

LA ESCUCHA DEL NIÑO

A LA HORA DE OTORGAR SU GUARDA O CUSTODIA Y FIJAR ALIMENTOS A SU FAVOR

*Por Fabian Eduardo Faraoni y Susana Squizzato

Fallo Comentado: Expte. Nº 4.365-140/12 “De Marchi, Erica Andrea p/ su hija menor Barraza, María del Rosario c/ Barraza, Alejandro Gustavo p/tenencia y alimentos” – Cámara de Familia de Mendoza Dres. Carla Zanichelli, Estela Politino y German Ferrer.

Sumario: I. Nociones generales sobre el otorgamiento de la guarda o custodia y la fijación de los alimentos derivados de la responsabilidad parental. II. Los hechos del fallo comentado. III. El tratamiento de los agravios formulados. IV. La necesidad de escuchar al niño y que su opinión sea tenida en cuenta. V. A modo de colofón.

I. Nociones generales sobre el otorgamiento de la guarda o custodia y la fijación de los alimentos derivados de la responsabilidad parental

1. Previo a adentrarnos en el análisis de los alcances del fallo citado, resulta menester mencionar que la doctrina actual tiende a sustituir la denominación “patria potestad” por “responsabilidad parental”, criterio que refleja mejor el contenido del instituto dada la finalidad del mismo. Así, se ha sostenido que es un derecho deber indelegable como medio para lograr el desarrollo integral de los hijos¹. La nueva terminología plasma las transformaciones que ha experimentado la familia pues ya no es la autoridad del padre sino de ambos padres, que asumen deberes, derechos y la autoridad que sobre los hijos les otorga el ordenamiento legal.

Lo mismo ocurre con la palabra “tenencia”, siendo la tendencia vigente reemplazarla por la de “guarda” o “custodia”. En efecto, se estima que hay que provocar un cambio en relación a la terminología empleada, dejando de lado la palabra “tenencia” que refiere a una posesión o propiedad y en su lugar emplear un término más omnicompreensivo como “custodia”, que abarca la protección, el cuidado y la vigilancia, garantías básicas del desarrollo de cualquier niño².

2. Hechas estas aclaraciones se impone explicitar someramente los parámetros que deben considerarse al momento de decidir el otorgamiento de la guarda o custodia de los hijos menores de edad a uno de sus progenitores al producirse el cese de la convivencia, y también recordar algunas cuestiones básicas con relación a la fijación de los alimentos derivados de la responsabilidad parental.

¹ Cfr. Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y otro, “Manual de Derecho de Familia”, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2004, pág. 405.

² Cfr. Dutto, Ricardo J., “El interés superior del Niño. Visión Jurisprudencial y aportes doctrinarios” – Graciela Tagle de Ferreyra (Directora) -, Nuevo Enfoque Jurídico – Córdoba, 2009, publicado en Actualidad Jurídica Online, Código unívoco 549. En igual sentido: Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Libro II De las relaciones de Familia, Título VII De la responsabilidad parental (arts. 638 y siguientes).

Con tal objetivo, deviene necesario señalar que las resoluciones judiciales vinculadas a la guarda o custodia de los hijos, por su rol tuitivo y asistencial, no causan estado y son susceptibles de modificación ulterior toda vez que varíen las circunstancias de hecho que la determinaron. En efecto, la decisión judicial de entregar la guarda a uno de los padres tiene siempre un carácter provisorio. En tal tesitura el Máximo Tribunal de la Provincia de Córdoba ha resuelto que: *“lo decidido en la cuestión incidental no juzga de manera irreversible sobre el interés sustancial del impugnante, quien cuenta con la posibilidad de replantear sus derechos en el marco del presente proceso y ante el juez de Familia interviniente”*³.

