



## AUTORIDA PARENTAL

Autor: Romina Méndez.

*Romina Anabella Méndez. Funcionaria judicial. Docente de Derecho de familia USAL y UBA.*

### **FALLO:**

PATRIA POTESTAD. REGIMEN DE COMUNICACION PATERNO-FILIAL. Obstaculización. IMPEDIMIENTO DE CONTACTO. CONDUCTA DE LA MADRE ORIGINADA EN LA CREENCIA RELIGIOSA DEL PADRE DEL MENOR. Falta de elemento concreto y directo que demuestre la influencia de la supuesta práctica religiosa del progenitor sobre la crianza, educación y protección del hijo, ni de que haya intentado guiarlo en las prácticas de un credo. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO (art. 264 inc. 1 del Cód. Civil y artículo 11 de la ley 26.061). Art. 206 del Código Civil. Supuestos excepcionalísimos en los que procede el cambio de custodia. Status quo. Modificación provisoria de la custodia a favor del padre hasta tanto recaiga sentencia definitiva

(Expte. N° 525/2009) - "G., F. c/ F., M. s/ Incidente de modificación de custodia"  
– JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE FAMILIA N° 1 DE TRELEW (Chubut) – 16/09/2009 (Sentencia no firme)

“Ingresando al abordaje de la primera cuestión, y siempre dentro del análisis fragmentario y superficial inherente a todo proceso cautelar, recordaré que el interés superior del niño D. radica en mantener un adecuado régimen de comunicación con su progenitor, conforme lo establece el art. 264 inc. 1 del Cód. Civil y lo reafirma el artículo 11 de la ley 26.061, al reconocer el derecho de los niños "a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados".”

“De la lectura detenida de las constancias obrantes en estos autos y en el Expte. N° 671/2007, queda en evidencia que la progenitora ha asumido una conducta impediendo del régimen de comunicación.”

“Dada la cuestionada idoneidad del progenitor por su alegada pertenencia al movimiento “Daime” - circunstancia negada por este al afirmar que apenas participó en dos ceremonias en Brasil en los años 2006 y 2007 -, debo señalar

que ello no sería óbice para fijar un régimen de comunicación con su hijo, o incluso, para atribuirle la custodia, pues a contrario de lo sostenido por la demandada acerca del consumo actual de "ayahuasca", el Dr. B., integrante del Cuerpo Médico Forense, informa que el Sr. G. no evidenció al momento de la evaluación signos clínicos que permitan suponer que consuma sustancias alucinógenas."

"Al respecto, considero que la postura de la accionada es inadmisibile al no haber arrimado a la causa - como lo exige la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el precedente "Palau Martínez c. Francia" - ningún elemento concreto y directo que demuestre la influencia de la supuesta práctica religiosa del padre sobre la crianza, educación y protección del hijo (TEDH, 16/12/2003, citado por Belluscio, Augusto, "Patria potestad. Tenencia de los hijos. Religión de la madre", LL 2004-B, 1155). Distinto sería si el Sr. G. o la propia Sra. F. pretendieran guiar al niño en las prácticas de un credo sin el previo acuerdo entre ambos, ya que ni siquiera quien detenta la guarda del hijo puede, sin el consentimiento del otro, disponer que este sea iniciado en una religión distinta de la que han consensuado (arts. 14.2 y 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 7 de la ley 26061, 264 y 264 ter del Cód. Civil; conf. CNCiv., Sala A, 6/9/1963, LL 113-514; ED 5-618)."

"No obstante, realmente no encuentro que el progenitor haya intentado guiar a su hijo en una determinada práctica religiosa. Repárese en que ni siquiera lo alega en concreto la propia madre, quien admitió en la audiencia del 15/9/2009 que sus temores se fundan en la sola posibilidad de que ello ocurra (fs. 199). En verdad, tanto la corta edad del niño, que revela la inexistencia de todo grado de madurez para recibir cualquier educación religiosa, como la inconducta materna, que ha vedado al padre cualquier elemental función de formación del hijo, son pruebas elocuentes de la imposibilidad de que se haya impartido enseñanza alguna al respecto."

"En suma, por el solo hecho de que el padre haya reconocido abiertamente que participó hace bastante tiempo en dos ceremonias, no resulta posible privarlo del régimen de comunicación, ni eventualmente de la guarda del hijo, sin la prueba de que aquella práctica aislada del culto derive en una influencia perniciosa o en un daño o peligro cierto y actual para el niño, sobre la base de hechos concretos, y más aún cuando no se aprecia de los informes de los profesionales que han intervenido en esta trama familiar que falten cualidades al padre para atender a D. (conf. Ferrer, Francisco, en Méndez Costa, María J. - D'Antonio, Daniel - Ferrer, Francisco, "Derecho de familia", T. III-A, pág. 436; Mizrahi, Mauricio, "Familia, matrimonio y divorcio", 2da. Edición, pág. 621)."

"Que precisado así el contexto fáctico de la causa, conviene tener presente que el art. 206 del Código Civil establece el criterio de que los hijos menores de 5 años "quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor".

"Desde tal perspectiva, aunque el cambio de custodia debe ser utilizado en supuestos excepcionalísimos, lo cierto es que este es, justamente, uno de ellos, pues la resistencia injustificada e intransigente de la Sra. F. no ha sido conmovida por la promoción del incidente de modificación de custodia con base en el impedimento de contacto, ni revertida pese a las medidas progresivas adoptadas desde el 25/7/2008 hasta el día de la fecha, sean preventivas o de ejecución directa, quedando agotada cualquier otra alternativa que permita

restituir eficazmente el derecho del niño a tener relaciones personales con su progenitor, quebrado hasta hoy por la madre y al que debe ponerse punto final aquí y ahora, máxime cuando esta reivindicó delante del suscripto la desobediencia a los mandatos judiciales, al afirmar que no cumpliría con ningún régimen de comunicación que se dispusiera si no contaba con la presencia de un tercero.”

“La referida modificación debe concederse toda vez que significa un correlativo beneficio para el niño, al permitirse la plena participación de ambos padres - y no solo de su madre - en su crianza, educación y protección integral, máxime cuando el impedimento de contacto cometido por esta se erige en una verdadera circunstancia sobreviniente respecto del acuerdo de atribución de custodia homologado a fs. 48 de los autos principales, válido sólo rebus sic stantibus (conf. Rivero Hernández, Francisco, op. cit., pág. 304).”

“En esta línea, el tribunal cimero ha considerado con acierto que para resolver una modificación cautelar de la tenencia, primeramente se debe verificar el peligro de mantener el status quo y, una vez superado positivamente ese paso preliminar, se puede pasar recién a indagar sobre los motivos, condiciones, repercusiones, ello es, sobre la conveniencia del traslado en orden al bienestar integral del niño (CSJN, 29/4/2008, “M. D. H. c. M. B. M. F.”, LL 28/5/2008, 10). Sobre esta premisa de ineludible ponderación, estimo que no resulta conveniente mantener una situación de hecho que aún cuando aparece como consolidada, no puede inclinar la balanza hacia la madre debido a que dicha pauta orientativa es aplicable ante supuestos de paridad de idoneidad de los progenitores (CCivCom Morón, Sala 2ª, 2/4/1996, JA Rep. 1999-1068, sum. 59), lo que no se presenta en el caso concreto ante la gravísima y sostenida vulneración por la Sra. F. de los derechos de su hijo.”

“Aplicado todo ello a la resolución del caso, debo decir que el “medio” elegido - la modificación provisoria de la custodia - es proporcionado al ser conducente para alcanzar determinado “fin válido” - el derecho de padre e hijo a mantener relaciones personales (conf. arts. 7, 8, 9 y 18 de la CDN, arts. 7 y 11 de la ley 26061; arts. 264 y sig. del Cód. Civil). En ese examen queda de relieve que el cambio de la tenencia no puede ser reemplazado por mantener la situación de hecho, dado que la guarda actual de la madre no es objetivamente idónea para favorecer el vínculo parental según ha quedado evidenciado luego de más de un año de insistirse con distintas medidas, sin que se vislumbre ninguna alternativa de cambio factible.”

