----En la ciudad de Trelew, a los días de junio del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Raúl Adrián Vergara y Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“B., E. O. c/ R., E. A. s/ Custodia” (Expte. Nº 616 - Año 2015)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el
orden resultante del sorteo practicado a fs. 303.----------
---**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo:----------
----Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 165 en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 156/160, por el cual se otorga el cuidado personal de la niña C. B. a su progenitor E. O. B., imponiendo las costas
por su orden.----------
----A fs. 166 se concede el recurso, expresándose agravios a fs. 269/271 vta., cuyo traslado conferido a fs. 275 fuera contestado a fs. 280/284. A fs. 291/292 vta. obra el acta de la audiencia dispuesta por el art. 130 de la ley III N° 21. Finalmente a fs. 300/301 luce el dictamen de la Asesora de Familia.- ----------I.- Comenzaré por efectuar una reseña de los agravios vertidos por la demandada, para luego efectuar lo propio con la respuesta del actor.- ----------1) La demandada comienza por señalar que la sentencia es arbitraria por cuanto formula una incorrecta y parcial apreciación de la prueba aportada y producida por las partes, concretamente la prueba pericial del Equipo Técnico Interdisciplinario. Destaca que la jueza se hace eco de la conclusión de las profesionales que determinan que ambas partes tendrían una postura rígida ante el conflicto familiar, no evidenciando cambios que propicien una modificación funcional de la estructura y dinámica familiar, señala la falta de contacto de C. con su madre y analiza que las profesionales ratifican el involucramiento de la menor en el conflicto parental, agregando que en la entrevista con la niña la misma expresó una opinión libre por lo que su voluntad debe ser valorada. Considera que el yerro de la sentenciante radica en su apreciación parcial del informe del Equipo Técnico Interdisciplinario, ya que en el mismo se expresa que el padre impone su discurso a la niña, quien además de estar sumamente involucrada en el conflicto parental, se apropia del discurso paterno. Resaltan que ello se evidencia cuando C. describe aspectos de la interacción con su madre, destacando sólo los elementos negativos de la relación, sobrevalorando el rol paterno, manifestando una alianza con el padre e identificando a la madre como origen y sostén del conflicto parental. Añaden que ello también se refleja en el léxico adulto y jurídico que utiliza la menor. Indica que de una lectura exhaustiva del informe surge que B. no respeta de manera integral los

derechos de su hija ya que obstruye el contacto con su madre y no valora adecuadamente su rol, lo que desmiente la actitud colaborativa que el padre

dice tener.----------Reitera que la jueza omite analizar de manera total la prueba antedicha, lo que conforma la existencia de arbitrariedad en la sentencia que se dicta en violación al art. 82 de la ley III N° 21. Alude al C. Civil y Comercial, recordando que los jueces deben escuchar al niño y analizar su escucha con apoyo multidisciplinario. Considera que la sentencia fue dictada con violación del interés superior del niño, agrega que oír al menor no implica aceptar incondicionalmente sus deseos o expresiones, más aun en la especie, donde la niña adhiere al discurso paterno por lo que sus expresiones resultan manipuladas, impuestas o inducidas. Refiere que en ese marco es ella quien se encuentra en mejores condiciones de ejercer el cuidado personal unilateral de C., ya que puede garantizar el pleno desarrollo y crecimiento armónico de la menor, sin perjuicio de todos los deberes-derechos del padre no conviviente, además ello ayudaría a promover el derecho de la niña a la coparentalidad. Enfatiza que en el informe se alude a las descalificaciones de B. hacia su rol materno, las que han sido impuestas a la menor a través de un discurso impuesto, mientras que ella ha logrado probar que no ha obstaculizado los encuentros paterno-filiales cuando C. estuvo bajo su cuidado, no existiendo reciprocidad de parte del padre. Finalmente se permite repetir la parte final de su alegato, referida al art. 656 del C.C.C. y al fallo “Atala Riffo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Efectúa el petitorio de estilo.----------2) El actor responde a los agravios, señalando que los mismos no importan una crítica concreta y razonada del fallo recurrido. Cita jurisprudencia al respecto. Indica que la apelante reedita argumentos expuestos en el alegato. Ubica al agravio principal en la parcial evaluación y/o apreciación parcial de la jueza respecto de la pericia del ETI, mas entiende que no fundamenta sus aseveraciones. Arguye que la jueza fundó claramente su decisión en lo que pudo percibir del contacto personal con la menor, agregando que la contraria pasa por alto lo expuesto por la sentenciante en cuanto a que el deseo de C. es permanecer con su padre y que demuestra temor hacia su madre. Refiere que en una audiencia anterior se acordó la revinculación de la menor con su madre en el espacio terapéutico de la primera, dada la cerrada negativa de la niña a tener contacto con la progenitora, por lo que es contrario a toda lógica atribuir el cuidado personal exclusivo de C. a su madre. Señala que las aseveraciones que se endilgan al padre carecen de sustento dado que ha facilitado por todos los medios la revinculación de C. con su madre, llevando a aquélla todas las semanas a la consulta psicológica, haciendo referencia al informe de la profesional tratante. Asimismo entiende que la recurrente se equivoca con relación a las conclusiones del informe del ETI ya que se estableció que se evalúa como recomendable que desde el espacio terapéutico de C. se trabaje la promoción de la revinculación con la madre. Reitera que en la expresión de agravios no se explica punto

por punto por qué se considera que la jueza efectúa una lectura parcial y arbitraria del informe del ETI y que se repiten apreciaciones efectuadas en la contestación de la demanda y en los alegatos. Añade que toda la prueba colectada en autos hace referencia a la vinculación negativa que la menor mantiene con su madre, lo que la empuja a oponerse a restablecer el contacto. Hace alusión a que no se concretó la reconvención de la demandada. Entiende que quien realiza una apreciación parcial y descontextualizada del informe del ETI es la recurrente y que no explica por qué la jueza incurre en valoración parcial de la prueba.----Se refiere luego a lo que identifica como segundo agravio con relación a la calificación de arbitraria que efectúa la contraria respecto de la sentencia, lo que considera que no se explica, dado que la jueza ha aclarado cuál es el derecho aplicable al caso. Agrega que la juzgadora tuvo en cuenta la edad de la menor, por lo que mal pudo desentenderse de su opinión. Vuelve a citar jurisprudencia con relación a la deserción del recurso y efectúa el petitorio de estilo.- ----------II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, me adentraré en el tratamiento de los agravios reseñados.- ----------1) La actora entiende que la apelante ha incurrido en deserción dado que no efectúa una crítica concreta y razonada de los argumentos de la jueza, amén de caer en reiteraciones de razones y afirmaciones expuestas en la contestación de la demanda y los alegatos. Cabe mencionar que si bien esto último es correcto, dado que la misma recurrente se permite reiterar lo argumentado en el alegato (ver fs. 271), debe recordarse que en caso de duda, es decir, si existe o no impugnación suficiente por tratarse de un acto lacónico o incompleto, debe estarse por la apertura de la instancia. Tal la orientación de nuestra jurisprudencia desde antiguo: la sanción de la deserción de la instancia por su gravedad debe aplicarse con criterio favorable al apelante, a condición de que el agraviado individualice aunque sea en mínima medida, los motivos de su disconformidad (conf. CN. Civ., Sala E, 30/9/80, LL, 1981-A-154). Los agravios se tiene decidido en esta orientación-, no necesitan ajustarse a formalidades sacramentales e inclusive su cumplimiento a los efectos del recurso ha de ser apreciado con tolerancia, según una interpretación que se estima adecuada a una mejor aplicación de la garantía de defensa en juicio (conf. CN. Com., Sala A, 27/3/81, ED, 93592; entre otros). Es que la sanción que importa la deserción, en suma, reviste carácter restrictivo (conf. C.Civ. y Com. San Isidro, Sala I, 28/9/76, LL, 1977-C-436).- ----------A la luz de lo expuesto cabe advertir que, más allá de la suerte que finalmente corra el recurso en examen, la apelante ha efectuado una mínima crítica al decisorio y de esa manera ha satisfecho técnicamente los requisitos que permiten entrar en su análisis. Es que debe notarse que se cuestiona la valoración del informe del ETI de fs. 80/81 y fs. 118, por cuanto entiende que ha existido una lectura parcial del mismo con relación al discurso de la menor, a lo que atribuye consecuencias respecto de la relación de la misma con los padres y que ello traería aparejado una diversa lectura de la actitud del progenitor