Ahora bien, para el otorgamiento de la guarda o custodia ante la existencia de conflictos de intereses entre los padres, la solución a adoptarse debe ser con arreglo al criterio que mejor consulte los intereses de los niños (arts. 3.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño). En este sentido se entiende que: *“Sin ignorar los disensos que ha generado el alcance de dicho concepto, sea que se le asignen unos contornos de mayor amplitud, o se lo subordine al interés general y familiar, o se lo identifique con el respeto por los derechos fundamentales de la niñez, lo cierto es que ese mejor interés es lo que define la consistencia de cualquier litis en la que se discuta la guarda de una persona menor de edad”*⁴.

La atención principal al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en una pauta de decisión ante un conflicto de intereses y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor de edad. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, el interés superior del niño, debe ser preferido indudablemente por encima de los demás derechos de los padres y de la familia, incluso al momento de decidirse conflictos que impliquen la guarda o custodia, la inserción en el seno de una familia, etc., de menores de edad, y debe ser evaluado por el juzgador en cada caso.

Asimismo, ante el desacuerdo manifiesto de los progenitores y en el caso de hijos mayores de cinco años⁵, el juzgador debe elegir a aquel que considere más idóneo o que, en el caso particular, esté en mejores condiciones para el logro de los objetivos previstos, mirando ello desde la exclusiva perspectiva del interés del hijo⁶. Esta es una tarea de comparación entre ambos padres y no supone un juicio de valor sobre los mismos, ni tampoco la elección de uno de ellos entraña la descalificación del otro.

En este punto debe analizarse, también, la idoneidad del ambiente del pretense guardador, y la posibilidad de que facilite el adecuado contacto y vinculación con el otro progenitor no conviviente, la opinión del niño y tratar de no alterar la convivencia de los hermanos.

A su vez, es predominante la jurisprudencia que aconseja, en caso de mediar una guarda de hecho preexistente, mantener el *statu quo* existente, salvo demostración de extrema inconveniencia para la salud psíquica y física del menor⁷. El criterio de “no innovar” es casi una ley no escrita en materia de guardia o custodia de hijos, y tiene su fundamento en la presunción de que un cambio en la convivencia –que implica habitualmente mudanza, cambio de escuela, de entorno familiar y hasta de estilo de vida- no es beneficioso para el menor⁸. Esta pauta se erige a los fines de preservar la estabilidad de los niños, vista desde

³ Cfr. T.S.J.; A.I. N° 19, 29/08/05, in re: “C.M.R. y otros- Homologación – Recurso Directo – Recurso de Casación – Recurso Directo, Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad, Vol. 25, pág. 2610.

⁴ Cfr. C.S.J.N., in re: “M. D. H. c. M. B. M. F”, 29/04/2008, Actualidad Jurídica de Córdoba, “Familia y Minoridad”, N°:51.

⁵ Al respecto se ha sostenido desde hace tiempo, de manera uniforme que la preferencia materna a la que refiere la norma, es contraria a la Convención sobre los derechos del Niño que establece como principio rector el interés superior del niño. A mayor abundamiento consultar: Krasnow, Adriana N, “La custodia en la ley 26.618. Una pérdida de oportunidades”, La Ley, Suplemento Especial Matrimonio Civil 2010 (agosto), 23.

⁶ Cfr. Falcón, Enrique N., “Derecho de Daños – Daños en el derecho de familia”, Cuarta parte, Ed. La Roca, Bs.As. 2000, Pág. 524.

⁷ Cfr. Guahnon, Silvia H., “Medidas cautelares en el derecho de familia”, Ed. La Roca, Bs.As. 2007, pág. 168.

⁸ Cfr. Galli Fiant, María Magdalena, “Tratado de las medidas cautelares – 5 – Medidas cautelares en procesos de familia”, Ed. Jurídica Panamericana, Santa Fe, 2005, pág. 216.

la óptica del principio de continuidad afectiva, espacial y social de la infancia, dando cumplimiento al art. 3 inc. f) de la Ley N° 26061 en cuanto dispone que se debe respetar el derecho a mantener el "centro de vida" de las niñas, niños y adolescentes, entendido éste como el lugar donde hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia⁹. El centro de vida es aquella territorialidad donde el menor de edad autoconstruye su propio "cosmos vital" y por el cual se proyecta su misma realización historiográfica y relacional. Es el lugar en el que se encuentra establecido y con cierto grado de permanencia, creando vínculos afectivos con su grupo familiar, abuelos, tíos y primos y con la comunidad; es el centro de gravedad de sus afectos y vivencias.