“Que a fin de dar cumplimiento a la modificación de custodia, la Sra. F. deberá presentar al hijo en la sede del Equipo Técnico Interdisciplinario a las 13 hs. del día Miércoles 23 de Septiembre de 2009. Asimismo, dadas las lógicas dificultades que pueden presentarse en el niño con la implementación de la medida, se dispondrá la intervención del Servicio de Protección de Derechos para que por intermedio de personal calificado asista y oriente al Sr. G. en la revinculación paterno-filial (art. 59 inc. b de la ley 4347).”

“Que resuelta la custodia provisoria a favor del progenitor, deviene abstracto el tratamiento del régimen de comunicación supervisado peticionado por la parte demandada. Que atento al modo en que se decide la cuestión, corresponde imponer las costas a la demandada, por serle reprochable la conducta mantenida en relación a los deberes que tiene con su hijo (art. 69 del CPCC).”

copyright © 2007 editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad

Trelew, Septiembre 16 de 2009. //-

VISTOS:

Estos autos caratulados "G., F. c/ F., M. s/ Incidente de modificación de custodia" (Expte. Nº 525/2009)), en los que conozco como Juez del Juzgado de Familia Nº 3 de Rawson entretanto se decide el conflicto negativo de competencia planteado en autos con la Sra. Jueza de Familia Nº 2 de Trelew, de los que:

RESULTA:

I.- Que a fs. 1/6 se presenta el Sr. F. G., con el patrocinio letrado del Dr. R. E. N., y promueve demanda de modificación de custodia de su hijo F. D. G. F. contra la madre, M. F.-

Alega que de acuerdo a las constancias de los autos principales "G., F. c/ F., M. s/ Custodia, alimentos, régimen de comunicación" (Expte Nº 671/2007), se ha homologado un régimen de comunicación entre padre e hijo. Afirma que luego de varias denuncias por incumplimiento, el 1/12/2008 se dicta la sentencia interlocutoria en la que se tiene por acreditado el incumplimiento del acuerdo homologado y se sanciona a la progenitora con la imposición de astreintes, decisorio que es modificado por la Alzada aumentando considerablemente el monto de las mismas. Expresa que aún así, la demandada siempre propone dilaciones para no cumplir sus obligaciones como madre, incluso siendo condenada a la pena de seis meses de prisión en suspenso al encontrársela penalmente responsable del impedimento de contacto. –

A fs. 92/94 se presenta el Dr. N. como apoderado del Sr. G. y denuncia que no () ha podido cumplir con el régimen fijado en autos ni con el pactado en el Expte. Nº 671/2007. Adjunta una carta documento remitida por la Sra. F. a su representado en la que le comunica que se encontrará por espacio de quince días en la ciudad de Carmen de Patagones, precisamente a partir del día en que se debía materializar la medida cautelar decretada a fs. 11 para garantizar el régimen de comunicación.-

Señala que a todos los antecedentes de ambos expedientes, la Sra. F. le agrega ahora la salida de la ciudad con el niño, pretendiendo regularizar dicha ausencia supuestamente transitoria por medio del envío de una carta documento. Solicita la custodia provisoria en cabeza del progenitor mientras se sustancia el proceso, a fin de evitar que la madre continúe con esta actividad dilatoria y para garantizar el ejercicio de los derechos de su hijo y del padre.-

II.- Que a fs. 91/96 el Dr. R. F. se presenta invocando el carácter de gestor procesal de la Sra. F. y peticona la suspensión del régimen de comunicación del hijo con el Sr. G. Aduce que el principal fundamento de la medida se basa

en la protección de la integridad psicofísica de D., atento a que el Sr. G. no es apto para mantener un contacto con su hijo sin que el mismo sea supervisado. Manifiesta que otra hija del actor, K. (de 16 años), concurre a tratamiento psicológico, acompañando una copia del informe de su terapeuta en donde - dice - se revela que el contacto con el Sr. G. le ha sido perjudicial. Considera que K. y su madre, la Sra. M. A., han sido víctimas de maltrato psicológico por parte del Sr. G., desde el tiempo en que vivían en la ciudad de Esquel, aludiendo además a una serie de correspondencia enviada por el demandante a la Sra. A. y a una denuncia de esta última ante la Fiscalía de esta ciudad, en la que relata la situación de su hija K., producto del accionar perverso de aquél.-

Expone además que el progenitor pertenece a la religión "Daime", que no ha sido reconocida en nuestro país a partir de la práctica del consumo de ayahuasca, lesiva para la salud. Acompaña un álbum de fotos hecho por el Sr. G., a partir de los que observa la "estrella de David", utilizada por la Iglesia del Santo Daime de Brasil en sus celebraciones, según copia del libro "Shopping Espiritual" de Alfredo Silleta, pág. 256/259, las cuales adjunta. Apunta que conforme al informe elaborado por la Lic. V., el Sr. G. reconoció que viajó en dos oportunidades a la zona del río Amazonas, lo que se condice con su pertenencia a la secta mencionada.-

III.- Que a fs. 199/201 obra el acta de la audiencia celebrada el día de ayer, en donde la Sra. F. reajustó su pretensión cautelar a un régimen de comunicación con intervención de terceros, sustanciándose luego las medidas cautelares peticionadas por ambas partes y finalizando con el dictamen de la Asesoría de Familia e Incapaces.-

Y CONSIDERANDO:

I.- Que de acuerdo a la relación de causa efectuada, por razones de método corresponde en primer lugar analizar la pretensión cautelar deducida por el Sr. G., consistente en la atribución de custodia provisoria de su hijo de dos años, puesto que únicamente en el supuesto de que sea rechazada, deberá proseguirse con el tratamiento de la restante cuestión traída a mi consideración, el régimen de comunicación supervisado que fuera solicitado por la Sra. F.-

Inicialmente debo puntualizar que en materia de custodia y régimen de comunicación de menores de edad, las resoluciones que se dictan no causan estado sino que revisten el carácter de cosa juzgada formal, por lo que en cualquier momento se pueden modificar cuando el interés del niño así lo exija por resultarle beneficioso. Así, se ha determinado que las decisiones que resuelven sobre la guarda de menores no revisten carácter de definitivas, desde que se trata de decisorios esencialmente revocables y provisorios, ya que subsiste siempre el poder del juez de modificarlos y adecuarlos a la conveniencia de los menores. La materia sobre la que se resuelve no agota la sustancia del pleito, siendo revisable en caso de variar las circunstancias de hecho que dieron lugar a su dictado (STJ Tierra del Fuego, 8/10/1997, LL 1998-F-571).-

Ingresando entonces al abordaje de la primera cuestión, y siempre dentro del análisis fragmentario y superficial inherente a todo proceso cautelar, recordaré que el interés superior del niño D. radica en mantener un adecuado régimen de comunicación con su progenitor, conforme lo establece el art. 264 inc. 1 del Cód. Civil y lo reafirma el artículo 11 de la ley 26.061, al reconocer el derecho de los niños "a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados".-

Sin lugar a dudas, el régimen de visitas constituye un indiscutido derecho del

niño con jerarquía constitucional, de acuerdo a lo previsto por el art. 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (conf. art. 75 inc. 22, CN), por lo que el hijo menor tiene de iure propio un derecho subjetivo familiar a mantener una adecuada comunicación con el progenitor no conviviente, esto es, como sujeto activo, titular autónomo de ese derecho. De ahí que el ejercicio del régimen de visitas no es sólo un derecho del padre que no ejerce la guarda, sino también un derecho del menor a estar con el progenitor con quien no convive (Solari, Néstor, "Régimen de visitas y cuestiones suscitadas", LLC 2007 (Mayo), 365).-

I.- Que de la lectura detenida de las constancias obrantes en estos autos y en el Expte. Nº 671/2007, queda en evidencia que la progenitora ha asumido una conducta impediendo el régimen de comunicación. No hace falta referirme pormenorizadamente a cada uno de los elementos de convicción que señalan aquél proceder, puesto que ya ha sido materia de debate, juzgamiento y sanción.-