que lo impugnaría a fin de atribuirle el cuidado personal unilateral que le reconoce la sentencia. Es por ello que habré de desechar el pedido de la actora de declarar la deserción del recurso y me adentraré en el tratamiento de los agravios.----------2) Si bien la actora, al contestar los agravios identifica dos de ellos, entiendo que la referencia de la apelante a que la sentencia es arbitraria no importa un agravio diferenciado, dado que dicha tacha se basa en la omisión de analizar de manera integral la prueba que considera decisiva, esto es el informe del ETI, omitiendo párrafos que forman parte de la conclusión de las profesionales, en violación al art. 82 de la ley III N° 21 (ver fs. 269, pto. II, 2do. párrafo y fs. 270, último párrafo).----------Al respecto resulta oportuno recordar el intento de enumeración de las causales de arbitrariedad de la sentencia esbozado por Carrió con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Federal. Así, en cuanto al objeto o tema de la decisión los fallos han sido descalificados por arbitrarios en razón de: 1) omitir considerar y resolver ciertas cuestiones oportunamente propuestas, 2) resolver cuestiones no planteadas. En cuanto a los fundamentos del decisorio, clasifica las causales de arbitrariedad en: A) aquellas que hacen al establecimiento del fundamento normativo entre: 3) las que fueron dictadas por jueces que, al dictarlas, se arrogaron el papel de legisladores y no se sintieron limitados por el orden jurídico; o 4) prescinden del texto legal sin dar razón plausible alguna; o 5) aplican preceptos derogados o aún no vigentes; o 6) dan como fundamento pautas de excesiva amplitud, en sustitución de normas positivas directamente aplicables; B) en cuanto al establecimiento del fundamento no normativo (o de hecho) entre sentencias que: 7) prescinden de prueba decisiva; o 8) invocan prueba inexistente; o 9) contradicen abiertamente otras constancias de los autos; C) en cuanto al establecimiento del fundamento normativo, del fundamento de hecho, o al tránsito de ellos a la conclusión, entre sentencias que: 10) hacen afirmaciones dogmáticas que sólo constituyen un fundamento aparente; o 11) incurren en excesos formalistas o rituales; o 12) son autocontradictorias. Finalmente en relación a los efectos del decisorio, han sido descalificadas por arbitrarias aquellas sentencias que: 13) pretenden dejar sin efecto decisiones anteriores firmes (conf. Carrió, Genaro R. y Carrió, Alejandro: “El recurso extraordinario por sentencia arbitraria”, Ed. Abeledo-
Perrot, 1983, Tº I, págs. 57/59).----------De la enumeración expuesta, y dado que la denunciada arbitrariedad en el decisorio se fundamenta en un aspecto relativo a la prueba, se alcanza a apreciar que no se endilga que se prescindiera de prueba decisiva, ni que se invocara prueba inexistente o que se contradijera abiertamente constancias de la causa. Lo que se enrostra a la sentenciante es que se omitió valorar ciertos aspectos de la prueba de informes, ya que se lo hizo de manera parcial y errónea, lo cual, en todo caso, debe ser objeto de análisis del agravio pero ello no conlleva la arbitrariedad del decisorio. Es cierto que adiciona que de esa manera se violó lo dispuesto por el art. 82 de la ley III N° 21. Ahora bien, dicha

norma dispone que los juzgados creados por la ley, entre ellos, los de Familia contarán con Equipos Técnicos Interdisciplinarios, mencionando el título profesional de quienes deben integrarlos, y en los dos últimos párrafos establece: *"Los equipos tendrán como funciones elaborar diagnósticos, pericias e informes sobre los asuntos sometidos a su consideración por el Juez de Familia, el Juez Penal y Contravencional de Niños y Adolescentes y los Ministerios Públicos. Las conclusiones de dichos equipos no serán vinculantes para los jueces, pero éstos deberán fundar su apartamiento de aquellas, bajo pena de nulidad, en caso de resolver en sentido adverso al sustentado por el equipo actuante".*----------

---De la norma transcripta se desprende que no se ha infringido la misma, en tanto lo que se achaca a la jueza es una apreciación parcial del informe del ETI, mas no haberse apartado sin fundamento. Por todo lo expuesto es que principio por descartar la denunciada arbitrariedad.- ----------

---3) Sentado lo anterior, es claro que la crítica de la recurrente radica en lo anteriormente mencionado, el análisis parcial de los informes del ETI y en el abordaje de la jueza con relación al ejercicio de la menor a ser oída (ver fs. 269 vta./270 vta.). La jueza de grado, al apreciar los informes del ETI consideró lo referido a que ambos progenitores presentan una postura rígida ante el conflicto familiar, depositando en los demás el sostenimiento de dicho conflicto, no evidenciando cambios propios o en la relación con los demás, que propicien una modificación en la estructura y dinámica familiar (ver sentencia a fs. 159 vta., 4to. párrafo); así como que C. se halla involucrada en el conflicto parental (ver sentencia a fs. 159 vta., 5to. párrafo).----------En el informe de fs. 80/81, del 28/05/15, se concluye que ambos progenitores sostienen una interacción disfuncional que se refuerza con la incomunicación que sostienen desde que la hija fue retirada del hogar materno por el padre, ambos presentan descalificaciones respecto del rol parental, no surgiendo la necesidad de ninguno de los adultos de promover el ejercicio de la coparentalidad (ver fs. 80 vta. "in fine"/81, 1er. párrafo). Atribuye a B. una conducta rígida que obstaculiza la capacidad de análisis y la promoción de cambios funcionales en el contexto de la relación parental y materno-filial, presentándose "desimplicado" en lo referente a la vinculación de su hija con la madre, depositando de manera exclusiva en la niña la decisión de retomar los contactos con la madre (ver fs. 81, 2do. párrafo). En cuanto a R. se menciona que evidencia una estructura de pensamiento rígido que hace que se remita permanentemente a cuestiones del pasado respecto a la crianza de los hijos y a promover cambios en pos de la revinculación con C. (ver fs. 81, 3er. párrafo). En lo que respecta a la niña, se destaca que se encuentra sobreinvolucrada en el conflicto de la pareja parental, adhiriendo al discurso paterno, efectuando manifestaciones negativas hacia su madre que no logra mantener con argumentos en el transcurso de la entrevista. Ha efectuado una alianza con su padre, destacando aspectos positivos en la interacción con el mismo, descalificando el accionar materno, proyectando

en la madre el origen y sostenimiento del conflicto familiar (ver fs. 81, 4to. párrafo). Finalmente se evaluó como recomendable que se trabaje, desde el espacio terapéutico de C., en función de promover una revinculación con su madre, así como que los adultos inicien tratamiento psicoterapéutico individual (ver fs. 81, 5to. párrafo). Las mismas profesionales, el 03/08/15, luego de mantener una nueva entrevista con C., reiteran la última recomendación aludida.----------

Por su parte a fs. 114/115 vta. obra informe del Servicio Social del Ministerio de la Defensa Pública del 29/07/15 que viene a confirmar que las tres hijas mujeres tienen una participación activa en los problemas entre sus padres, apareciendo así el conflicto de lealtades de los hijos. Se agrega que C. expuso su necesidad de protección hacia la figura de su padre, con quien logró apego positivo, quien además garantiza el desarrollo integral de C.. Asimismo el padre sostiene económicamente el tratamiento psicológico de la niña y asegura su asistencia y continuidad, contribuyendo así a la potencial revinculación de la menor con la madre (ver fs. 115 “in fine”/vta.).----------Es cierto que del informe del ETI se desprende que ambos padres permanecen en una posición rígida que se expresa en la estructura de pensamiento que los lleva a no poder superar el conflicto entre ellos y adoptar conductas dialoguistas y de apertura para comprender razones o argumentos ajenos. También que C. está sobreinvolucrada en este conflicto y que, evidentemente, ha adherido a la posición del padre, queriendo permanecer con él sin desear retomar el vínculo con su madre. Esto se evidenció en la audiencia de contacto personal con la niña en esta sede, según acta de fs. 291, sobre la que prefiero no explayarme en detalle dado que la misma ha sido

