la niña y el niño en el expediente y a los fines de dilucidar la situación planteada en la petición cautelar, cabe aclarar que los mismos fueron escuchados personalmente en dos oportunidades: una por ante el juez reemplazante que me precediera en el cargo y la última por ante el suscripto. **En éste último acto procesal, además de contar con la presencia del representante complementario (art. 103 inc. a CCC.): Dr. I. B., intervino la Lic. en Psicología**

**integrante del Equipo Técnico Interdisciplinario de ésta sede judicial, lo cual otorga mayor apoyatura y e idoneidad técnica en la inmediatez de la audiencia, como en la decisión a adoptarse en la presente; -**

Resulta decisivo que los niños sean oídos en procesos como el presente (arts. 26 y 707 CCC.). El artículo 26 CCC., refiere al “derecho a ser oído en todo proceso judicial”, respecto de la persona que ostenta la minoría de edad. Por su parte, el art. 707 CCC, establece puntualmente: “tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afecten directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”. Por su parte, en el ámbito supranacional (art. 75 inc. 22 CN.), la Convención de los Derechos del Niño (art. 12, inc. 2º), consagra el derecho a ser escuchado, sea directamente o por medio de un representante; -

La escucha de los niños, debe ser efectuada de manera personal e indelegable por parte de la magistratura, según las circunstancias del caso. Para la observación general OG-12/2009, la escucha no constituye únicamente una garantía procesal, sino que se erige como principio rector en toda cuestión que involucre o afecte al niño, niña o adolescente, sea en los ámbitos judiciales, administrativos, familiares, educativos, sociales, comunitarios, etcétera. La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes reguló el derecho del niño a participar, a ser oído y a contar con asistencia letrada (arts. 24 y 27). Las 100 Reglas de Brasilia han dejado en claro que la edad importa una condición de vulnerabilidad, pues presenta especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico ante el sistema de justicia (Regla 3). Esta condición de vulnerabilidad comprende todo niño, niña y adolescente (o sea, persona menor de dieciocho años de edad), excepto que haya alcanzado antes la

mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Indica que **todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.-**

Por su parte, el Sr. Asesor Letrado de ésta sede judicial, contesta la vista que le fuera corrida en relación a lo sucedido en la última de las audiencias celebradas, de escucha de los niños. Expresa, primeramente, que en los presentes autos existe a la fecha prueba sin diligenciar, la que resulta indispensable para emitir opinión definitiva. Posteriormente y de manera textual, manifiesta: "... este Ministerio entiende que como medida urgente solicitada **se deberá hacer lugar a lo solicitado por la parte actora**, a fin de alcanzar con dicha resolución el consabido *interés superior del niño*, sin perjuicio de lo que VE resuelva en definitiva en el presente proceso en curso. Dicha medida, como se expresa, se dirige exclusivamente a fin de lograr con su disposición un inmediato estado de bienestar general para con los menores, a quienes, como se expresara ya se los ha oído, y en cuyas opiniones se emite la presente vista, sin perjuicio de la valoración oportuna del restante plexo probatorio ya obrante en autos. Por otro costado, el cumplimiento de la presente medida deberá ser adoptado con el debido cuidado de no perjudicar, ni alterar el día a día que los menores desarrollan en su vida habitual. Es decir, deberán los menores continuar con la escolaridad, actividades recreativas, visitas médicas, etc. que a la fecha se cumplen. Debiendo, asimismo, el progenitor solicitante de la medida, cumplimentar con el deber de información para con la progenitora en todo lo atinente a educación y salud de ellos. En tal norte, a fin de que los menores continúen con un contacto normal con sus progenitores (como lo vienen desarrollando a la fecha), deberá establecerse un régimen comunicacional amplio a favor de la progenitora, debiendo las partes

arribar a un acuerdo en tal sentido o establecerlo en defecto el tribunal. Por otro costado, este Ministerio entiende que el cuidado personal de los menores deberá continuar siendo asumido por ambos progenitores, compartiendo las decisiones y distribuyéndose las tareas de cuidados que correspondan (modalidad de cuidado personal compartido indistinto). Por otro costado, se exhorta *nuevamente* a ambos padres a redoblar los esfuerzos en pos de alcanzar una mayor y mejor relación entre ambos, toda vez que la misma tiene inmediata y directa repercusión e incidencia en los hijos”. Es decir, el representante complementario de los niños, presta acuerdo en relación a la procedencia de la cautelar innominada peticionada por el incidentista. -

Puntualizo, nuevamente, que **no existió sólo una escucha, sino dos: en diferentes momentos y por ante personas distintas. Una audiencia se celebró el 18/05/2021 (ante el magistrado reemplazante y Sr. Asesor Letrado) y la restante el 10/09/2021 (ante éste Juez, Sr. Asesor Letrado y Lic. en Psicología del Equipo Técnico local). Ello, hace tener en cuenta diferentes variables que podrían condicionar su palabra en distintos escenarios temporales y ante diferentes personas. El contenido de la audiencia se encuentra reservado y puesto a disposición del Tribunal y representante complementario. Luego de ser efectuada una escucha atenta y respetuosa, tratándose de una niña de 11 años y un niño de 7, como así también analizando el acto procesal que fuera recepcionado previamente (el 18/05/2021) y sin expedirme específicamente sobre los dichos de los niños -atento la confidencialidad supra aludida- considero que puedo persuadirme respecto que la decisión de los niños es idéntica en ambos actos procesales: residir con su padre. Es lo que emana de sus reales intereses, analizados en diversos momentos, por personas distintas y**