En efecto, a fs. 152/153 del Expte. Nº 671/2007 la Sra. Juez de Familia Nº 1 de Trelew, que precedió en el conocimiento del presente trámite a la Sra. Juez de Familia Nº 2, tuvo por comprobado el incumplimiento del régimen de comunicación acordado, aplicando en consecuencia astreintes, pronunciamiento que quedó consentido tácitamente por la Sra. F. al declararse a fs. 190 la deserción del recurso de apelación deducido a fs. 176 de la citada causa.-

Llevado ese decisorio a la revisión de la Alzada mediante sendos recursos de apelación interpuestos por el Sr. G. y el Ministerio de Menores, se consideró que "el régimen de comunicación que en autos fuera homologado a fs. 48 debe ser cumplido, desde que no se ha emitido decisión alguna que justifique el unilateral proceder de la madre, no fueron denunciados, ni se advierte la existencia de motivos graves que impongan la suspensión del régimen convenido y judicialmente homologado" (fs. 248vta. del Expte. Nº 671/2007), dando lugar a la modificación de la sentencia de primera instancia para elevar las sanciones conminatorias aplicadas a la madre.-

Entonces, no viene al caso - como lo pretende la Sra. F. - replantear que su inconducta no ha tenido lugar en realidad, cuando dicho accionar ilegítimo ha sido motivo de valoración judicial reciente. Ello termina de confirmarse con la frustración de la medida cautelar decretada a fs. 11 de estas actuaciones, a través de la que se dispuso que el niño permaneciera un fin de semana con cada progenitor (1/7/2009). Ordenado el mandamiento pertinente a fs. 18 con intervención del oficial de justicia (16/7/2009), la Sra. F. se trasladó inmediatamente con el niño a la localidad de Carmen de Patagones (v. carta documento de fs. 96), reconociendo además en la audiencia celebrada el 15/9/2009 que decidió quedarse en esa ciudad porque "no se le daban garantías en el expediente por haberse apersonado - el oficial de justicia - en su casa" (sic) (fs. 201, lo aclarado entre guiones me pertenece).-

Incluso, pese a que se la intimó el día 9/9/2009 al cumplimiento del régimen de comunicación bajo apercibimiento de modificación de la custodia (fs. 173), una vez más desobedeció la manda judicial de ejecución inmediata de fs. 11, puesto que ese anticipo parcial de jurisdicción se debía cumplir aún pendiente de resolución los medios de impugnación oportunamente interpuestos (arg. art. 198 del CPCC). Más todavía, la demandada me advirtió - sin dudar ni un momento - que en el supuesto de que se fijase un régimen de comunicación sin supervisión entre padre e hijo, no lo cumpliría (acta de fs. 201, in fine).-

En lo tocante a la falta de aptitud del Sr. G. para mantener el contacto con su hijo con fundamento en el maltrato psicológico en que habría incurrido respecto a una ex pareja y otra hija, cabe destacar que en el informe de la Lic. F. obrante a fs. 218/221 del Expte. Nº 671/2007, y en referencia directa a las

acusaciones de la demandada sobre consumo de drogas, promiscuidad, participación en sectas religiosas y violencia, se da cuenta que no se observan en el padre trastornos psiquiátricos o de personalidad graves que puedan implicar situaciones de riesgo para sí o para terceros, ni dificultades en el control impulsivo o rasgos de perversión. Además, expresa que el rol paterno se encuentra movilizado por sentimientos reparatorios y protectores. Afirma también que al momento de la evaluación (9/12/2008) no se registran indicadores de riesgo del progenitor en la vinculación con su hijo, resaltando que la falta de contacto con el mismo, en una etapa donde se gesta la imagen del otro como proveedor de cuidado, resulta perjudicial para su desarrollo. En relación a la madre, dictamina que ella excluye toda posibilidad de parentalidad del Sr. G., y pese a que desde su discurso tendría intención de sostener dicho rol, el coartamiento permanente de cualquier línea de pensamiento que apunte a una solución de la situación denotan su incapacidad para dar lugar a la inclusión de un tercero en su vínculo madre-hijo.-

Dicha intervención de la Lic. F. corrobora el informe previo del Equipo Técnico Interdisciplinario del 27/7/2007, en donde la Lic. S. estimó que de los encuentros mantenidos con las partes no se evaluaron indicadores que hicieran suponer riesgos en el contacto paterno-filial o necesidad de supervisión de los mismos. Muy por el contrario, ya en aquella época alertaba que “la Sra. F. se ha apropiado de su hijo, llevando a cabo un proceso de exclusión del padre respecto de la vida del hijo que tienen en común”, explicando que los temores de la madre “pueden basarse, entre otros factores, a la falta de experiencia conjunta en la acción de ser padres, lo que no les permitió verse y confirmarse uno al otro en la función paterna” (fs. 51 del Expte. N° 671/2007).-

Con idénticas consideraciones, en el marco del breve régimen de comunicación supervisado que tuvo lugar hace unos meses entre padre e hijo, las Licenciadas M. y V. de la Oficina del Servicio Social coinciden a fs. 262 que “no se advirtieron indicadores que pudieran hacer necesarias las visitas en forma supervisada. Al contrario, se observó una actitud empática por parte del Sr. G. hacia su hijo”.-

En particular, dada la cuestionada idoneidad del progenitor por su alegada pertenencia al movimiento “Daime” - circunstancia negada por este al afirmar que apenas participó en dos ceremonias en Brasil en los años 2006 y 2007 -, debo señalar que ello no sería óbice para fijar un régimen de comunicación con su hijo, o incluso, para atribuirle la custodia, pues a contrario de lo sostenido por la demandada acerca del consumo actual de “ayahuasca”, el Dr. B., integrante del Cuerpo Médico Forense, informa que el Sr. G. no evidenció al momento de la evaluación signos clínicos que permitan suponer que consuma sustancias alucinógenas (fs. 196).-

Al respecto, considero que la postura de la accionada es inadmisibles al no haber arribado a la causa - como lo exige la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el precedente “Palau Martínez c. Francia” - ningún elemento concreto y directo que demuestre la influencia de la supuesta práctica religiosa del padre sobre la crianza, educación y protección del hijo (TEDH, 16/12/2003, citado por Belluscio, Augusto, “Patria potestad. Tenencia de los hijos. Religión de la madre”, LL 2004-B, 1155).-

Comentando el fallo mencionado de la Corte Europea y su antecedente inmediato (“Hoffmann c. Austria”, 23/6/1993), Belluscio concluye que “es discriminatorio atribuir la guarda de los hijos -o la autoridad parental que lleve aparejada la guarda- a uno de los padres en virtud de las creencias religiosas del otro, consideradas en abstracto peligrosas para la educación de aquéllos. De donde se infiere que únicamente la demostración de hechos concretos de los cuales derive ese peligro implicaría que la atribución de la guarda al otro

progenitor constituyese un medio apropiado para lograr el fin perseguido, que es, en el interés superior de los hijos, protegerlos o proteger su salud espiritual o psíquica” (op. cit., pág. 1155).-

Por su parte, la Corte Suprema ha sostenido acerca de la pertenencia de una madre a los Testigos de Jehová, que no constituye una causal de inhabilidad a los efectos de las relaciones jurídicas familiares, dejando sin efecto una sentencia de Cámara que dispuso cambiar el régimen de tenencia de los hijos menores a su cargo y cuya modificación pidió el padre en razón de que aquella pertenecía al credo mencionado, invocando el peligro moral a los menores. Ello así, en tanto la sentencia impugnada se basó casi exclusivamente en hechos o comportamientos eventuales y futuros, que podrían derivarse de la convicción religiosa de la madre, pero no se fundó en conductas exteriores jurídicamente relevantes que estén sometidas a la autoridad de los magistrados (art. 19 de la Constitución Nacional), omitiendo la debida apreciación de otros elementos de juicio que resultan conducentes para su adecuada solución, tales como la situación de vida de ambos cónyuges y la atención de los menores (CSJN, 3/10/1993, “S., R. E. c. S. de S. J. E.”, La Ley Online).-

Distinto sería si el Sr. G. o la propia Sra. F. pretendieran guiar al niño en las prácticas de un credo sin el previo acuerdo entre ambos, ya que ni siquiera quien detenta la guarda del hijo puede, sin el consentimiento del otro, disponer que este sea iniciado en una religión distinta de la que han consensuado (arts. 14.2 y 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 7 de la ley 26061, 264 y 264 ter del Cód. Civil; conf. CNCiv., Sala A, 6/9/1963, LL 113-514; ED 5-618). –