reservada.- ----------

---Es de recordar que la recurrente entiende que del informe del ETI se desprende que el padre impone su discurso a la menor y que el mismo obstruye la revinculación de C. con su madre, mientras que ella se encuentra en mejores condiciones para garantizar y asegurar el pleno desarrollo de la niña, con respeto hacia los deberesderechos del padre no conviviente. Debe recordarse que en materia de cuidado personal, la anterior custodia y más antigua tenencia de hijos, el art. 651 del C. Civil y Comercial dispone que a pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo. Dada la situación planteada en la especie, tanto por las pretensiones de las partes, la voluntad manifestada por la hija y la decisión apelada, la alternativa del cuidado compartido indistinto no resulta viable, al menos en esta etapa del tránsito del conflicto familiar.---------Ahora bien, el art. 653 del mismo código establece que “En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar: a) la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro, b) la edad del hijo, c) la opinión del hijo, d) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo. El otro

progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente". Como se puede apreciar, la recurrente considera la pauta establecida en el inc. a) dado que estima que ella es más idónea para que C. mantenga trato regular con el padre no conviviente. Mas ocurre que C. ha manifestado su deseo de permanecer con su padre (inc. c), y la jueza ha ponderado ello en razón de su edad (inc. b), así como mantener la situación existente (inc. d), dado que cabe recordar que C. habita con el padre desde octubre de 2014 por pedido de la misma, tal como se dejó constancia de su relato en el informe del Servicio Social a fs. 114 vta.. Por lo demás del informe referido surge que el padre sostiene económicamente el tratamiento psicológico de C., con lo que contribuye a la potencial revinculación de la niña con su madre (ver fs. 115 vta.), lo cual desmiente, o al menos pone en duda, lo expuesto por la apelante en cuanto a que el padre no favorece el contacto con el progenitor no conviviente. Esto último también refuerza la decisión de primera instancia en cuanto el otorgamiento del cuidado personal al padre no resulta disfuncional a la pauta indicada en el inc. a) del artículo mentado.- ----------

---Amén de todo ello, la otra gran crítica de la apelante al decisorio radica en que no se ha oído a la niña con apoyo interdisciplinario, tal como lo establece el art. 706, inc. b) del C. Civil y Comercial. Estrictamente la norma citada estipula que los jueces ante los cuales tramitan los procesos de familia deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario, lo cual se ha cumplido en la instancia de grado. Amén de ello es de tener presente que el 707 establece que *"Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso".* A ello cabe agregar que el art. 27 de la ley 26061 dispone que en todo proceso judicial o administrativo se debe garantizar, además de los derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, los tratados internaciones y las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos: *"…a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte".*----------

----En comentario a esta norma en cuestión se ha sostenido que la misma sienta las bases para poner en práctica el derecho de defensa de los niños y adolescentes, ya que regula distintos aspectos del debido proceso legal remitiendo, subsidiariamente, a los demás derechos contemplados en la Constitución, la CDN y demás instrumentos

internacionales suscriptos por nuestro país, como también a las leyes que en su consecuencia se dicten. El “derecho a la tutela efectiva” o “derecho a la jurisdicción” abarca todo el itinerario desde el acceso a la justicia hasta la conclusión del proceso, y tiene por objeto garantizar el acceso de las personas a una decisión justa, fundada y oportuna dictada por el órgano jurisdiccional habilitado constitucionalmente para ello (conf. Gil Domínguez, Andrés- Famá, María Victoria- Herrera, Marisa: “Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes”, Ed. Ediar, 2007, págs. 433/434).- ------En cuanto a los concretos derechos enumerados en la norma, con relación al derecho a ser oído, cabe añadir que el C. Civil y Comercial establece en su art. 26 que la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona (3er. párrafo), lo cual resulta completamente consistente con el art. 27 de la ley 26061. En comentario a este art. 27 se ha sostenido que se elimina cualquier discrecionalidad judicial o administrativa para determinar la conveniencia de oír al niño. A la luz de nuestro ordenamiento constitucional, y más aun luego de la sanción de la ley 26061, resulta arbitraria y discrecional una resolución judicial y administrativa en la que se hubiera decidido alguna cuestión concerniente al niño sin haber recabado su opinión mediante su intervención adecuada en el proceso. El ejercicio de este derecho requiere como paso previo ineludible y complementario el reconocimiento del derecho a ser informado, debe ser informado acerca del proceso que se debate. La comunicación deberá ser directa, de modo de conocer su opinión sin tamices ni filtros que puedan alterar de algún modo su sentido o contenido. Y directa en dos sentidos: desde el niño y desde el magistrado, ya que no cabe delegar en otras personas dicha comunicación. Por último, y en cuanto a los requisitos de operatividad, el efectivo ejercicio del derecho a ser oído implica ciertas condiciones mínimas espaciales para que el niño se sienta confortable en la entrevista, pueda explayarse con tranquilidad y vea resguardada la intimidad de sus dichos (conf. Gil Domínguez-Famá-Herrera, op. cit., págs. 443/448).- ----------En lo que se refiere al derecho a que se tomen primordialmente en cuenta sus opiniones y deseos conforme a su edad y madurez, se ha entendido que la opinión del niño debe ser tenida en cuenta, considerada, e integrar ineludiblemente la motivación de la decisión, sin perjuicio de que puede o no seguirse. Debe acreditarse desde el punto de vista argumental y de la prueba rendida en la causa que la opinión o posición del niño resulta dañosa para sus derechos. La sentencia no motivada en este sentido deviene en un acto de autoridad del mundo adulto. La evolución de las facultades a partir del crecimiento y la posibilidad o aptitud de formarse un juicio propio constituye el criterio de ponderación a la hora de decisión. Para ello será necesario dilucidar si las opiniones y deseos del niño son el producto de una expresión libre y autónoma y no el fruto de la manipulación de alguno de los progenitores o representantes. Es por eso que es preciso contar con un interlocutor suficientemente preparado que, con la ayuda interdisciplinaria de otros

profesionales especializados, resulte capaz de desentrañar la voluntad real del niño y neutralizar el riesgo de que éste se vea en un conflicto de lealtades que lo convierta en árbitro de los problemas de los adultos (conf. Gil Domínguez-Famá-Herrera, op. cit., págs. 449/450).- ----------

---Las consideraciones expuestas no hacen más que reforzar la confirmación de la sentencia, dado que, reitero, la opinión de C. ha sido debidamente escuchada y valorada. Ello no implica que no exista influencia del progenitor en su opinión, mas ya se ha señalado que el padre está sosteniendo el espacio terapéutico que permita a la niña concretar la revinculación con su madre. Es más, ambos progenitores, en la audiencia celebrada en esta sede el 05/11/15 (ver fs. 244/vta.) acordaron que la revinculación de C. con la madre se realice en el ámbito psicoterapéutico de la niña, lo cual fue homologado. Y en la audiencia de fs. 292/vta. se requirió la remisión del informe de la psicóloga tratante de C.. El mismo fue agregado a fs. 296, y es de fecha 03/03/16, amén de adjuntarse a fs. 295 un informe anterior del 22/11/15. La profesional expresa que la menor sigue negándose a la revinculación con la madre y al hablar de su madre, lo hace casi de manera obligada, lo cual le genera angustia y enojo. Se le dio como consigna recordar momentos felices de su infancia como aspectos positivos de la relación, mas siempre surgen relatos de momentos vividos angustiosos. Añade que nunca recibió los informes trimestrales que pidió a los profesionales tratantes de ambos padres, siendo indispensables para avanzar con el proceso, especialmente respecto de la madre que es quien desea la revinculación. Señala que en las entrevistas con la madre, se evidencia de parte de la misma no reconocimiento de error y proyección de la problemática. A su vez se indica que el padre necesita trabajar sobre las puestas de límites firmes y poder propiciar con la palabra a la madre de C.. Vuelve sobre la entrevista con la madre, señalando que mostró ambivalencia en el discurso, que en un primer momento reconoció dificultades relacionadas con su rol materno, pero luego se mostró agresiva y querellante, cuestionando el espacio terapéutico y a la informante como profesional, se cerró a la escucha, interrumpiéndose el diálogo. Es así que se concluye que no están dadas las condiciones para volver a tener otra entrevista y entablar el diálogo y la comunicación, dado que no hay capacidad de escucha, no haciéndose cargo de las fallas en la función materna, proyectando toda la conflictiva al profesional tratante, por lo que solicita la derivación del caso.----------

----------Esto último corrobora que si no están dadas las condiciones para que la profesional tratante de C. entable un diálogo con R., menos aun están para comenzar la revinculación de la menor con su madre, y huelga decirlo, menos aun para que C. quede al cuidado personal unilateral de la apelante. Todo este razonamiento no hace más que reafirmar que procede rechazar el recurso y confirmar el decisorio. Añadiré una última argumentación. La recurrente mencionó entre los motivos de sus agravios el interés superior del menor. Al respecto cabe decir que el art.