En esta inteligencia se colige que, la viabilidad de la modificación del régimen existente sobre la guarda de los hijos, ante la demostración de la existencia de hechos de entidad suficiente para autorizar el cambio, es determinada por el "interés superior" tutelado del niño, siendo menester que se advierta con nitidez la conveniencia para éste de la medida adoptada, en consideración a su edad y etapa evolutiva.

3. Con relación a la fijación de alimentos a favor del hijo menor de edad, debe recordarse que es una obligación que recae sobre ambos progenitores, con fundamento en la responsabilidad parental, no obstante que la guarda o custodia sea ejercida por uno de ellos (art. 271 del Código Civil); sin embargo, la fijación de cuota se refiere generalmente al aporte que realiza el progenitor no guardador.

Dicho en otros términos, si bien ambos progenitores deben alimentos a su hijo menor, el art. 265 del Código Civil establece que dicha obligación será cumplida por cada uno de ellos según su condición y fortuna¹⁰. Ergo, no significa que deban efectuar aportes equivalentes, ni que se establezca una obligación de igualdad numérica de la contribución económica.

Huelga señalar sobre el particular que al margen del aporte dinerario que efectúa el no conviviente el progenitor que ejerce la guarda o custodia del hijo, cumple con su obligación en especie, compensándola con el cuidado y la dedicación que brinda a su hijo. Ello es así desde que su condición de guardador del niño implica una serie de obligaciones atinentes a su crianza, desarrollo y formación que si bien no resultan susceptibles de una apreciación económica concreta, devienen acabadamente valorables en atención al tiempo y dedicación que la función implica¹¹. En este sentido también se ha sostenido que la contribución económica del conviviente se entiende efectuada en beneficio de la prole –ya que de no existir redundaría en perjuicio del otro progenitor- y no como eximente total o parcial del deber que incumbe al alimentante¹².

Ahora bien, tratándose del deber alimentario derivado de la responsabilidad parental, se ha sostenido de manera unánime que para la determinación de la cuota alimentaria han de tenerse en cuenta *los ingresos de los padres* y las *necesidades del hijo menor de edad* respecto a los rubros establecidos en la ley (arts. 265 y 267 del Código Civil), pues debe existir un equilibrio entre las necesidades que tiende a cubrir la cuota y la aptitud del obligado para llenar esa finalidad.

Sin embargo, al examinar la concurrencia de estos recaudos en un caso determinado, adquiere particular relevancia el hecho concreto y real de las necesidades a satisfacer en atención a la edad y etapa evolutiva del alimentado, frente al requisito referido a las posibilidades económicas del alimentante. Es que no debe perderse de vista que conforme lo dispuesto por los arts. 265, 267 y 271 del Código Civil sobre los padres pesa el deber

⁹ Este concepto que debe ser interpretado de manera armónica con la definición de "residencia habitual" de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad, de conformidad a lo dispuesto por Decreto Reglamentario N° 415/2006 de la Ley N° 26061.

¹⁰ Cfr. CNCiv., Sala H, 21/4/97, LL, 1998-2-990.

¹¹ Ver Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, art. 660: "Tareas de cuidado personal. Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención".