No obstante, realmente no encuentro que el progenitor haya intentado guiar a su hijo en una determinada práctica religiosa. Repárese en que ni siquiera lo alega en concreto la propia madre, quien admitió en la audiencia del 15/9/2009 que sus temores se fundan en la sola posibilidad de que ello ocurra (fs. 199). En verdad, tanto la corta edad del niño, que revela la inexistencia de todo grado de madurez para recibir cualquier educación religiosa, como la inconducta materna, que ha vedado al padre cualquier elemental función de formación del hijo, son pruebas elocuentes de la imposibilidad de que se haya impartido enseñanza alguna al respecto.-

En punto a ello, la restricción del régimen de comunicación que propicia irreductiblemente la progenitora debe estar condicionada a un concreto y acreditado peligro o daño para la salud física o mental del menor, o a una fundada posibilidad de otro tipo de agresión, lo que debe apreciarse con criterio riguroso (conf. C2ªCivCom La Plata, Sala 1ª, A 43750 RSD-231-96, 5/9/1996, Juba sumario B252398). En suma, por el solo hecho de que el padre haya reconocido abiertamente que participó hace bastante tiempo en dos ceremonias, no resulta posible privarlo del régimen de comunicación, ni eventualmente de la guarda del hijo, sin la prueba de que aquella práctica aislada del culto derive en una influencia perniciosa o en un daño o peligro cierto y actual para el niño, sobre la base de hechos concretos, y más aún cuando no se aprecia de los informes de los profesionales que han intervenido en esta trama familiar que falten cualidades al padre para atender a D. (conf. Ferrer, Francisco, en Méndez Costa, María J. - D´Antonio, Daniel - Ferrer, Francisco, “Derecho de familia”, T. III-A, pág. 436; Mizrahi, Mauricio, “Familia, matrimonio y divorcio”, 2da. Edición, pág. 621). –

III.- Que precisado así el contexto fáctico de la causa, conviene tener presente que el art. 206 del Código Civil establece el criterio de que los hijos menores de 5 años “quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor”.-

Esta presunción de conveniencia del niño que consagra la disposición legal

mencionada no es absoluta, sino que cede ante prueba en contrario (X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, 1998, "Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia", N° 14, pág. 345), posibilitando al juez analizar cada caso concreto y resolver lo más conveniente al interés del hijo (Mizrahi, Mauricio, op. cit., pág. 596).-

Es que el principio de la custodia a favor de la madre de los niños menores de 5 años no es inflexible, sino que se dejan a salvo aquellas situaciones en que existan causas graves que influyan negativamente en ellos y que impidan el ejercicio de la tenencia por la madre, hipótesis en que será ejercida por el padre si correspondiere (Lloveras, Nora, "Tenencia de menores", en Lagomarsino, Carlos - Salerno, Marcelo (dir.) - Uriarte, Jorge (coord.), "Enciclopedia de derecho de familia", T. III, pág. 738; aunque vale aclarar que la citada jurista cordobesa rectificó su postura en una obra reciente, al plantear desde el principio de igualdad de los padres que "el atribuir la tenencia de los hijos menores de 5 años a la mujer importa conceder una distinción jerárquica, cualitativa, no válida razonablemente, pues ambos padres, la madre y el padre, se encuentran en condiciones de asumir las funciones parentales cuando el hijo tiene menos de 5 años", en Lloveras, Nora - Salomón, Marcelo, "El derecho de familia desde la Constitución Nacional", pág. 378).-

Ya indiqué en el considerando anterior que lo convenido en esta materia por las partes y luego homologado judicialmente reviste la calidad de cosa juzgada formal, por lo que nada impide que en atención al interés superior del niño, el progenitor que no ejerce la custodia solicite la revisión del acuerdo originario, teniendo en cuenta las modificaciones producidas en la dinámica familiar.-

Y esas variaciones pasan por la Sra. F., quien al instaurar un pronunciado proceso de exclusión del progenitor en la vida del hijo a través de impedir por su sola autoridad todo régimen de comunicación que no se corresponda con sus propios términos y valoraciones, ha demostrado a mi modo de ver una significativa falta de idoneidad para cumplir su función al ocasionar un gravísimo y nítido perjuicio al niño, por lo que se hará lugar a la medida cautelar peticionada por el actor y se le atribuirá provisoriamente la custodia de su hijo menor (art. 232 del CPCC).-

En vinculación con lo expuesto, la jurisprudencia ha dejado sentado que las obstrucciones del derecho de visitas provenientes de la madre a quien se le ha dado la tenencia constituyen fundamento suficiente para modificarla, pues con dicha actitud se posterga el derecho y bienestar del niño a quien estas visitas también benefician, atento que debe prevalecer como factor decisivo a esos fines el interés moral o material del menor sobre cualquier otra circunstancia que pueda concurrir a cada caso (C1ªCivCom Mar del Plata, Sala 1ª, 99656 RSI-1124-96, 12/11/1996, Juba sumario B1351475).-

Lamentablemente, la Sra. F. ha desaprovechado las innumerables oportunidades que se le brindaron para que comprenda, al fin, que el régimen de comunicación paterno-filial requiere de su colaboración para facilitarlos, la que trasciende como un plus de actividad consustancial al conjunto de deberes y derechos que informan el ámbito de actuación práctica del progenitor que detenta la custodia del hijo.-

Ese imperativo, no asumido por ella, constituye un deber secundario de conducta identificado con el ejercicio regular de una de las obligaciones que implica la condición de progenitor, debiéndose desalentar y castigar todo ejercicio abusivo de las prerrogativas inherentes a la custodia (Camps, Carlos - Nolfi, Luis, "El Ministerio Público y la efectividad del derecho de los menores cuyos padres están separados a mantener contacto con ambos progenitores", JA 2000-I-654).-

En síntesis, si la madre impide el acercamiento del padre con el menor

conforma un elemento disvalioso para preservar la custodia en su persona, porque siempre debe valorarse negativamente la conducta de quien no ha facilitado aquella vinculación (SCBA, 27/12/2000, “F., S. c/ B., M. s/ Tenencia”, ED 194-413).-

Desde tal perspectiva, aunque el cambio de custodia debe ser utilizado en supuestos excepcionalísimos, lo cierto es que este es, justamente, uno de ellos, pues la resistencia injustificada e intransigente de la Sra. F. no ha sido conmovida por la promoción del incidente de modificación de custodia con base en el impedimento de contacto, ni revertida pese a las medidas progresivas adoptadas desde el 25/7/2008 hasta el día de la fecha, sean preventivas (fijación de astreintes a fs. 152/153 del Expte. N° 671/2007 y el apercibimiento de modificar la custodia de fs. 173) o de ejecución directa (fs. 11 y 18), quedando agotada cualquier otra alternativa que permita restituir eficazmente el derecho del niño a tener relaciones personales con su progenitor, quebrado hasta hoy por la madre y al que debe ponerse punto final aquí y ahora, máxime cuando esta reivindicó delante del suscripto la desobediencia a los mandatos judiciales, al afirmar que no cumpliría con ningún régimen de comunicación que se dispusiera si no contaba con la presencia de un tercero.-