3 de la ley 26061 establece que se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías en esta ley, destacando que en particular importa el respeto, entre otras cuestiones, del pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; y a su centro de vida, entendiéndose por tal el lugar donde los mismos hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Ahora bien, el interés superior del niño se presenta como un estándar jurídico que aparece para obtener una armoniosa integración entre la regla de derecho y la decisión judicial como una medida social correctora, la cual encierra un contenido empírico, que vive de las circunstancias, de los hechos, y por ello es flexible, adecuado a las cambiantes modalidades de la vida del derecho. Asimismo este concepto representa el reconocimiento del niño como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Esto significa que, resultará en su interés, toda acción o medida que tienda a respetar de manera efectiva sus derechos. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. El principio proporciona una pauta objetiva que permite resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado y la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el niño (conf. Gil Domínguez-Famá-Herrera: “Derecho Constitucional de Familia”, Ed. Ediar, 2006, T° I, págs. 44/45).----------

---Es obvio que el interés superior del niño es el principio por excelencia que habrá que considerar en cualquier debate en torno a la cuestión de la tenencia o custodia. Ello se encuentra positivizado en el art. 3, inc. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Y concretamente el art. 3 de la ley 26061, dispone como contenido de este principio el respeto al *“derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta”* (inc. b) y al respeto de *“su edad, grado de maduración, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales”* (inc. d). Al respecto se ha considerado que si el interés superior del niño implica necesariamente el reconocimiento de sus derechos, no es posible decidir a la luz de dicho interés sin permitir que el niño ejerza el que constituye el eje central de tal sistema de derechos: el derecho a expresar su opinión. De lo contrario, los intérpretes estarían asumiendo una suerte de poder omnímodo y paternalista, ajeno a un Estado Constitucional de Derecho que debe garantizar el debido proceso y la adecuada defensa en juicio (art. 18 de la Const. Nacional) (conf. Gil Domínguez-Famá-Herrera: “Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes”, ya citada, págs. 92/93).----------

---En dicho sentido se ha señalado que “en esta búsqueda de la mejor solución posible, es evidente que la opinión del menor no puede ser pasada por alto, debido a que puede resultar un indicador válido de cuál es su interés”. Y más enfáticamente, se ha subrayado

que “Para determinar el superior interés del niño es imprescindible recabar su opinión en cuanto sujeto de derecho, lo que a esta altura de la evolución de la doctrina es una afirmación que se demuestra por sí misma. Sin tener en cuenta la opinión del niño, la invocación de su interés superior será un acto puramente paternalista. El niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior”. Es que, sin considerar los deseos y sentimientos del niño al momento de definir o dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico, deviniendo únicamente en un acto de autoridad o más bien de autoritarismo proveniente del mundo adulto. La síntesis de los principios reconocidos por la ley y que encuentran su fuente inmediata en la CDN lleva a solucionar el dilema planteado trazando una especie de “curva” ascendente de decidir de conformidad con sus deseos y opiniones. El resultado de esta ecuación es el siguiente: a mayor desarrollo o madurez del niño, mayor “peso” tendrá su opinión a la hora de delimitar o definir su interés superior (conf. Gil Domínguez-Famá-Herrera: “Ley de Protección…”, págs.
93/94).- ----------

---A la luz de todo lo expuesto, cabe concluir que el interés superior de su hija tal como lo invoca la apelante, resulta un concepto vaciado y totalmente separado de la opinión de la niña, no existiendo en la causa elementos fehacientes, por el contrario, que permitan determinar que dicho interés, en esta etapa de la relación materno-filial, imponga desatender la opinión y deseos expresados por C.. A la luz de los conceptos vertidos, no se aprecia que la decisión apelada, de acuerdo a la situación y antecedentes considerados sea inconveniente para el interés superior de la menor, por el contrario importa la solución que mejor se compatibiliza con el mismo, sin perjuicio de eventuales cambios que pudieran resultar convenientes en el futuro de acuerdo a la
evolución de la dinámica familiar.- ----------

---En definitiva, por los motivos expuestos, postulo al acuerdo el rechazo del recurso y la consecuente confirmación del decisorio.----------

III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se confirme el fallo en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas en la Alzada a la demandada apelante (conf. arts. 98 de la ley III N° 21, y 69 del CPCC). Propongo asimismo, teniendo en cuenta el resultado del pleito, así como la extensión y mérito de las tareas desempeñadas en esta sede, regular los honorarios de las letradas patrocinantes de la recurrente, actuantes en esta instancia, Dras. M. A. O., M. Z., M. J. B. y N. G. C., en conjunto, en la suma equivalente a diez (10) Jus; y los de la letrada patrocinante del actor, Dra. R. L., en la equivalente a doce (12) Jus; en ambos casos con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 7, 9, 13, 46 y concs. de la ley XIII N° 4).----------

----------Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Vergara dijo:----------

---1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 165, que fuera concedido libremente a fs. 166, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 156/160 que otorgó el cuidado personal unilateral de la niña C. B. a su progenitor E. O. B., con imposición de costas por su orden.----------La expresión de agravios luce a fs. 269/271 y vta.; el traslado conferido a fs. 275 fue contestado por su contraria a fs. 280/284, las actas de la audiencia ordenada conforme al art. 130 de la Ley III N° 21 obran a fs. 291 y 292/vta., la Asesoría de Familia produjo su dictamen a fs. 300/301, y la relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. De Cunto, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones, sin perjuicio de las consideraciones que en su caso corresponda realizar. ----------2. Al contestar el traslado conferido a fs. 275 la actora sostiene que la demandada se limita a efectuar apreciaciones de opinión sin criticar el fallo, por lo que no se advierte un ataque a los argumentos que sustentaron la sentencia. Agrega que la recurrente repite apreciaciones efectuadas en la contestación de la demanda y en los alegatos, por lo que considera que la pieza recursiva es un mero disenso. ----------Al respecto, la lectura de la expresión de agravios permite señalar que aún cuando la apelante reitera lo expuesto en su alegato (ver fs. 271) cabe expresar que la deserción de los recursos debe interpretarse con criterio restrictivo en razón de la garantía de defensa en juicio. En caso de duda sobre si debe decretarse o no la deserción del recurso por no contener el escrito que lo debía traducir los requisitos exigidos por la ley, debe seguirse un criterio amplio a favor del recurrente, dado la gravedad de la consecuencia que significa la declaración de deserción (Loutayf Ranea, Roberto G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1998, T. 1, par. 101, págs. 275/276). Y en ese contexto, estimo que la queja desarrolla una línea argumental que contiene un mínimo de suficiencia técnica al impugnar la ponderación de los informes del ETI obrantes a fs. 80/81 y 118, lo que autoriza a ingresar al estudio de la pieza recursiva. ----------

----Por ello, y sin perjuicio del resultado que puedan alcanzar las impugnaciones efectuadas, se rechaza la petición formulada por la actora a fin de que se declare la deserción del recurso de apelación deducido por la demandada. ----------

----3. Coincidiré con el Dr. De Cunto que a pesar de que la accionante en su escrito de contestación enumera dos agravios estimo que la manifestación de la recurrente acerca de que la sentencia es arbitraria no se erige como un agravio distinto pues dicha impugnación se sustenta a su entender en que el error del juzgador consiste en haber apreciado de manera parcial los informes del ETI al omitir analizar de manera total esa prueba ya que tomó sólo algunos párrafos de los mismos. ----------