¹² Cfr. CNCiv., Sala E, 13/10/00, LL, 2001-D-836 y CNCiv., Sala A, 13/9/89, LL, 1989-E-444.

alimentario de sus hijos, mucho más estricto en la ley que el existente entre los parientes, y ello se traduce no sólo en la obligación de proveer todo lo atinente a su asistencia integral, sino también en *realizar todos los esfuerzos* que resulten necesarios a los fines de cumplir acabadamente con dicho deber emergente de la responsabilidad parental. Tales directrices imponen bregar por la satisfacción de las necesidades elementales de los niños involucrados, garantizándoles así la protección de su “interés superior” constitucionalmente consagrado¹³, más allá de la situación económica del alimentante quien deberá arbitrar las medidas necesarias para efectivizar el cumplimiento alimentario, sin que pueda excusarse de cumplir invocando falta de trabajo o de ingresos suficientes¹⁴.

Debe destacarse, asimismo, que en la relación jurídica alimentaria, resulta aplicable la corriente procesal conocida como “*carga dinámica de la prueba*”, en virtud de la cual la carga de demostrar determinados extremos fácticos se desplazan a la contraria. En efecto, ante la prueba irrefutable de las necesidades del alimentado, la carga de la parte actora de demostrar las posibilidades económicas del alimentante se flexibiliza, produciéndose su desplazamiento hacia la parte que se encuentra en mejores condiciones de probar empleando la diligencia y responsabilidad del litigante medio.

A su vez, frente a la inexistencia de elementos probatorios dirimientes que permitan dilucidar la real situación económica del alimentante, y a los fines de determinar el monto de la cuota alimentaria, el sentenciante debe hacer uso de lo que su propia experiencia le indica y de todos los indicios obrantes en la causa.

II. Los hechos del fallo comentado

La plataforma fáctica del pronunciamiento de referencia puede subsumirse en el cuestionamiento formulado, vía recurso de apelación, por el progenitor demandado en contra del decisorio que dispuso otorgar la tenencia definitiva de la hija en común a la madre y fijar una cuota alimentaria a su cargo.

El apelante postula como materia de agravio las siguientes:

1) En relación a la tenencia de la niña:

a) Se queja por cuanto considera que la sentencia impugnada es teórica e invierte la carga de la prueba, la cual recae en cabeza de la madre. Estima que la progenitora debió acreditar que la pareja interrumpió la convivencia como consecuencia de los malos tratos dispensados tanto respecto de ella como de la hija menor de las partes; que como consecuencia de la convivencia con el demandado la niña haya tenido que ser sometida a un constante tratamiento psicológico; que no se encuentra interesado en conocer cuáles son las verdaderas necesidades de su hija; que haya obstaculizado el contacto materno filial; y que no se ha presentado en las audiencias de conciliación fijadas; y no lo hizo.

b) Se agravia por cuanto la decisión apelada violenta el principio de la sana crítica racional. Estima que el juzgador no tiene en cuenta de forma integral la única prueba de naturaleza objetiva que es el informe pericial psicológico de la accionante, de la que surge su verdadera personalidad, su dificultad para comprender que su hija es un sujeto de derecho, y su voluntad de imponer sus caprichos. Destaca que el Juez a-quo realiza una transcripción parcial de dicha pericia, llegando en consecuencia a conclusiones equivocadas y contrarias al sentido de informe en su conjunto.

2) Respecto al punto a la sentencia que fija los alimentos a favor de la hija menor de edad:

a) Señala que la decisión recurrida no considera su situación económica. Explica que tiene otra hija en edad escolar, cuya madre se encuentra en una situación más desfavorable; que no posee casa propia y que debe alquilar; y que ha atravesado dificultades financieras importantes en los últimos años.