En la doctrina española, Rivero Hernández - probablemente el autor de habla hispana que más ha estudiado con rigor científico el principio del interés superior del niño y también el derecho de visitas - enseña con autoridad que cuando las medidas previas fracasan, “quizá la única medida eficaz en última instancia puede ser una revisión y reorganización de las relaciones todas entre los tres implicados en el derecho de visita (cuando ello sea posible, claro) llegando en su caso a entregar la guarda y custodia del menor al “visitador”, si razones graves no lo impiden o desaconsejan, con o sin derecho de visita a favor del anterior guardador. Tal posibilidad queda prácticamente circunscripta a la hipótesis de relaciones entre padres con sus hijos comunes, y quizá sólo es aconsejable cuando la actitud negativa del guardador habitual del menor suponga un atentado grave y repetido, con visos de definitivo, al derecho de visita, una oposición irreductible sin esperanza razonable de cambio de actitud, y cuando hayan fracasado otras medidas para hacer efectivas las relaciones personales”. Y subraya posteriormente que “tengo la convicción de que si ciertos guardadores jurídicos del menor supieran que arriesgaban la pérdida de la guarda y custodia del mismo en caso de reiterado e injustificado incumplimiento, procederían de otra forma. Su convicción de relativa impunidad para la mayor parte de los casos (no nos engañemos: es la pura realidad actual), hace que haya demasiados incumplidores recalcitrantes” (Rivero Hernández, Francisco, “El derecho de visita”, J. M. Bosch Editor, 1997, pág. 303). Sostiene además que si la modificación de custodia no es viable, “habrá que aceptar que en muchos casos no hay otra alternativa que ésta: dejar que triunfe en la casi impunidad la voluntad incumplidora y antijurídica del guardador rebelde, o sustraer el menor a su guarda (y si ha lugar, a su potestad). El derecho de visita es más serio y valioso de lo que parece por el trato que a veces recibe en la realidad jurídica vivida: pretende proteger algo muy noble e importante, y debe merecer mejor protección de la que hasta ahora se le ha dispensado” (op. cit., pág. 305). –

De más está señalar que aquí no tiene ninguna relevancia que la jurisprudencia afirme habitualmente y como criterio general que el status quo es una de las circunstancias más importantes a sopesar en estas cuestiones - ya que se parte de la base de que se debe tratar de no alterar las condiciones de hecho en las que vive el menor -, habida cuenta que en el sub discussio se presenta la excepción a esa regla, al existir graves perjuicios y poderosas razones que justifican el cambio de custodia (SCBA, C 92267, 31/10/2007, Juba sumario

B29416). En este aspecto, la referida modificación debe concederse toda vez que significa un correlativo beneficio para el niño, al permitirse la plena participación de ambos padres - y no solo de su madre - en su crianza, educación y protección integral, máxime cuando el impedimento de contacto cometido por esta se erige en una verdadera circunstancia sobreviniente respecto del acuerdo de atribución de custodia homologado a fs. 48 de los autos principales, válido sólo rebus sic stantibus (conf. Rivero Hernández, Francisco, op. cit., pág. 304). –

En esta línea, el tribunal cimero ha considerado con acierto que para resolver una modificación cautelar de la tenencia, primeramente se debe verificar el peligro de mantener el status quo y, una vez superado positivamente ese paso preliminar, se puede pasar recién a indagar sobre los motivos, condiciones, repercusiones, ello es, sobre la conveniencia del traslado en orden al bienestar integral del niño (CSJN, 29/4/2008, “M. D. H. c. M. B. M. F.”, LL 28/5/2008, 10). Sobre esta premisa de ineludible ponderación, estimo que no resulta conveniente mantener una situación de hecho que aún cuando aparece como consolidada, no puede inclinar la balanza hacia la madre debido a que dicha pauta orientativa es aplicable ante supuestos de paridad de idoneidad de los progenitores (CCivCom Morón, Sala 2ª, 2/4/1996, JA Rep. 1999-1068, sum. 59), lo que no se presenta en el caso concreto ante la gravísima y sostenida vulneración por la Sra. F. de los derechos de su hijo.-

No desconozco ciertos conflictos de adaptación que podrían originarse en un niño de dos años ante esta modificación de su entorno familiar. Pero ello es apenas una posibilidad, y hasta discutida por calificada doctrina. Al respecto, Grosman cuestiona los criterios clásicos de modificación de la guarda de niños, ya que la determinación del interés superior requiere dejar de lado las posiciones rígidas y estar siempre dispuestos al cambio. Por esta razón, opina que resultan riesgosas algunas expresiones judiciales en las cuales el cambio aparece ab initio como una solución disvaliosa (Grosman, Cecilia, “El interés superior del niño”, en Grosman, Cecilia (directora), “Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad”, pág. 38).-

No descarto, reitero, que según el curso ordinario de las cosas eventualmente podría ocurrir algún tipo de afección, pero en el supuesto de controversia entre los progenitores por la guarda del hijo, donde hay sólo dos caminos - acordarla a la madre o al padre -, los posibles efectos para el niño son meras especulaciones, pues no se puede establecer la probabilidad de que acontezca uno u otro resultado (conf. Grosman, Cecilia, op. cit., pág. 35).-

Nótese también que aunque el cambio de la tenencia no debe ocasionar una perturbación seria al niño, pues en caso de que ello ocurra la medida necesita ser revisada, la jurisprudencia ha admitido la procedencia de la modificación de situaciones de hecho aún cuando se percibiera que podría originarse algún grado de molestia en aquel. Es útil referir aquí como la CSJN, en materia de restitución internacional de menores, resuelve con claridad la colisión del principio de estabilidad (respeto por el centro de vida) con el derecho a la integridad personal del niño, sobre todo en aquellas circunstancias en que el decisorio judicial le podría provocar algún tipo de perjuicio emocional. Así, en dos importantes precedentes, la Corte decidió primero que el art. 13 inc b del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, que prevé como excepción a la obligación genérica de restituir al menor a su país de origen el “grave riesgo” de que la restitución lo exponga a “un peligro físico o psíquico” o que de cualquier otra manera se lo ponga en “situación intolerable”, requiere la presencia de un grado acentuado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente se produce en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de los padres (CSJN,

14/6/1995, ED 164-21). En el caso restante, la Corte sostuvo en relación al art. 11 inc b de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (similar a la excepción de la Convención antes descripta) que se precisa que el niño presente un extremo de perturbación emocional superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia de sus padres, y por ende, va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo de convivencia (CSJN, 20/12/2005, LL diario del 13/2/06). De tal modo, se puede concluir fácilmente que si la CSJN no admite la restitución internacional cuando se ocasiona en el niño un "grado acentuado de perturbación", a contrario sensu dicha interpretación implica sin más que se debe cumplir la restitución al país de origen aún si el niño presenta algún grado de perturbación, en la medida de que no sea acentuado e implique un natural padecimiento ante la disgregación de su ámbito familiar. He traído a tema aquellos precedentes sobre restitución internacional de menores, para demostrar con ejemplos constatables como, al fin y al cabo, una eventual perturbación en el niño no inmoviliza al Poder Judicial en la restitución de sus derechos, en la medida de que no sea grave.- Y desde el verdadero pilar de la teoría de la argumentación, encuentro valioso mencionar que en el derecho constitucional se analiza el principio de razonabilidad (art. 28, CN), verificando si el medio elegido para tal o cual fin es proporcionado y conducente para alcanzarlo y además, si de entre varios igualmente posibles para conseguirlo, se optó por el más o menos restrictivo para los derechos individuales afectados. Realizada esa confrontación, debería ser irrazonable la selección de un medio más severo en lugar de otro más benigno que también sería conducente al fin perseguido. Entonces, para dar por satisfecha la razonabilidad hacen falta: a) proporción en el medio elegido para promover un fin válido; b) que no haya una alternativa menos restrictiva para el derecho que se limita (Bidart Campos, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", T. I, pág. 230; véase la aplicación del principio en un fallo de mi autoría del Juzgado de Familia N° 3 de Rawson del que soy titular, 16/5/2008, "S., L. M. c/ L., E. G. s/ solicita autorización", en [www.abeledoperrot.com](http://www.abeledoperrot.com), con comentario favorable de Rodríguez Iturburu, Mariana, "Cuando los padres no pueden o no quieren, es el operador del derecho quien debe resguardar los derechos de la infancia", en "Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia", 2009-II, pág. 159).-

Aplicado todo ello a la resolución del caso, debo decir que el "medio" elegido - la modificación provisoria de la custodia - es proporcionado al ser conducente para alcanzar determinado "fin válido" - el derecho de padre e hijo a mantener relaciones personales (conf. arts. 7, 8, 9 y 18 de la CDN, arts. 7 y 11 de la ley 26061;; arts. 264 y sig. del Cód. Civil). En ese examen queda de relieve que el cambio de la tenencia no puede ser reemplazado por mantener la situación de hecho, dado que la guarda actual de la madre no es objetivamente idónea para favorecer el vínculo parental según ha quedado evidenciado luego de más de un año de insistirse con distintas medidas, sin que se vislumbre ninguna alternativa de cambio factible.-