---Sobre el particular, debo señalar que la Corte Suprema a partir de mediados de los años 50 y a mérito de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias se permitió conocer y revocar determinadas sentencias, extraordinarias por cierto, dictadas por la justicia ordinaria en aplicación del derecho común y, más tardíamente, local, que resultasen apeladas ante sus estrados en los términos del art. 14 de la ley 48. Y tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia de la Corte Suprema se han encargado de ofrecer una clasificación de las diversas e incontables causales de arbitrariedad (Alberto Antonio Spota (h), “Recurso Extraordinario Federal y Arbitrariedad de Sentencia”, en “Derecho Procesal Constitucional”, Manili (coordinador), Editorial Universidad, 2005, págs. 372, 374 y sig.). En tal sentido, las sentencias que no constituyen una derivación razonada del derecho aplicable constituyen sentencias arbitrarias (C.S.J.N. Fallos 236:27; 261:263; SCBA, Ac. y Sent. V. III, p 358). Para que la sentencia sea descalificable por arbitrariedad debe demostrarse que la operación intelectual desarrollada en el proceso de formación de la sentencia, que ella exterioriza, carece de bases aceptables con arreglo a los preceptos legales que gobiernan la valoración de las probanzas, no siendo suficientes las meras discrepancias subjetivas (SCBA, Ac. y Sent., 1977, v. II, p. 193 y 198; 1978, v. I, p. 340; 1978, v. II, p. 374). Y con referencia al recurso extraordinario federal, la Corte Suprema precisó que la tacha de arbitrariedad reviste carácter estrictamente excepcional y no tiene por objeto corregir en tercera instancia decisiones equivocadas o que se reputan de tales, sino que atiende a supuestos de gravedad extrema en los que media un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso o una absoluta carencia de fundamentación (Fallos 307:74; 302:189; 303:890). Por eso, las discrepancias con respecto a la valoración de la prueba y a la interpretación del derecho por los jueces de la causa no comportan impugnación atendible de arbitrariedad (Fallos 262:140). La doctrina sobre arbitrariedad de sentencias no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideren tales sino que atiende solamente a supuestos de excepción en los que, fallas en el razonamiento lógico en que se sustenta la sentencia o una manifiesta carencia de fundamentación normativa, impiden considerar al pronunciamiento apelado como un acto jurisdiccional válido (C.S.J.N. Fallos 304:279 y 1546). La doctrina de la arbitrariedad sólo tiende a cubrir defectos realmente graves de fundamentación o razonamiento que impiden considerar a la sentencia recurrida como acto jurisdiccional (Fallos 304:375). Una sentencia equívoca sólo será arbitraria si es tan grosera que aparece como algo inconcebible dentro de una racional administración de justicia (C.S.J.N. Fallos 247:713). Y en materia de arbitrariedad el S.T.J. sostuvo que “es menester demostrar acabadamente que el razonamiento empleado por el juzgador fue afectado por un error grave y manifiesto que ha derivado en conclusiones contradictorias e incoherentes en el orden lógico formal e insostenible en la discriminación axiológica (Cfr. S.C.B.A., Ac. 52.233-S, 7/3/95 y Ac. 57.426-S, 5/3/96)” (del voto del Dr. Pasutti, en autos “Asesor Civil de Familia c/Estado

ProvincialSecretaría de Salud de la Pcia. del Chubut s/Acción de Amparo" (Expte. N° 20.637-A2006), S.R.E. 18/2006, del 08/11/2006). "La procedencia de la tacha de arbitrariedad requiere un apartamiento inequívoco de la situación normativa prevista para el caso o una absoluta carencia de fundamentación (SI. 72/89, 58, 96, 101/90, 176, 223/92)" (del voto del Dr. Torrejón, en autos "T.C.C. S.R.L. c/Transcable S.A. s/Cumplimiento de Contrato" (Expte. N° 17.833-T-2000), S.R.E. 1372001, del 15/06/2001).----------Con tales pautas, no observo que la valoración probatoria efectuada por el sentenciante carezca de sustento o derive en conclusiones contradictorias, por lo que descarto que sea un supuesto de sentencia arbitraria y menos aún de interpretación

arbitraria.----------

---Asimismo, ante la expresión vertida en el sentido que se violó el art. 82 de la Ley III N° 21, debe señalarse que dicha norma establece que los Juzgados creados por esa ley contarán con Equipos Técnicos Interdisciplinarios permanentes. Y en el segundo y tercer párrafo contempla que: "Los equipos tendrán como funciones elaborar diagnósticos, pericias e informes sobre los asuntos sometidos a su consideración por el Juez de Familia, el Juez Penal y Contravencional de Niños y Adolescentes y los Ministerios Públicos. Las conclusiones de dichos equipos no serán vinculantes para los jueces, pero éstos deberán fundar su apartamiento de aquellas, bajo pena de nulidad, en caso de resolver en sentido adverso al sustentado por el equipo actuante".----------Por lo tanto, claro resulta que no se violó tal disposición pues la impugnación se centra en que el juzgador efectuó una apreciación de manera parcial de los informes del ETI, por lo que no se trata de un supuesto en que la sentencia se apartó de las conclusiones del ETI sin brindar fundamento, por lo que se rechaza categóricamente la

arbitrariedad invocada.----------

---4. Paso ahora a considerar la impugnación de la apelante en cuanto se refiere a que hubo una apreciación parcial y errónea de los informes del ETI y en el análisis en materia del ejercicio del derecho del niño a ser oído.----------

----En tal sentido, la Sra. Juez de la anterior instancia a fs. 159 vta., cuarto y quinto párrafo, valoró los informes del ETI y consideró que: ***Así, del informe del Equipo Técnico Interdisciplinario se desprende el actual posicionamiento de las partes respecto de la conflictiva familiar, resaltan las profesionales que ambos progenitores presentan una postura rígida ante el conflicto, depositando en los demás el sostenimiento de la conflictiva familiar, no evidenciando cambios propios o en la relación con los demás, que propicien una modificación funcional en la estructura y dinámica familiar. Actualmente C. reside junto a su progenitor quien, con el apoyo de su hija F., se encarga del cuidado de su hija prenombrada, la niña no mantiene contacto con su progenitora desde que fuera retirada por el Sr. B. del hogar materno en el mes de Octubre de 2014. Asimismo, el informe***

señalado ratifica lo oportunamente percibido al momento de mantener contacto personal con C., esto es, el involucramiento de la misma en la conflictiva parental.----------

---Y del informe del ETI de fs. 80/81 surge como conclusión que: “De las intervenciones realizadas se evalúa que los Sres. B.-R. sostienen una interacción disfuncional, que se refuerza con la incomunicación que sostienen desde que la hija fue retirada del hogar materno por su padre. Ambos presentan descalificaciones respecto del rol parental, no logrando analizar aspectos personales que coadyuvan al sostenimiento del conflicto. En ese contexto, no surge la necesidad de ninguno de los adultos de promover el ejercicio de la coparentalidad” (fs. 80 vta./81, último y primer párrafo, respectivamente). Señala también que: “El Sr. B. sostiene una conducta rígida que obtura la capacidad de análisis y de promover cambios funcionales en el contexto de la relación parental y materno-filial. Evidencia contradicciones entre lo que transmite verbalmente y sus acciones, se presenta desimplicado en lo referente a la vinculación de su hija con la Sra. Rivera, depositando de forma exclusiva en C. la decisión de retomar los contactos con su madre” (fs. 81, segundo párrafo). Agrega que: “La Sra. R. niega la existencia de situaciones de maltrato hacia su hija C. … No reconoce aspectos de su personalidad y de interacción con el grupo familiar que pudieran haber afectado el vínculo que sostiene en la actualidad con sus hijos. En este punto evidencia una estructura de pensamiento rígido, que hace que se remita permanentemente a cuestiones del pasado en relación a la crianza de sus hijos, y en consecuencia a promover cambios en pos de la re vinculación con C.” (fs. 81, tercer párrafo). En cuanto a la menor concluye que: “Se observa que C. se encuentra sobreinvolucrada en el conflicto de la pareja parental, presentando adherencia al discurso paterno, así como manifestaciones negativas hacia su madre que no logra sostener con argumentos en el transcurso de la entrevista. Se infiere que C. ha establecido una alianza con su padre, proyectando en su madre el origen y sostenimiento del conflicto familiar. Sobrevalora la conducta paterna, destacando aspectos positivos en la interacción con el mismo, y descalificando el accionar materno. Evidencia resistencias a los señalamientos profesionales en pos de modificar la relación que sostiene con su madre, planteando su negativa a retomar los contactos con la misma” (fs. 81, cuarto párrafo). Destaca por último que: “En función de lo expuesto en el presente informe, respecto de la conflictiva parental y materno filial, se evalúa como recomendable que desde el espacio terapéutico de C., se trabaje en función de promover una re vinculación con su madre. Asimismo, resulta importante que los adultos inicien tratamiento psicoterapéutico individual” (fs. 81, quinto párrafo). Asimismo, el nuevo informe del ETI presentado a fs. 118 reitera la recomendación formulada en la parte final del anterior informe. ----------