**ante la presencia de profesional de psicología. Se tuvo en cuenta la edad y el grado de madurez de sus expresiones, sus deseos y también lo que hoy no quieren vivir. No creo baste más prueba que ello para resolver ésta medida.-**

Siempre es necesario revisar la situación de la menor y atender sus necesidades psicológicas - físicas y emocionales y ello se sintetiza en un deseo: el retorno a residir principalmente con su padre, el Sr. S. F. C.-

En relación a los hechos de violencia aducidos por la Sra. M., como impedimento para que los niños puedan habitar con su padre, de las entrevistas no se verifica que su padre haya ejercido violencia -en alguna de sus modalidades- sobre ellos. Es más, emerge que con él es donde más se encuentran resguardados y contenidos. Es digno de destacar, el papel que cumplen sus abuelos, y que el contacto inmediato con ellos, redundaría en beneficio de A. y N.;-

Por ello, es que **corresponde la decisión de otorgar, en carácter de medida cautelar innominada: “tutela anticipatoria”, el cuidado personal provisorio de la niña y el niño a su progenitor: S. F. C. Asimismo, es pertinente el establecimiento de un régimen de comunicación amplio entre la progenitora y sus hijos, como así también no se advierte motivo alguno a los fines de mantener el establecimiento de alimentos provisorios, retenidos sobre haberes del Sr. C., por lo cual dicho “despacho interino de fondo” debe cesar. Asimismo, ya no tiene sentido que se efectivice medida dictada en autos respecto a la entrega de bienes de los menores, al domicilio de la Sra. M. De igual manera, es conveniente requerir a las partes como a letrados intervinientes, que presten la colaboración necesaria para con el Tribunal, a los fines del no entorpecimiento del proceso y poder arribar a una Sentencia justa y equitativa. -**

V) Sin costas, atento la naturaleza de lo ventilado en autos y el trámite de cautelar no previsto en el rito. Corresponde, por tanto, considerar y diferir los honorarios profesionales del letrado y la letrada intervinientes, para la oportunidad del dictado de la sentencia.-

Por lo expuesto y normativa citada, es que **RESUELVO:**

**1) PROVISORIAMENTE, con el carácter de medida cautelar innominada “tutela anticipatoria”, hasta tanto se diligencie la totalidad de prueba ofrecida y se resuelva en definitiva, HACER LUGAR A LA MEDIDA SOLICITADA Y, EN CONSECUENCIA, MODIFICAR EL RÉGIMEN DE CUIDADO PERSONAL DE LA NIÑA A. S. Y N., que será ejercido principalmente por su padre S. F. C., en el lugar de su residencia actual, debiendo comunicar cualquier cambio que exista a su respecto; -**

**2) Requierase la intervención de la Sra. Juez de Paz de la localidad de B., para que se constituya en el domicilio de la Sra. R. S. M. y proceda a la notificación y efectivización de la medida entregando: a la niña A. S. y el niño N. a su padre: S. F. C., juntamente con sus elementos personales; -**

**3) Déjase sin efecto cualquier medida dictada en autos respecto a la entrega de bienes de los menores, al domicilio de la Sra. M.; -**

**4) FIJAR un régimen de comunicación amplio entre su madre, R. S. M. y sus hijos A. S. y N., respetando los horarios y sus actividades; que incluya además a su pequeño hermano F.; -**

**5) Ordénase el CESE de la cuota alimentaria fijada para que sea recepcionada por la Sra. M.e, a cuyo fin: OFÍCIESE. Sin perjuicio de lo decidido supra, se pone a disposición el Tribunal para la fijación de una audiencia a los fines de tratar dichos puntos, juntamente con**

**particularidades atinentes al régimen de comunicación determinado supra;-**

**6) LLAMAR a la reflexión a la Sra. R. S. M. y al Sr. S. F. C.,** convocándolos a poner todo su empeño y buena voluntad para superar las diferencias y evitar que su hija y su hijo se conviertan en víctimas involuntarias de las conductas, desencuentros y decisiones de sus padres, ya que los menores -para estructurar equilibradamente su psiquismo y desarrollo emocional- necesitan de la presencia, contención y acompañamiento de ambos progenitores. Asimismo, convoco a la letrada y letrado intervinientes en autos, a ejercer una colaboración efectiva para con el Tribunal, a los fines de la continuación de los presentes sin traba ni restricción alguna, de manera que el interés de los niños sea reguardado en los hechos; -

**7) Póngase en conocimiento del representante del Ministerio Pupilar.-**

**8) SIN COSTAS, atento lo establecido en el considerando pertinente. PROTOCOLÍCESE Y HÁGASE SABER.-**