A su vez, no encuentro resquicio alguno para implementar una variante de la medida decretada a fs. 11. Por un lado, el Equipo Técnico Interdisciplinario ya se pronunció en contra del ejercicio de la fuerza porque afectaría al niño en forma directa (fs. 125 del Expte. N° 671/2007). Pero además, la ejecución manu militari del régimen de relaciones personales, bien se encarga de aclararlo Rivero Hernández, tiene sus límites y no está exento de peligros. Sobre los primeros, la dificultad de ejecución puede presentarse cuando el guardador del menor oculta a éste (recuérdese el viaje de la progenitora

llevándose a su hijo a Carmen de Patagones, ante la inminencia de la ejecución, y cuando el progenitor concurrió al domicilio materno sin que nadie lo atendiera, como se comprueba con el informe agregado a fs. 148 del Expte. Nº 671/2007). Y entre los peligros, el autor que sigo apunta que “es un procedimiento extremo, desproporcionado, casi inhumano, capaz de producir en el niño traumas psíquicos (cuando es arrebatado por la fuerza de los brazos de su madre, por ejemplo) y perjuicios graves, superiores al bien que se pretende reportarle cuando es el suyo el interés más valioso”. Expone luego que “un método como ése (el menor conducido hacia el “visitador” entre una pareja de policías) corre el riesgo de romper los últimos lazos espirituales entre el menor y el beneficiario de las visitas, y de arruinar definitivamente la corriente afectiva que pretende salvar” (Rivero Hernández, Francisco, op. cit., pág. 295).

En conclusión, cualquier prolongación del status quo, cuando no hay resultados a la vista y la madre reivindica frente al juez su desobediencia a las resoluciones judiciales encaminadas a preservar el derecho de padre e hijo a tener contacto entre sí, es más de lo mismo que deviene lisa y llanamente en una vulneración del derecho que se debe restituir, en tanto implicaría ubicarse en una ilegítima posición que facilita el enquistamiento del estado actual de hecho que debe modificarse, netamente perjudicial al sistema de derechos. –

IV.- Que a fin de dar cumplimiento a la modificación de custodia, la Sra. F. deberá presentar al hijo en la sede del Equipo Técnico Interdisciplinario a las 13 hs. del día Miércoles 23 de Septiembre de 2009. Asimismo, dadas las lógicas dificultades que pueden presentarse en el niño con la implementación de la medida, se dispondrá la intervención del Servicio de Protección de Derechos para que por intermedio de personal calificado asista y oriente al Sr. G. en la revinculación paterno-filial (art. 59 inc. b de la ley 4347).-

V.- Que resuelva la custodia provisoria a favor del progenitor, deviene abstracto el tratamiento del régimen de comunicación supervisado peticionado por la parte demandada.-

VI.- Que atento al modo en que se decide la cuestión, corresponde imponer las costas a la demandada, por serle reprochable la conducta mantenida en relación a los deberes que tiene con su hijo (art. 69 del CPCC).-

Por ello, RESUELVO:

I.- Atribuir provisoriamente la custodia del niño F. G. F. a su padre, Sr. F. G., hasta tanto recaiga sentencia definitiva, debiendo la Sra. M. F. presentar al hijo en la sede del Equipo Técnico Interdisciplinario el día Miércoles 23 de Septiembre de 2009 a las 13 hs, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de proceder por intermedio de la fuerza pública.-

II.- Declarar abstracto el tratamiento de la medida cautelar solicitada a fs. 91/96.-

III.- Dar intervención al Servicio de Protección de Derechos a los fines indicados en el considerando 4º, a cuyo fin líbrese oficio por Secretaría con adjunción de copia de la presente.-

IV.- Designar la audiencia del día Jueves 24 de Septiembre de 2009 a las 8 hs., a la que deberán concurrir las partes y el Ministerio de Menores, a efectos de acordar el régimen provisorio de comunicación materno-filial.

V.- Imponer las costas a la demandada, regulando los honorarios de los Dres. R. E. N. y R. F., en mérito a la extensión, calidad y eficacia de los trabajos realizados, en las sumas equivalentes al 15 % y 10%, respectivamente, de los honorarios que les correspondieren en el proceso principal (arts. 6, 7, y 33 de la ley 2.200), con más el IVA pertinente (leyes 23.349 y 23.871 y Resolución General DGI Nº 4214/96).-

VI.- Regístrese. Notifíquese con habilitación de días y horas.//-

**“Un fallo que reaviva algunas reflexiones entorno de los criterios para la atribución del cuidado personal de los hijos”**

**“Un autor se planteaba: ¿Es posible mantener vivo un Jardín si regamos sólo la mitad de él? Está claro que no, y sin embargo, eso es lo que viven los hijos de padres que han perdido de vista a uno de ellos. Un hijo que crece en esas condiciones sufre el “síndrome de la garza”: es educado sobre un solo pie”.<sup>1</sup>**

#### I- HECHOS DEL CASO

Ante los reiterados incumplimientos por parte de la demandada de garantizar el contacto paterno- filial acordado entre las partes, a pesar de haber sido condenada en sede penal por impedimento de contacto, se presente el actor ante el Juzgado Nacional N° 3 de Trelew promoviendo modificación de custodia de su hijo de dos años.

Al contestar la demanda, la madre del menor peticiona la suspensión del régimen de comunicación del actor con su hijo alegando que lo hace a fin de proteger la integridad psicofísica del niño, atento a que padre no es apto para mantener un contacto con el menor sin que el mismo sea supervisado, por pertenecer a la religión brasilera “Daime”

#### II- LA SENTENCIA

Se establece que la demandada ha asumido una conducta impediendo del régimen de comunicación y que no encuentra que el progenitor haya intentado guiar a su hijo en una determinada práctica religiosa.

El sentenciante refiere que el “medio” elegido - la modificación provisoria de la custodia - es proporcionado al ser conducente para alcanzar determinado “fin válido” - el derecho de padre e hijo a mantener relaciones personales y que la guarda actual de la madre no es objetivamente idónea para favorecer el vínculo parental.

En consecuencia, decide a) atribuir provisoriamente la custodia del niño, de dos años de edad, a su padre hasta tanto se dicte sentencia definitiva. b) Dar intervención al Servicio de Protección de Derechos para que por intermedio de personal calificado asista y oriente al actor en la revinculación paterno-filial c) – Acordar un régimen provisorio de comunicación materno-filial. D) Imponer las costas a la demandada, por serle reprochable la conducta mantenida en relación a los deberes que tiene con su hijo.

#### III- LOS CRITERIOS DE ATRIBUCION DE LA TENENCIA DE LOS HIJOS EN

---

<sup>1</sup> Grosman Cecilia. “Responsabilidad parental”. Exposición junio de 2008. Facultad de derecho de la U.B.A

## EL ART. 206 DEL CCIVIL.

El art. 206 párr. 2º del Civil, establece: “Los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor...”

En su redacción original (1871), el artículo 213 del Código Civil disponía que “...los hijos menores de 5 años quedaran siempre a cargo de la mujer...” Vélez Sarsfield tomó esta solución de las Partidas, el código romano y el fuero Real, que limitaban a 3 años el tiempo de lactancia.

Luego, el art. 76 de la ley 2393 de Matrimonio Civil (1889) suprimió la palabra siempre y dispuso “Los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre”. La jurisprudencia fue atenuando dicho criterio legal sosteniendo que el principio de orden general no era absoluto, y por lo tanto se podía apartar de él cuando existían causas graves que así lo aconsejaban. De esta forma, hubo sentencias que valorando el interés primordial de los hijos, privaron a la madre de la tenencia.

Esa circunstancia hizo que en 1968, se modificara el art. 76 por la ley 17.711, estableciéndose que “Salvo causas graves los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre”.