---También a fs. 114/115 y vta. luce el informe del Servicio Social del Ministerio de la Defensa Pública de fecha 29 de julio de 2015 en el que se concluye que de los relatos

de F., L. y C. surge su participación activa en los problemas entre sus padres, y así aparece el conflicto de lealtades de los hijos, respecto a cada uno de sus padres, punto que es uno de los aspectos sobresalientes de los divorcios destructivos. Se señala con relación a C. que expuso su necesidad de protección hacia la figura con la cual logró apego positivo que es su padre, agregando que el Sr. B. garantiza el desarrollo integral de C. al ofrecer una vida cotidiana armónica y es además la persona que sostiene económicamente su tratamiento psicológico y asegura su asistencia y continuidad, contribuyendo así a la potencial revinculación de la niña con su madre. ----------

---------- No omito considerar que el ETI en su informe da cuenta que el Sr. B. y la Sra. R. presentan descalificaciones respecto del rol parental, y que el padre sostiene una conducta rígida que obtura la capacidad de análisis y de promover cambios funcionales en el contexto de la relación parental y materno filial, en tanto que la madre niega la existencia de situaciones de maltrato lo que evidencia una estructura de pensamiento rígido que impide promover cambios. Sin embargo, a pesar de que C. se encuentra sobreinvolucrada en el conflicto de la pareja parental y que se adhirió al discurso paterno al establecer una alianza con su padre, lo cierto es que en definitiva desea permanecer con él evitando retomar el vínculo materno. Este deseo de la menor de continuar con su padre se reiteró en esta instancia en la audiencia celebrada a fs. 291 ya que al tomar contacto personal con la niña ésta expresó en forma categórica querer seguir viviendo con su padre y no estar dispuesta a intentar revincularse con su madre, no resultando adecuado explicitar las razones expuestas por C. ya que se dispuso la reserva del acta, conforme surge de la citada fs. 291. ----------Cabe aquí señalar que la apelante estima que del informe del ETI resulta que el Sr. B. impone su discurso a la niña, agregando que si bien se encuentra sumamente involucrada en la conflictiva parental, lo cierto es que se apropia del discurso paterno (fs. 269 vta., penúltimo párrafo). Por eso considera que la Sra. Juez decidió erróneamente que el Sr. B. es la persona idónea para ejercer el cuidado personal de C. (fs. 270, primer párrafo), cuando ella es quien se encuentra en mejores condiciones de garantizar y asegurar el pleno desarrollo y crecimiento armónico de la niña (fs. 270 vta., quinto párrafo). Y acerca del cuidado personal del hijo el art. 651 del C.C. y C. establece que: “A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo”. En ese contexto, teniendo en cuenta la situación existente en la presente causa frente a las pretensiones deducidas por ambas partes, el deseo expuesto por la menor y el alcance de la sentencia en crisis, es evidente que el sistema de cuidado compartido indistinto no es posible en esta etapa del conflicto. Con ese alcance, debo tener en cuenta lo previsto por el art. 653 del citado ordenamiento en materia de cuidado personal unilateral al prescribir “En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez

debe ponderar: a) la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro; b) la edad del hijo; c) la opinión del hijo; d) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo. El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente". De tal modo, la quejosa estima aplicable la pauta establecida en primer lugar (inc. a) ya que considera que es la persona que se encuentra en mejores condiciones para que la menor mantenga un trato regular con el padre. Pero lo cierto es que C. expresó categóricamente su deseo de permanecer conviviendo con su padre (inc. c), y la jueza valoró la voluntad de la menor atendiendo a su edad por contar con 12 años y su grado de madurez (inc. b), y asimismo tuvo en cuenta el mantenimiento de la situación existente (inc. d) (ver sentencia, fs. 160, segundo y tercer párrafo), pues la niña en octubre de 2014 solicitó a su padre convivir con él según surge de su relato (informe del Servicio Social, fs. 115 vta.). A ello agrego que el citado informe en sus conclusiones indica que el Sr. B. sostiene económicamente el tratamiento psicológico de C. y asegura su asistencia y continuidad, contribuyendo así a la potencial revinculación de la niña con su progenitora (ver fs. 115 vta., último párrafo). En tales condiciones, la manifestación vertida por la recurrente en el sentido que el padre no contribuye a facilitar el contacto con ella no se encuentra debidamente acreditado, lo que robustece el decisorio apelado en lo que hace a otorgar el cuidado personal en forma unilateral a favor del padre, conforme a la primera de las pautas mencionadas por el referido art. 653 del C.C. y C. Así se expresa que en el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo -que tienen los dos progenitores ejercientes de la responsabilidad parental- deba ser unilateral, se faculta al juez a ponderar, para su atribución o cambio, la actitud de los padres, la edad y opinión del hijo y el respeto al centro de vida del menor (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y LLoveras, Nora, *Directoras*, "Tratado de Derecho de Familia", Rubinzal – Culzoni Editores, 2014, T. IV, pág. 134).------Tocante a la queja formulada por entender que no se ha oído a la menor con apoyo multidisciplinario (art. 706, inc. b, CCyC), debe señalarse que dicho artículo establece en su inciso b) que los jueces ante los cuales tramitan estas causas (procesos de familia) deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. A su vez, el art. 707 prescribe que: "Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso". Y el art. 27 de la ley 26.061 establece que en cualquier procedimiento judicial o administrativo que afecte a las niñas, niños y adolescentes deberá garantizarse "… además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internaciones ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que

su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte". Y en cuanto al derecho de defensa de los niños y adolescentes que consagra el citado art. 27 se expresa que tradicionalmente, cuando se hacía referencia a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en materia de derechos del niño, se agotaba su tratamiento a la esfera penal. En la actualidad, nadie niega que el tema resulta de vital importancia también en materia civil. Evidentemente, para lograr un reconocimiento efectivo de los derechos del niño, constituye una responsabilidad esencial del Estado acordar al niño una auténtica tutela judicial efectiva (Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, "Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes – Ley 26.061", EDIAR, 2007, págs. 433/434). En lo que hace a los derechos del niño consagrados en el art. 27, incisos a), b), c) y d) se sostiene que se desprende la imperiosa participación personal del niño en los procesos que lo afecten, de manera que se extenderá a todos los casos en que se debaten cuestiones que le atañen de modo directo, como por ejemplo cuando se discute su guarda, el régimen de comunicación con alguno de sus padres, etcétera. En cuanto a la ley 26.061, cabe destacar que el art. 27, inc. a, dispone que entre los derechos y garantías que asisten al niño, está el de "ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite". En consecuencia si media un requerimiento formal del niño o adolescente, el juez no tendrá opciones y deberá tomar contacto *directo* con aquél. Bien se dijo que, de lo contrario, la omisión acarreará la nulidad de lo actuado. No obstante, el contacto directo Juez-niño no puede hacerse de cualquier manera. Con acierto se dijo que aquél debe cumplir mínimamente exigencias de capacidad y entrenamiento, porque una adecuada entrevista puede ser decisiva para una recuperación de la confianza de un niño víctima. En cuanto al método en sí, y desde el ángulo de los estudiosos del psicoanálisis, se ha enseñado que al niño hay que hablarle mirándolo a los ojos y, sobre todo, usando pocas palabras bien pronunciadas. Palabras simples, nada de largos discursos, y "hablar con el corazón, libremente, con emoción y autenticidad". En lo referente al derecho del niño a ser oído se podría agregar a modo de resumen, que la escucha puede ser directa o indirecta (salvo los casos que sea el propio niño quien pida la entrevista con el Juez). Para nuestro criterio, en suma, el tema debe plantearse en los siguientes términos: tanto el derecho del niño a ser oído, como la garantía que tiene de participar activamente en el proceso, debe verificarse cualquiera fuese su edad. Esta conclusión surge nítidamente de la ley 26.061, que en ninguna de sus normas condiciona las mentadas labores al suficiente juicio, madurez o desarrollo del niño. Vale decir, que no corresponde efectuar diferenciaciones que la propia ley no

