Puerto Madryn, Diciiembre de 2015.

VISTOS Y CONSIDERANDO

Estos autos caratulados: **"A. – N., Y. A. y B., J. M. S/ Homologación de convenio" Expte. 217 Año 2015**, venidos del Juzgado de Familia Nº 2 (Expte. Nº 550/2015) por haber

interpuesto a fs. 20 y a fs. 21, la Asesora de Familia e Incapaces y la Sra. Y. A. N. respectivamente, recursos de apelación contra el Auto Interlocutorio registrado bajo nº 419*15 de fs. 13/15.

I. A fs. 13/15 la Sra. Magistrada de grado dispone rechazar la homologación del acuerdo formulado en lo que refiere a la custodia unipersonal del hijo de las partes.

Contra dicha providencia se alzan la Asesora de Familia e Incapaces y la Sra. Y. A. N. quienes apelan a fs. 20 y 21 respectivamente, fundando sus memoriales a fs. 78/80 y 27/30.

Le causa agravio a la Sra. N. la confusión en la que incurrió la Sra. Jueza a quo entre el concepto de cuidado personal y responsabilidad

parental.

Refiere que la limitación en los derechos y deberes del progenitor a que hace referencia la jueza de grado, constituiría una restricción de la responsabilidad parental. El acuerdo al que se arribó de ninguna manera cercena los derechos – deberes del progenitor no conviviente, ya que el cuidado personal de Jonathan Joel es sólo una arista de la responsabilidad parental.

Resalta que por el contrario, lo que se pretende regular es el cuidado personal de su hijo, esas funciones de la vida cotidiana, que por las particularidades del caso, ambos padres decidieron que fueran ejercidas

por ella.

Señala que el art. 651 del CCyC fundamenta la procedencia de la excepción al principio de cuidado personal compartido, el hecho que el mismo no fuera posible "o" que ocasionare un perjuicio al menor.

Considera que yerra la Jueza al hacer referencia al segundo de estos supuestos, cuando en verdad, y tal como fue mencionado en la audiencia de avenimiento, el acuerdo sobre cuidado personal unilateral se funda en el hecho que el padre de Jonathan Joel vive a 1400 km., lo que no hace posible que el Sr. B. asuma el cuidado personal compartido del hijo que tienen en común.

Por otro lado, pone de manifiesto que la Jueza a quo ha soslayado la voluntad de los progenitores. Destaca que son ellos quienes conocen las necesidades de su hijo y quienes deciden que es lo mejor para él.

Sostiene que la sentencia que resuelve no homologar el acuerdo de cuidado personal unilateral no sólo no tiene sustento legal, sino que vulnera derechos reconocidos a las partes por la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos.

Indica que la sentenciante pretende que dentro del proceso de homologación se acredite el perjuicio que le causa al menor. Tal requerimiento no es viable dentro del acotado marco de los procesos de avenimiento, pero más importante aún, la exigencia de tal acreditación constituye una injerencia arbitraria por parte de la juzgadora en el ámbito privado de la familia.

Concluye en que, en el caso de autos, no es posible el ejercicio conjunto del cuidado personal de su hijo, ello lo han merituado en forma conjunta ambos padres. Por ello, es que han llegado al acuerdo del cuidado personal unilateral, haciendo uso de la autonomía de la voluntad que la Constitución Nacional y el Código Civil y Comercial les confiere, habiendo la Asesoría de Familia e Incapaces participado del acuerdo, ejerciendo la representación de los intereses de su hijo.

Cita doctrina y jurisprudencia y hace Reserva del Caso Federal.

Por su parte la Sra. Asesora de Familia e Incapaces juntamente con la Abogada Adjunta, fundamentan su memorial de agravios a fs. 78/80. Como primer agravio sostienen el hecho de que la Jueza de grado realizó una interpretación literal de la norma.

Aducen que la regla del cuidado personal compartido no es rígida sino que cede ante la falta de viabilidad o que resulte perjudicial para el hijo. El requisito necesario para optar por dicha regla es que ambos progenitores tengan a su cargo "las labores" atinentes al cuidado del hijo, pues de lo contrario el cuidado personal será unilateral.

Destacan que nada impide que el cuidado sea otorgado unilateralmente a un progenitor manteniéndose la regla del ejercicio conjunto de responsabilidades parentales.

En segundo término les causa agravio la falta de cumplimiento de la norma. Ello, independientemente de la interpretación de los conceptos de titularidad, ejercicio de la responsabilidad parental y del cuidado personal del niño. Creen que debió la Jueza, en mérito al Superior Interés del Niño involucrado, el principio de oficiosidad, de resolución pacífica de los conflictos, que si por sí solo no le resultaba suficiente para fundar la excepcionalidad a la regla, citar a las partes y ponderar la situación de marras para luego otorgar uno u otro régimen.

En tercer lugar les causa agravio el hecho que no se ha tenido en cuenta la autonomía de la voluntad al momento de resolver. Resaltan que en el caso en análisis no existe, ni ha existido conflicto entre las partes, muy por el contrario, han logrado plasmar el plan de parentalidad en forma pacífica y consensuada, de acuerdo a lo que han entendido constituye el mejor interés para Jonathan.