¹³ art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁴ Cfr. Cám. Nac. Civ., Sala A, 17/5/88, R. 36.161, y Cám. Nac. Civ., Sala A, 19/11/87, R. 32.695, entre otros.

b) Centra su queja en el monto de la cuota alimentaria fijada. Sostiene que al momento de interponer la demanda pagaba \$ 800 en concepto de cuota y que por tal razón esa fue la suma que ofreció; y que la sentencia no aclara si la suma fijada de \$ 2.000 es correcta ahora o al momento de interposición de la demanda; que no pondera que la solución más acorde es fijar al momento de la sentencia una cuota de \$ 800 y a partir de su resolutorio pasar a pagar la suma de \$ 2.000, decisión que solicita sea adoptada.

c) Aduce que el Juez de grado fija la suma cuestionada sólo basándose en los propios dichos del demandado sin que exista otro elemento que permita establecer dicho monto.

d) Afirma, que el Juez a-quo no ha tenido en cuenta la holgadísima situación económica de la madre de la niña que disfruta como parte de un grupo económico con sobradísimos recursos.

III. El tratamiento de los agravios formulados

De la lectura del pronunciamiento se advierte el concreto y preciso abordaje de las quejas del apelante que conlleva al rechazo unánime del recurso de apelación incoado.

1) En torno a la objeción referida a la valoración de la aptitud de los progenitores y a la carga de la prueba efectuada por el juzgador a los fines de decidir el otorgamiento de la guarda o cuidado personal de la niña a su progenitora, cabe señalar que la respuesta jurisdiccional encuentra fundamento suficiente en el principio de estabilidad. Es que el mantenimiento de la situación existente es la medida que mejor protege el interés superior de la niña de autos.

a) Repárese que al producirse el cese de la convivencia de sus progenitores, la pequeña continuó bajo el cuidado personal de su madre, sin que exista ninguna prueba que permita sostener que un cambio de guarda favorezca a la niña. Por el contrario, con el trauma que cualquier variación implica, el mantenimiento del statu quo aparece como la solución que mejor consulta su interés, desde que en todo caso, debe demostrarse que no llevarla a cabo le causaría un daño mayor o más grave.

En este sentido, se ha sostenido que un cambio en la guarda, frecuentemente, conlleva no sólo una variación en los hábitos de vida hogareña del hijo sino también puede producir una dosis de tensión o una secuela de inseguridades y temores¹⁵.

b) Por otra parte, el Tribunal de Alzada desestimó tanto los hechos alegados por el progenitor relativos a la ausencia de demostración de los supuestos invocados por la madre, como a la falta de valoración integral de los resultados que arroja la pericia psicológica efectuada sobre la accionante.

En el punto, debe recordarse que en materia de la prueba con relación a la idoneidad de los progenitores que pretenden la custodia de la hija en común se produce su desplazamiento hacia la parte que se encuentra en mejores condiciones de probar empleando la diligencia y responsabilidad del litigante medio. Tal conclusión se asienta en la corriente procesal conocida como "*carga dinámica de la prueba*", aplicable en materia que compromete los intereses de familia, en virtud de la cual la carga de demostrar determinados extremos fácticos se desplazan a la contraria, quien se encuentra en mejor situación para obtener los elementos de prueba necesarios para definir la concurrencia o no de los recaudos legales que tornan procedente la acción. Si esto es así, mal puede alegar el quejoso que la contraria no probó que la pareja interrumpió la convivencia como consecuencia de los malos tratos dispensados tanto respecto de ella como de la hija menor de las partes; que como consecuencia de la convivencia con el demandado la niña haya tenido que ser sometida a un constante tratamiento psicológico; que no se encuentra interesado en conocer cuáles

¹⁵ Cfr. Cám. de Flia. de 2da Nom. de Cba., in re: "P.H.R. c/ F.E.C. – Tenencia – Recurso de Apelación", Auto N° 63 de fecha 11/12/91.

son las verdaderas necesidades de su hija; que haya obstaculizado el contacto materno filial; y que no se ha presentado en las audiencias de conciliación fijadas, dado que dicha carga pesaba también sobre el impugnante, quien se encuentra en mejores condiciones para producirla.

Finalmente, son los dichos de la hija, quien en atención a su edad y madurez, debidamente meritados en el contexto general de la causa, vienen a confirmar la necesidad de mantenerla bajo el cuidado y protección de su madre, asegurando el adecuado régimen comunicacional con su progenitor, cuestión sobre la que se volverá infra.