realiza. La situación cambia cuando se trata de analizar el grado de recepción que los planteos del niño tendrá en el tribunal, pues aquí sí media una directiva legal; la cual es “que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo” (art. 24, inc. b). Refiriéndonos ahora en concreto a la intervención procesal propiamente dicha … La intervención del abogado del niño implicará, como bien se ha dicho, que su posición se considere de manera distinta y sin que sea arrastrada por las otras, ya que sobreviene “un nuevo interés autónomo, y de directa atención por el órgano jurisdiccional”. El sentido de su admisión reside en que, de lo contrario, de nada valdría el derecho de ser oído “si no se lo puede ejercer de modo útil y eficaz”. La directiva legal, que garantiza al niño su derecho a “participar activamente en todo el procedimiento” (art. 27, inc. d) implica que podrá intervenir en la causa sin limitaciones discriminatorias, por lo que estimamos que deberá revestir la calidad de parte y, como tal, con derecho a plantear en el escrito constitutivo del proceso una fórmula diferente a la de sus progenitores, ofrecer prueba y llevar a cabo todos los demás actos que se estimen pertinentes (conf. Mizrahi, Mauricio Luis, “V. La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061”, en “Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes: análisis de la Ley N° 26.061”, compilado por García Méndez, Emilio, Editores del Puerto, 2006, págs. 74/80). Por otra parte, con relación al derecho a participar activamente en el proceso debe tenerse en cuenta el grado de madurez del menor y en esa dirección se precisa que: “Ahora bien. La aplicación de estos parámetros generales a la luz del principio de la autonomía progresiva receptado por la CDN y la ley 26.061 permite concluir que la capacidad para obrar, es decir, la facultad de ejercer por sí sus derechos, no se encuentra atada a límites etáreos, sino a la valoración de la madurez y desarrollo del niño en cada etapa de su vida. Lo mismo cabe decir, pues, de la capacidad procesal o la posibilidad de ser parte en el proceso. O sea, a diferencia del derecho a ser oído, que resulta un derecho para el niño y un deber para el interlocutor cualquier sea su edad, la participación activa en el proceso o el derecho a revestir la calidad de parte -con las consecuencias procesales que ello implica- resulta exigible una vez alcanzado cierto grado de madurez y desarrollo, que será evaluado con prudencia por quien deba resolver la contienda en la que se encuentre involucrado el niño. Ello no es óbice para pensar en una postura legislativa intermedia que intente limitar la discrecionalidad de los organismos -administrativos o judicial- intervinientes. Nos referimos a la posibilidad de que una norma establezca una edad determinada, pero al solo efecto de constituirse en una pauta indicativa de “mínima” (Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, ob. cit., págs. 453/456). También destaco que el art. 26 del C.C. y C. en su tercer párrafo dispone que la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona, acorde con lo previsto por el art. 27 de la ley 26.061. Y respecto de esta última norma, reitero lo expuesto por el Dr. De Cunto, al expresarse

que tras la sanción de la ley 26.061 se elimina cualquier discrecionalidad judicial o administrativa para determinar la conveniencia de oír al niño. Es decir, a la luz de nuestro ordenamiento constitucional, y más aún luego de la sanción de la ley 26061, resulta arbitraria y discrecional una resolución judicial o administrativa en la que se hubiera decidido alguna cuestión concerniente al niño sin haber recabado su opinión mediante su intervención adecuada en el proceso. En primer término, el ejercicio de este derecho requiere como paso previo ineludible y complementario el reconocimiento de otro derecho, el derecho a ser informado. En segundo lugar, la comunicación deberá ser directa, de modo de conocer su opinión sin tamices o filtros que puedan alterar de algún modo su sentido o contenido. Y directa en dos sentidos: a) desde el niño, pues no basta con escucharlo a través de sus representantes legales, y b) desde el magistrado o interlocutor administrativo, en tanto la entrevista debe ser personal y en principio no cabe delegarla en otras personas. Por último, y en cuanto a los requisitos de operatividad, el efectivo ejercicio del derecho a ser oído implica ciertas condiciones mínimas espaciales para que el niño se sienta confortable en la entrevista, pueda explayarse con tranquilidad y vea resguardada la intimidad de sus dichos (Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, ob. cit., págs. 443/448). ----------

---Por lo demás, a mayor abundamiento también destaco que en materia de adopción la pauta de madurez y desarrollo se encuentra actualmente contemplada por el art. 608, inciso a), del Código Civil y Comercial de la Nación al disponer que el procedimiento de declaración judicial de la situación de adoptabilidad requiere la intervención con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada. Y en ese aspecto se indica que los niños y adolescentes deben ser escuchados en todo proceso, pero además, y el Código cumple ese derecho con mayor intensidad, al establecer que si el niño o adolescente sobre el cual se está decidiendo la posible adoptabilidad cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, éste interviene con la mayor participación que se puede tener en un proceso: ser parte. ¿Y si no alcanza tal desarrollo madurativo? Rige el principio general que establece el art. 707 mencionado: la escucha directa por parte del juez y su equipo interdisciplinario (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y LLoveras, Nora, Directoras, ob. cit., 2014, T. III, págs. 263/264).----------

---En ese contexto, las pautas antes señaladas permiten concluir que la sentencia con acierto consideró la opinión de la menor al ser adecuadamente oída y valorada. Además, ambos padres en la audiencia cumplida el 05/11/2015 formularon acuerdo a fin de que la revinculación de C. con su madre se realice en el ámbito psicoterapéutico de la menor, acuerdo que fuera homologado (ver fs. 244 vta.). A su vez, en la audiencia celebrada el 13/04/2016 se dispuso librar oficio a fin de que se remita el informe presentado por la licenciada Vercellone (ver fs. 292 vta.), y agregado el mismo a fs. 296 dicha profesional con fecha 03/03/2016 manifestó que la menor sigue negándose no sólo a la revinculación

sino a hablar de su madre, que lo hace casi de manera obligada, lo cual le genera mucha angustia y enojo. Se trabajó sobre los aspectos positivos, intentando que recordara momentos felices de su infancia, pero siempre surgen relatos de momentos vividos angustiosos. Agrega que se pidieron informes trimestrales de los profesionales tratantes de ambos padres, los cuales nunca recibió, y que se requerían como condición indispensable en este proceso, en especial el de la mamá que es quien desea la revinculación y en la cual se pudo observar en las entrevistas no reconocimiento de error y proyección de la problemática. También sostiene que el papá necesita trabajar sobre las puestas de límites firmes y el poder propiciar con la palabra a la mamá de C.. Añade con relación a una entrevista con la madre que mostró ambivalencia en el discurso, en un primer momento reconoció dificultades relacionadas con su rol materno, y en un segundo momento agresiva y querellante, cuestionando el espacio terapéutico y a la profesional, cerrada a la escucha e interrumpiéndose el diálogo. Concluye que no están dadas las condiciones para volver a tener otra entrevista, entablar diálogo y comunicación ya que no hay capacidad de escucha, no haciéndose cargo en las fallas de la función materna, proyectando toda la conflictiva al profesional tratante, por lo que solicita la derivación del caso.----------Este último informe confirma que si no están dadas las condiciones para que la profesional tratante de la menor tenga otra entrevista con la Sra. R., mal puede considerase que están dadas las mismas para iniciar la revinculación de C. con su progenitora, y tampoco para que el cuidado personal de la menor se otorgue de modo unilateral a la recurrente. Tales razones conducen a rechazar el recurso de apelación y confirmar el fallo apelado. ----------Sólo agregaré ante la mención que se realiza acerca del interés superior del niño (art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño) que se señala que concebimos el interés superior del niño como un “estándar jurídico”, es decir, en la concepción de POUND, como una “medida media de conducta social correcta”, la cual encierra un contenido empírico que vive de las circunstancias, de los hechos, y que, por ello, es flexible, adecuado a las cambiantes modalidades de la vida del derecho vivido, que significa esa conducta humana constitutiva de una media” social correcta. Magistralmente, enseñó HAURIOU que la regla de derecho reviste caracteres de generalidad e importa una justicia abstracta, en tanto el estándar constituye una justicia más particularizada y es un elemento cambiante, modificable, evolutivo, todo de acuerdo con las circunstancias. Tal flexibilidad y cambio representa, en el derecho, su elemento de movilidad. Es precisamente para obtener la armoniosa integración entre ambas parcelas de lo jurídico que aparecen los “estándares”, entre los que encontramos el “interés superior del niño” como límite autonómico de la voluntad decisoria, con caracteres cambiantes, flexibles, evolutivo y ceñido a las contingencias particulares (D’ Antonio, Daniel Hugo, “Convención sobre los Derechos del Niño”, Astrea, 2001, par. 5, págs. 45/46 y 47, respectivamente). En esa misma dirección se sostiene que el término