Finalmente, sin perjuicio que bien no es materia de agravios, destacan que no puede dejarse de tratar la violación al derecho de Jonathan a participar en autos, como lo ha resuelto la Magistrada a fs. 37 vta.

II. En primer lugar cabe aclarar que al existir coincidencia entre los agravios de la Sra. N. y las representantes de la Asesoría de Familia e Incapaces, por una cuestión de economía procesal y practicidad serán abordados los mismos en forma conjunta.

Ahora bien, la finalidad de la responsabilidad parental es el desarrollo integral del niño en todas sus potencialidades. Por lo que incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño.

La discordancia del viejo sistema con los postulados constitucionales – convencionales, sumada a los perjuicios que ocasionó a los niños y adolescentes involucrados en los conflictos parentales, impulsaron un giro legislativo hacia la consagración normativa del derecho de coparentalidad.

En el nuevo texto legal, el ejercicio de la responsabilidad parental es compartido con prescindencia si los padres viven juntos o separados.

Como bien lo han señalado las recurrentes en sus respectivos memoriales, existe una diferencia entre la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental.

De la responsabilidad parental se deriva tanto la titularidad como el ejercicio, mientras que, la titularidad alude al conjunto de deberes y derechos que la ley reconoce a favor de ambos padres, el ejercicio se refiere a la posibilidad de actuar en cumplimiento de esos deberes y derechos.

El cuidado personal es una derivación de la responsabilidad parental y consiste en el ejercicio atenuado de la responsabilidad parental derivada del contacto con el niño cuando los padres no conviven (Conf. Graciela Medina, publicado en DF y P, Noviembre 2014.).

El Código la define como "los deberes y facultades de los progenitores a la vida cotidiana del hijo".

Ahora bien, el Código Civil y Comercial enuncia una excepción: el ejercicio compartido puede dejarse de lado si los padres acuerdan, sea por razones de

organización familiar o personal (razones de distancia, de trabajo, etc), o si el Juez lo decide en interés del niño.

El art. 641 del CCyC en el inciso b) claramente establece: *"El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde… b) en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores…* ***Por voluntad de los progenitores*** *o decisión judicial****,*** *en interés del hijo,* ***el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecer distintas modalidades*****"** .

Resulta claro que en todos los casos, la primera palabra es la de los propios padres, quienes son los que cuentan con la más amplia libertad para resolver sobre la situación de sus hijos. El Juez sólo debe intervenir en aquellos casos en que existiera falta de acuerdo por parte de éstos.

El único límite a la autonomía de la voluntad de los padres está fijado por el interés superior del niño, en cuya figura se centra el control social del Estado con finalidad protectora, pudiendo de esta manera el Juez objetar alguna de las estipulaciones acordadas por las partes, por considerar que afecta al niño.

Analizadas las constancias de autos, se observa que no existe ningún tipo de conflicto entre los padres de J. J. respecto a su cuidado, como así tampoco en la comunicación que éste mantendrá con su padre o la cuota alimentaria que se abonará.

La Asesoría de Familia e Incapaces participó del acta de avenimiento en la cual se decidieron sobre los puntos ut supra mencionados, ello en su carácter de representante del joven, no observando ningún tipo de perjuicio para éste.

Cada familia es un sistema cuyos miembros tienen funciones interconectadas e interdependientes que de una u otra manera se hayan unidas. De manera tal, que son los miembros de esa familia quienes en

primer lugar deben decidir cómo es el mejor funcionamiento, sin perjuicio de que ya no se encuentren conviviendo.

Los padres son los que están en mejores condiciones de saber qué es lo mejor para sus hijos, quiénes cuentan con las facultades para decidir respecto de ellos, siempre respetando sus decisiones y en tanto no se vean afectados sus derechos. En esos casos es que la Asesora de Familia e Incapaces cumple un rol fundamental, rol que es cumplido en las audiencias de avenimiento.

El Juez debe resolver conflictos cuando éstos existen, no cuando no les son planteados, o de oficio en caso de surgir de las constancias en la causa que se encuentran vulnerados derechos. Ello no ocurre en las presentes actuaciones.

Por todo ello, es que existiendo acuerdo entre los padres del menor J. J. B., y siendo que lo convenido se encuadra perfectamente dentro de lo regulado por el art. 641 inc. b) del CCyC es que se hará lugar a los agravios de las recurrentes revocándose el punto 1 de la Sentencia en crisis, correspondiendo homologar el acuerdo formulado en lo referente a al cuidado unipersonal del hijo de las partes.

III. Sin costas por constituir la presente una contienda entre la parte y al judicatura (Conf. art. 69 2da parte).

Por todo lo expuesto, la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn:

R E S U E L V E:

1) REVOCAR el punto 1 de la Sentencia Interlocutoria registrada bajo nº 419/15, en todo cuanto ha sido materia de agravios, correspondiendo HOMOLOGAR el acuerdo formulado en lo referente a que el cuidado del

niño J. J. N. será ejercido de manera unipersonal, por su progenitora Y. A. N.. Sin Costas.

2) REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

Sentencia Interlocutoria registrada bajo el N° /15 SIF.