2) Respecto a los argumentos esgrimidos con el fin de cuestionar los fundamentos dados en la resolución para arribar al quantum de la prestación alimentaria establecida a cargo del alimentante y a favor de la hija menor de edad, se estima que también han sido correctamente desechados.

a) Con relación a la situación económica del alimentante el Tribunal acertadamente refiere que si no hay prueba directa debe echarse manos a los indicios obrantes en la causa.

En tal lineamiento es claro que la sola circunstancia de no existir una prueba directa respecto de la suficiencia económica del progenitor alimentante, no puede enervar la pretensión de fijación de una cuota formulada por la madre de la hija menor de edad. Es que, frente a la inexistencia de elementos probatorios dirimientes que permitan dilucidar la real situación económica del alimentante, y a los fines de determinar el monto de la cuota alimentaria, el juez debe *“hacer uso de lo que su propia experiencia le indica, desde que sus conocimientos le devienen del hecho de vivir en sociedad y de poder apreciar los acontecimientos que a diario le suceden y que en su reiteración aportan antecedentes de importancia”*¹⁶.

La aplicación de las reglas de la experiencia, a las que alude el ordenamiento sustancial (arts. 901, 512 y conc. del Código Civil) y también el formal, permite que ante un hecho desconocido sobre el que no se tiene prueba directa, pueda desarrollarse la indirecta, mediante presunciones simples y ajustando el razonamiento judicial a los principios lógicos.

Sobre esto último cuadra destacar, que el principio de razón suficiente, no siempre está sometido a las mismas exigencias. La ley muchas veces se satisface con un mero juicio de probabilidad acerca de los extremos fácticos que se pretenden demostrar, otras requiere certeza de la existencia de aquellos. Por otro lado, no consentir que la valoración de la suficiencia económica del alimentante y la correlativa estimación de una cuota alimentaria, se funden en las reglas de la experiencia implicaría en el caso, frustrar toda posibilidad de emitir un pronunciamiento válido, por falta de prueba sobre tal extremo, colocando así a la niña en una situación de peligro al no poder cubrirse sus necesidades más elementales, contraviniendo las directivas sentadas por la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22º de la Constitución Nacional).

No puede soslayarse que el alimentante ha reconocido ser un abogado con gran trayectoria, docente universitario y desempeñar tareas en el Tribunal de Cuentas, lo que habilita a presumir válidamente su capacidad contributiva. Si bien la circunstancia de ser profesional no importa de por sí que se tenga un buen pasar económico, ello no impide que a quien lo posea se lo pueda suponer dotado de aptitud para el logro de un ingreso, cuanto menos decoroso¹⁷. Si el alimentante tiene edad y condiciones para desarrollar las tareas que incumben a su especialidad, cabe presumir la existencia de ganancias provenientes del ejercicio de dicha profesión, pues se presupone el carácter oneroso que tiene toda actividad profesional.

A mayor abundamiento se ha sostenido, que aún cuando el progenitor reconozca realizar determinado trabajo cuyo ingreso no es suficiente para atender las necesidades de la hija,

¹⁶ Cfr. Jurisprudencia citada por Palacio-Alvarado Velloso: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1988, tomo 4, pág. 488/499.

¹⁷ Cfr. Belluscio, Claudio, “Prestación Alimentaria – Régimen Jurídico”, Ed. Universidad, Bs. As., 2006, pág. 301.

está en el campo de su responsabilidad parental dedicar parte de sus horas libres, en una medida que resulte razonable, a tareas remuneradas con las cuales poder completar la cuota; y hasta tiene el deber de reemplazar el trabajo escasamente remunerado por otro que signifique un mayor ingreso, aunque ello implique también un mayor esfuerzo¹⁸.