En 1987, la ley 23.515 derogó la ley 2393 y se incorporó el divorcio vincular. Así dentro de los efectos de la separación personal y el divorcio vincular se estableció, a través del art. 206, segundo párrafo que las causas graves tenían que estar relacionadas con el interés del niño o de la niña.<sup>2</sup>

Al respecto sostienen Bossert y Zannoni que en relación a los niños menores de cinco años debe partirse de la presunción de que es la madre quien, normalmente, esta en mejores condiciones para ejercer la guarda. Sin embargo, agrega que esta presunción no regirá si la madre hubiese abandonado a los hijos, o si se probare que su conducta, el trato que les dispensa, etc, afectan la salud física o moral de los niños.<sup>3</sup>

También se ha justificado la preferencia que establece la ley en la consideración de la madre como más idónea por la particular relación que la une con los hijos durante los primeros años de vida de estos, debiendo el padre probar causas graves que afecten el interés del menor<sup>4</sup>.

El Dr. Mizrahi sostiene que correspondería realizar una interpretación dinámica del art. 206 y entender la preferencia consagrada por la ley con un estricto criterio funcional. Así, no se debería considerar la expresión madre en el sentido de madre de nacimiento, sino de mamá, rol que en un caso puntual puede estar desempeñado por el padre e incluso por una tercera persona, con posibilidades de variación en el transcurso del tiempo.<sup>5</sup>

La Dra. Cecilia Grosman establece que debe eliminarse la preferencia materna, dejando a decisión del juez establecer, conforme a la conveniencia del niño, cuál de los padres es más apto para su cuidado

---

<sup>2</sup> Gustavo Daniel Moreno, “La eliminación de la preferencia materna en el cuidado personal de niños y niñas de corta edad”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 16, pág. 119

<sup>3</sup> Gustavo Bossert- Eduardo Zannoni, “Manual de derecho de familia”, Astrea, Buenos Aires, 1988, pág. 291.

<sup>4</sup> Abel Fleitas Ortiz de Rozas- Eduardo Roveda “Manual de derecho de familia”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2da edición, 2008, pág. 158,

<sup>5</sup> Mizrahi, Mauricio Luis “Familia, matrimonio y divorcio”, Astrea, Buenos Aires, 2006, pág. 592.

personal.<sup>6</sup>

Esto respondería a las nuevas exigencias de los modelos familiares de fin de siglo. Y con esto cabe resaltar, los cambios que se produjeron en nuestra sociedad en cuanto a los roles que ocupan cada integrante de la familia. Estos cambios han traído un nuevo ejercicio de paternidad que debe ser reconocido, no solo en beneficio del padre sino en procura del bienestar de sus hijos, que tienen derecho a ser cuidado por sus padres sin distinción alguna.

En este sentido cabe mencionar la actual modificación que se produjo, con el advenimiento de la ley 26.618 de matrimonio entre personas del mismo sexo, en el art. 206 del Código Civil el que agregó que en casos de matrimonios constituidos por cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor.

Dice la socióloga Elizabeth Jelin “Hombres y mujeres tienen distintos lugares y roles diferenciados que están en proceso de transformación. Mujeres que salen a trabajar o que son jefas de familia, hombres que reclaman su derecho a la paternidad, constituyen desarrollos recientes, con efectos de largo plazo y muy significativos. Solo tomando sistemáticamente las relaciones de género como el eje del análisis es posible llegar a dilucidar estas transformaciones”<sup>7</sup>

#### IV- LOS CRITERIOS PONDERADOS EN EL FALLO

##### 1) **Preferencia materna**

Ahora bien, volviendo al fallo en análisis, es acertado el sentenciante al destacar dentro de sus fundamentos que, el art. 206 del Código Civil establece el criterio de que los hijos menores de 5 años “quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor”.- Esta presunción de conveniencia del niño que consagra la disposición legal mencionada no es absoluta, sino que cede ante prueba en contrario (X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, 1998, “Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia”, N° 14, pág. 345), posibilitando al juez analizar cada caso concreto y resolver lo más conveniente al interés del hijo.

Es que el principio de la custodia a favor de la madre de los niños menores de 5 años no es inflexible, sino que se dejan a salvo aquellas situaciones en que existan causas graves que influyan negativamente en ellos y que impidan el ejercicio de la tenencia por la madre, hipótesis en que será ejercida por el padre si correspondiere.

A su turno indicó que lo convenido por las partes y luego homologado judicialmente reviste la calidad de cosa juzgada formal, por lo que no impide que en atención al interés superior del niño, el progenitor que no ejerce la custodia solicite la revisión del acuerdo originario, teniendo en cuenta las modificaciones producidas en la dinámica familiar.

Destacó que la demandada al excluir al progenitor de la vida del hijo a través de impedir todo régimen de comunicación, ha demostrado una significativa falta de idoneidad para cumplir su función al ocasionar un gravísimo y nítido perjuicio al niño. Ese fue el fundamento que utilizó el juez para hacer lugar a la medida cautelar peticionada por el actor para atribuirle

---

<sup>6</sup> Citada por Gustavo Daniel Moreno “ La eliminación de la preferencia materna en el cuidado personal del niños y niñas de corta edad”, op, cit. Pàg 122

<sup>7</sup> Jelin, Elizabeth, Pan y afectos “La transformación de las familias”, Fondo de cultura Económica, México, 1998, pàg. 20.

provisoriamente la custodia del niño al padre.-

Destacó que en un fallo de la Sala I<sup>a</sup> de la C1<sup>a</sup>CivCom Mar del Plata se dejó sentado que las obstrucciones del derecho de visitas provenientes de la madre a quien se le ha dado la tenencia constituyen fundamento suficiente para modificarla, pues con dicha actitud se posterga el derecho y bienestar del niño a quien estas visitas también benefician, atento que debe prevalecer como factor decisivo a esos fines el interés moral o material del menor.

De este modo, si la madre impide el acercamiento del padre con el menor conforma un elemento disvalioso para preservar la custodia en su persona, porque siempre debe valorarse negativamente la conducta de quien no ha facilitado aquella vinculación.<sup>8</sup>

Tiene dicha la jurisprudencia en cuanto al padre que favorece el contacto: “Quien se preocupa para que el hijo conserve una relación estrecha con el padre no conviviente y en lugar de descalificarlo y apartarlo del hijo, demuestra con su actitud idoneidad para comprender sus necesidades. En cambio, si el que reside con el hijo se resiste a que este último tenga trato con el otro progenitor sin causa justificada, este hecho es una prueba de su falta de idoneidad para asumir el cuidado del hijo”<sup>9</sup>

## 2) Interés superior del niño

Los niños poseen, además de los derechos de toda persona, derechos específicos indispensables para su formación que requieren del adulto y de la sociedad comportamientos que lo garanticen. Existen, problemas particulares de los niños, como sus relaciones con los padres o sustitutos, su derecho a mantener contacto con ambos progenitores en caso de separación y otras cuestiones relevantes.<sup>10</sup>

Como destacó el sentenciante el interés superior del niño radica en mantener un adecuado régimen de comunicación con su progenitor. Así lo establece el art. 264 inc. 1 del Cód. Civil y el artículo 11 de la ley 26.061, al reconocer el derecho de los niños "a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados".-

Dicho ordenamiento jurídico revaloriza las relaciones familiares que integran el derecho de identidad. Así, ser criado por los padres, como mantener contacto con ambos, aun cuando los progenitores se encuentren separados o divorciados.<sup>11</sup>

De este modo el art. 9 de la CDN establece el derecho del hijo a tener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si fuese contrario al interés del hijo.

En un fallo de la Sala J se dijo: “La relación padres- hijos es independiente de los avatares de la pareja, diferenciándose entre ‘pareja’ y “dos padres”, y que, ante ello, “hoy en día es indudable que un niño necesita continuar el contacto que tenía ‘cuando su familia se encontraba intacta’ con ambos padres. Ello, no sólo porque mitiga el sentimiento de abandono y la presión sobre el niño –quien no debe elegir entre sus padres, intentándose eliminar, o eliminándose, los ‘conflictos de lealtad’ de buena medida-, sino

---

<sup>8</sup> (SCBA, 27/12/2000, “F., S. c/ B., M. s/ Tenencia”, ED 194-413).