Por otra parte, el principio tradicional sentado por la jurisprudencia en torno a la conformación de una nueva familia por parte del alimentante, cuando de alimentos de menores se trata, establece que los progenitores deben realizar todos los esfuerzos que resulten necesarios efectuando tareas productivas, sin que puedan excusarse de cumplir con su obligación alimentaria invocando ingresos insuficientes, salvo que se trate de dificultades insalvables.

b) En cuanto a la retroactividad de la prestación alimentaria no puede admitirse la postulación del apelante.

La sentencia en el juicio de alimentos es declarativa y de condena, y cuando media un lapso considerable de tiempo entre la demanda y la sentencia se plantea el tema si las cuotas deben mandarse a pagar por meses anticipados desde la promoción de aquella o desde la fecha del decisorio. La jurisprudencia mayoritaria se inclinó por la retroactividad del pago de las cuotas alimentarias y en base a ese criterio se incorporó como texto legislativo el art. 644 del C.P.C.N. que establece que la suma estimada, debe ser mandada a abonar por meses anticipados desde la fecha de interposición de la demanda. En esa tesitura, razones de equidad y justicia avalan retrotraer los efectos de la fijación de alimentos a la fecha de la exteriorización judicial de la necesidad del reclamante, puesto que el tiempo que insume el proceso no debe enriquecer al obligado al pago de la cuota.

c) Tampoco es admisible el agravio respecto a la situación económica de la madre de la niña quien formaría parte de un grupo económico con sobradísimos recursos.

En relación a los aportes que la progenitora conviviente debe realizar en atención a que la obligación de prestar alimentos al hijo menor pesa sobre ambos progenitores, se ha sostenido que *"...en modo alguno implica una obligación de igualdad numérica de la contribución económica, debiendo imputarse a la obligación alimentaria la contribución realizada por el progenitor conviviente en cuanto al cuidado de los hijos..."*¹⁹. En consecuencia, aún cuando el deber de prestar alimentos al hijo menor incumbe a los dos progenitores, el criterio imperante indica que esa obligación se compensa por parte del progenitor conviviente con el cuidado y la educación que le prodiga a aquél, siendo merecedora de una apreciación económica. Atento a ello, la circunstancia de poseer ingresos la progenitora accionante, no atenúa la obligación de contribución que pesa sobre el recurrente, no sólo por lo supra manifestado sino también porque ello se traduce en una mejor calidad de vida respecto de la niña en pos de la íntegra satisfacción de sus necesidades de formación y desarrollo²⁰.

IV. La necesidad de escuchar al niño y que su opinión sea tenida en cuenta

Un párrafo aparte merece la previsión contenida en el fallo en cuanto a la importancia otorgada al derecho del niño a ser oído y más aún que su opinión sea tenida en cuenta al momento de adoptar decisiones que incumben a su vida.

Conforme lo establece el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el niño tiene derecho a ser oído en función de su edad y madurez.

Este derecho ha sido receptado por la Ley N° 26061 (arts. 3 inc. b, 24 y 27) y ya no es una facultad del juzgador, sino una obligación; que puede llevar hasta la revocación de una

¹⁸ Cfr. Bossert, Gustavo A. "Régimen jurídico de los alimentos", Ed. Astrea, Bs.As. 1993, pág. 207.

¹⁹ Cfr. Stillerman, Marta N., "Menores. Tenencia. Régimen de Visitas", 3ª Ed. Act., 2ª reimpr., Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004, pág. 149.

²⁰ Cfr. Art. 660 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

sentencia por no haber sido escuchados los niños, niñas y adolescentes involucrados en el proceso.

En este sentido debe recordarse que la participación del hijo en la decisión sobre su guarda o custodia, con las diversas formas que aquélla puede adoptar según la edad del menor, asegura el respeto a su persona y su condición protagónica. El interés del hijo, principio rector para otorgar la guarda, se determina considerando las necesidades específicas de la niña, niño o adolescente, necesidades éstas de las cuales se puede tener conocimiento entre otros elementos tomando contacto con aquellos, o sea escuchándolos.

Por otra parte, la doctrina, en consonancia con los arts. 24 y 27 de la Ley Nº 26061, sostiene que éste derecho a ser oído que posee la niña, niño y adolescente tiene como contrapartida la obligación de la autoridad competente de escucharlos cada vez que así lo requieran y que forma parte de un abanico mucho más amplio y que es el que se le reconoce a la niña, niño y adolescente de participar activamente en el proceso que los involucra²¹. La niña, niño y adolescente deben ser oídos en cualquier oportunidad y tantas veces como sea necesario, previamente a resolver una cuestión que pueda afectarlos; citación que puede realizarse en todas las instancias y aún en las extraordinarias.

Siendo ello así, se entiende que la preferencia del niño debe ser conocida y apreciada en el contexto general de la causa, pues si bien tal voluntad no resulta vinculante, su atención permite arribar a una solución eficaz; y debe meritarse si en virtud de su edad y madurez está en condiciones de formarse un juicio propio²².

Por ello se entiende que cuando se trata de encontrar la mejor solución posible, la opinión de la niña, niño y adolescente no puede ser dejada de lado ya que ésta puede ser un indicador válido y muy importante de cuál es su interés. Es más, destacada doctrina subraya que para poder determinar cuál es el superior interés del niño es imprescindible contar con su opinión en cuanto sujeto de derecho que es²³.

La Comisión Interamericana de Derecho Humanos (CIDH) ha formulado al respecto diversas recomendaciones relativas a la mayor responsabilidad que tienen los Estados en materia de protección de menores de edad, reconociendo a la vez el consenso de que los niños tienen derecho a medidas especiales de atención y protección. Puntualmente, la Corte Interamericana de Derecho Humanos ha señalado que en los procedimientos en que se discuten sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura, se debe tener en cuenta la gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos dentro de la categoría de niños, todo en aras de propender a su interés superior²⁴.

V. A modo de colofón

Para concluir el presente comentario, solo corresponde poner de resalto que el Tribunal interviniente ha dado sólidos fundamentos para mantener la resolución de primera instancia. Entre ellas se destaca, la especial atención prestada a la opinión de la niña de autos en función de su edad y madurez, como un elemento que viene a corroborar las demás pruebas obrantes en la causa en torno a la justificación de la decisión apelada.

Por lo tanto, las medidas adoptadas tanto en lo atinente al otorgamiento de la guarda o custodia a la progenitora con quien la niña continúa conviviendo luego de la separación de

²¹ Cfr. Guahnon, Silvia H., "Medidas cautelares en el derecho de familia", Ed. La Roca, Bs.As. 2007, pág. 169 y sgtes.

²² Revista Actualidad Jurídica de Córdoba, "Familia y Minoridad", Ed. Nuevo Enfoque, Año III, Nº 29, Sep. 2006, fallo de la Cám. Apel. CC, Sala II, Mar del Plata, in re: "G.L.E. c/ C.M.S. s/ tenencia del hijo, régimen comunicacional y autorización judicial supletoria", 9/6/05, pág. 3085.

²³ Cfr. Perez Manrique Ricardo, "Participación Judicial de los niños, niñas y adolescentes", informe presentado en el Segundo Encuentro Regional de Derecho De Familia en el Mercosur, publicado en www.unicef.org/argentina/spanish/JusticiayDerechos08.pdf.

²⁴ CIDH: Opinión Consultiva OC, 17/2002, del 28 de agosto de 2002, considerando 101.

sus progenitores, como la fijación de una cuota alimentaria a cargo del no conviviente, se evidencian como la consecuencia necesaria derivada de la prevalencia en la materia de aquello que es más beneficioso para la niña desde la óptica de la protección de sus derechos y partiendo de las concretas constancias de la causa en que se funda lo resuelto. Todo ello con basamento en el derecho de la niña a ser oída y que su opinión sea tenida en cuenta, plasmado en el art. 3 inc. b) de la Ley 26061 para dar la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías que la ley le reconoce.