<sup>9</sup> CNCiv, Sala B, 20/6/89

<sup>10</sup> Biscaro, Beatriz “Condiciones a evaluar para otorgar la tenencia. El interés superior del menor, la idoneidad de los progenitores y la estabilidad de la guarda” RDF 2004-1-157 (JA) Pág. 158

<sup>11</sup> Gil Domínguez Andrés- Famà María Victoria- Herrera Marisa “Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia” Ediar, Buenos Aires, 2007, pág. 249.

porque también le garantiza la permanencia de los cuidados parentales y con ello el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas”.<sup>12</sup>

Cuando exista colisión entre los intereses de los padres y los del niño deberá priorizarse el interés del niño, en la medida en que es la parte más débil y necesitada de protección, cuya vulnerabilidad puede acarrearle graves daños insusceptibles de remediarse posteriormente.<sup>13</sup> Así se dijo: “En la fijación del régimen de visitas debe atenderse primordialmente a la conveniencia del menor y no a la mayor comodidad de los progenitores”<sup>14</sup>

### **3- Incidencia de la religión en el cuidado personal de los hijos.**

El sentenciante refirió ante la cuestionada idoneidad del progenitor por su alegada pertenencia al movimiento “Daime”, que ello no sería óbice para fijar un régimen de comunicación con su hijo o para atribuirle la custodia, máxime que no se evidenció en la evaluación realizada por Cuerpo Médico Forense signos clínicos que permitan suponer que consume sustancias alucinógenas, puntualmente “ayahuasca” como se le endilgara.

Para que prospere la restricción del régimen de comunicación, debe ser condición la existencia de un concreto y acreditado peligro o daño para la salud física o mental del menor, o a una fundada posibilidad de otro tipo de agresión, lo que debe apreciarse con criterio riguroso.<sup>15</sup>

En igual sentido sostiene la Dra. Makianich de Basset que la interrupción del deber de vigilancia, cuando se trata de la comunicación entre uno de los padres- el no conviviente- y el hijo, tiene un límite. La interferencia se justifica cuando a través de ella se detectan causas que podrían afectar la integridad psíquica, física o espiritual del hijo.<sup>16</sup>

Del mismo modo, los Dres. Zannoni y Bossert sostienen que el derecho de visitas, no puede ser negado salvo en caso de que gravísimas circunstancias lo exijan, en atención al interés del menor, ya que no se trata sólo de asegurar la satisfacción espiritual del padre a través de su comunicación con el hijo, sino de tutelar el derecho de éste a mantener esa comunicación con su padre, indispensable para su buena formación.<sup>17</sup>

Bajo ese lineamiento, el Juez consideró que por el solo hecho de que el padre haya reconocido abiertamente que participó en dos ceremonias, no resultaba posible privarlo del régimen de comunicación, ni eventualmente de la guarda del hijo, sin la prueba de que aquella práctica aislada del culto generara una influencia perniciosa o un daño o peligro cierto y actual para el niño, sobre la base de hechos concretos.

Por el contrario el fallo de la Sala E del año 1981 dijo “Se denegó la tenencia a la madre porque pertenecía a los Testigos de Jehová. El fundamento fue que como esta orientación religiosa mira con recelo la profesión militar y el padre era un oficial del ejército, las enseñanzas de la madre podrían provocar en los niños un serio deterioro de la imagen paterna”<sup>18</sup>

---

<sup>12</sup> CNCiv, Sala J, 24/11/98, “P., F.E. c/ P., E. N. s/ div.”

<sup>13</sup> Makianich de Basset Lidia “Derecho de visitas”, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pág. 97.

<sup>14</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G (CNCiv SalaG) 16/04/86. LA LEY

<sup>15</sup> C2ªCivCom La Plata, Sala 1ª, A 43750 RSD-231-96, 5/9/1996

<sup>16</sup> Makianich de Basset Lidia “Derecho de visitas”, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pág. 123.

<sup>17</sup> Bossert Gustavo- Zannoni Eduardo “Régimen legal de filiación y patria potestad”. Buenos Aires, Astrea, pág. 279.

<sup>18</sup> (CNCiv, Sala E, 30/6/81)

Sin embargo el fallo de la Corte Suprema del año 1983 revocó la sentencia por la que se había negado la tenencia a la madre por pertenecer a los Testigos de Jehová: “sólo puede juzgarse el modo de vida y las convicciones religiosas, políticas o ideológicas de los progenitores en la medida que incidan negativamente en el desenvolvimiento del niño. De no seguirse este criterio se estaría afectando el principio del debido proceso, propio de un estado de derecho, ya que se colocaría a una de las partes en una situación de absoluta desigualdad, pues no podría discutir su idoneidad para tener el cuidado del niño”<sup>19</sup>

El Tribunal de Apelaciones de Reims, con fecha 27/06/2002 estableció que el hecho de que uno de los padres sea miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día no es motivo suficiente para asegurar que ello tendría consecuencias negativas para el futuro de los niños y para justificar la modificación de su residencia habitual. En el fallo se examina las condiciones en las que viven los hijos y conforme el informe social realizado, se constata que ni la salud ni la educación están comprometidos por la práctica religiosa de su madre.<sup>20</sup>

En el orden internacional, la Corte Europea de Derechos Humanos, hizo lugar a los reclamos de la madre afectada (quien practicaba la práctica de los testigos de Jehová) y condenó a los Estados intervinientes por las decisiones que habían adoptado los tribunales nacionales. La Corte estimó que había una diferencia de tratamiento sobre la base de la religión, la cual es discriminatoria en razón de que no había una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin detenido en mira. Resolvió que se había violado el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar y el derecho de libertad (causa “Hoffmann” “Daloz”). Asimismo reiteró en otro pronunciamiento (caso “Palau- Martínez”) que el decisorio carecía de justificación. Se destacó que el fallo únicamente había enunciado generalidades relativas a los Testigos de Jehová, sin ningún elemento concreto que demostrase la influencia de la religión de la madre sobre la educación y la vida cotidiana de los hijos.<sup>21</sup>

## V- PALABRAS FINALES

De las líneas precedentes, se desprende que frente a los conflictos parentales, como el del caso analizado, está en juego el interés superior del niño, que la ley quiso proteger un derecho tan valorado e imprescindible como es la comunicación de los hijos con los padres y que el interés del niño está por encima del interés individual de los adultos siendo solamente el juez quien a través de una cuidadosa evaluación, puede interferir en el régimen comunicacional para aquellos casos en que se evidencien causas que pudieran afectar la integridad psíquica, física, moral o espiritual del hijo (plasmado en el art. 18 de la CDN y el art. 7º de la ley 26.061)

El solo hecho de profesar uno de los padres una religión determinada, no resulta suficiente para que se lo prive de la guarda de sus hijos, sin que se haya probado que la práctica del culto derive en un daño para los niños. Por ello es necesario demostrar hechos concretos que ocasionen graves peligros o daños sobre ellos. Es que el art. 16 inc. 1. d) de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, dispone que “los Estados parte asegurarán a hombres y mujeres los

---

<sup>19</sup> (CS, 3/10/83, 373-70)

<sup>20</sup> Alicia A. Carnaval de Fainguersch, “Jurisprudencia francesa”, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 26.

<sup>21</sup> Mizrahi, Mauricio Luis “Familia, matrimonio y divorcio”, Astrea, Buenos aires, 2006, pàg. 619.

mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos los intereses de los hijos serán consideración primordial". De ahí que se encuentra en tela de juicio la constitucionalidad de la preferencia materna en el cuidado personal de los hijos menores de 5 años, tal como lo establece el art. 206 del Código Civil, en atención a la discriminación de género.

En este sentido es dable resaltar que el fallo en cuestión defendió el derecho del niño a mantener una debida comunicación con ambos padres, contra el interés individual de la madre, quien no logró demostrar que el vínculo paterno-filial era perjudicial para el menor.

Para finalizar es preciso destacar que el ejercicio del régimen de comunicación materno o paterno filial no es sólo un derecho del padre que no ejerce la guarda, sino también un derecho del niño a tener una adecuada comunicación con aquél con quien no convive. Así lo impone el art. 11 de la ley 26061 el que enumera como derecho del niño "a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados" en concordancia con los arts. 7, 8 , 9 y 18 de la CDN.