en análisis es flexible, toda vez que permite y exige a su vez, en cada caso puntual, calificarlo y redefinirlo, atendiendo a las particularidades de la situación. Así, el interés del niño dependerá de circunstancias específicas. Esta particularidad obliga los órganos de aplicación, ya sea la administración o el Poder Judicial, a asumir la importantísima tarea de "descubrir" qué curso de acción llevará a la defensa del interés superior del niño en cada caso particular. Lo que la Convención establece es, precisamente, que resultará obligatorio para esos agentes la búsqueda que lleve a ese "descubrimiento" de qué es lo que mejor resguarda el interés superior del niño (Weinberg, Inés M., Directora, "Convención sobre los Derechos del Niño", Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, págs. 101/102). A su vez, respecto de la ley 26.061 se expresa que su art. 3 señala y concreta que a los efectos de la presente se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Brinda asimismo algunas pautas de interpretación que se condicen con ciertas elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales desarrolladas en los últimos años, como el grado de madurez, la capacidad de discernimiento y demás condiciones personales de niños o adolescentes. El avance que supone el nuevo contenido que otorga la ley es sustancial ya que abre el camino a abandonar la arbitrariedad y subjetividad que hizo decir a CARBONNIER que era una noción mágica, de la cual se había abusado y que bajo su invocación podía tornar superflua todas las instituciones del derecho de familia y que habría que tener una bola de cristal para poder determinarlo. Si bien es altamente beneficiosa la redacción del artículo en estudio, es cierto que muchas veces en la práctica este reiterado "interés superior del niño" es definido, materializado o conceptualizado desde la mirada adulta. Los "mayores" (jueces, defensores, profesionales del área "*psi*", entre otros) habitualmente son quienes definen aquel principio rector en cada caso concreto. En otras palabras, mientras el niño no está en condiciones de formarse un juicio propio, el interés superior (la mirada del adulto) deberá ser la pauta predominante. Pero si se trata de un adolescente o un niño con madurez suficiente, aquella pauta se ve desplazada por el efectivo derecho de éstos a ser oído y, en especial, a que sus opiniones sean tenidas en cuenta (Minyerski, Nelly y Herrera, Marisa, "IV: Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061", en García Méndez, Emilio (coordinador), "Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes: análisis de la ley 26.061", pág. 49). Por eso se expresa que requiere por parte del intérprete una doble labor: en primer término, la de precisar el significado y contenido del concepto (en qué consiste el interés del niño); y luego, la de comprobar en qué situación y circunstancias concretas de las posibles se da el valor que pretendió captar la norma (o sea, lo que más conviene a un niño determinado en un caso concreto). Desde esta perspectiva, podríamos decir que la determinación del interés superior del niño supone dos etapas diferenciadas: la primera se refiere a lo que podría conceptualizarse como el interés en sentido abstracto, noción marco que se sitúa en la

esfera jurídica, que obedece a una lógica jurídica y se presta a un enfoque global; la segunda, alude al interés concreto, el cual se encuentra centrado en la esfera práctica, que responde a una lógica fáctica y se compone de elementos circunstanciales, irreductibles, rebeldes a cualquier sistematización, ya que sistematizarlo significaría desatender las particularidades del caso (Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, ob. cit., pág. 84). Agrego también, al igual que el Dr. De Cunto, que el art. 3 de la ley 26.061 establece claramente el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta, y también el respeto de su edad, grado de maduración, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales (inc. b y d, respectivamente). Y en ese sentido se señala que si el interés superior del niño implica necesariamente el reconocimiento de sus derechos, no es posible decidir a la luz de dicho interés sin permitir que el niño ejerza el que constituye el eje central de tal sistema de derechos: el derecho a expresar su opinión. De lo contrario, los intérpretes estarían asumiendo una suerte de poder omnímodo y paternalista, ajeno a un Estado Constitucional de Derecho que debe garantizar el debido proceso y la adecuada defensa en juicio (art. 18, CN). En este sentido, se ha señalado que "*en esta búsqueda de la mejor solución posible, es evidente que la opinión del menor no puede ser pasada por alto, debido a que puede resultar un indicador válido de cuál es su interés".* Y más enfáticamente, se ha subrayado que *"Para determinar el superior interés del niño es imprescindible recabar su opinión en cuanto sujeto de derecho, lo que a esta altura de la evolución de la doctrina es una afirmación que se demuestra por sí misma. Sin tener en cuenta la opinión del niño, la invocación de su interés superior será un acto puramente paternalista. El niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior".* Es decir, como lo afirma Pérez Manrique, sin considerar los deseos y sentimientos del niño al momento de definir o dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico, deviniendo únicamente en un acto de autoridad o más bien de autoritarismo proveniente del mundo adulto. En este aspecto, el autor uruguayo recuerda que la doctrina inglesa ha dado en llamar la "teoría de la balanza", que nace del prejuicio no demostrado de que normalmente el deseo de los niños se opone a su mejor interés. En definitiva, la síntesis de los principios reconocidos por la ley y que encuentran su fuente inmediata en la CDN nos lleva a solucionar el dilema planteado trazando una especie de "curva" ascendente en función de dos ejes: la madurez del niño y la necesidad de decidir de conformidad con sus deseos y opiniones. El resultado de esta ecuación es el siguiente: a mayor desarrollo o madurez del niño, mayor "peso" tendrá su opinión a la hora de delimitar o definir su interés superior (Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, ob. cit., págs. 93 y 94, respectivamente). ----------

----Por eso, el interés superior del niño no puede restringirse a una visión exclusivamente abstracta, sino que este interés debe visualizarse en concreto y con referencia a las

circunstancias de cada caso para así hacerlo efectivo de acuerdo a la realidad que padece el menor. Con tales pautas, el interés superior de la menor al que alude la recurrente se presenta como una mera teorización ya que desatiende las particularidades del caso al omitir considerar en concreto la opinión de C..----------Por tales fundamentos, la sentencia recurrida no resulta contraria al interés superior de la niña ya que la alternativa decidida es la que mejor se adecúa a ese interés, con la salvedad de los cambios que pudieran darse a futuro, por lo que también propicio el rechazo del recurso de apelación interpuesto y por ende la confirmación del fallo en crisis.----------

--5. En consecuencia, también propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de Alzada a la demandada apelante vencida, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 98 de la Ley III N° 21 y art. 69 del C.P.C.C.).----------

---Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudentes los honorarios que propicia regular el Dr. De Cunto a favor de las letradas patrocinantes de la apelante, Dras. M. A. O., M. Z., Marta Jesús Balcaza y N. G. C., en forma conjunta, y de la letrada patrocinante de la actora, Dra. R. L., en las sumas equivalentes a 10 y 12 Jus, respectivamente (arts. 5, 7, 9, 13, y 46 de la Ley XIII Nº 4, con el alcance previsto por el art. 59 de la Ley V Nº 90), con más el I.V.A. pertinente. ----------

---Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.----------

--**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó: ----------

-En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: I.- Confirmar el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios.----------II.- Imponer las costas en la Alzada a la demandada apelante.----------III.- Regular los honorarios profesionales de las Dras. M. A. O., M. Z., M. J. B. y N. G. C., en conjunto, en la suma equivalente a diez (10) Jus; y a la Dra. R. L., en la equivalente a doce (12) Jus; en ambos casos, con más el IVA correspondiente.----------

----Así lo voto.- ----------

---**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Vergara dijo: ----------

--El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado con la anterior votación. ----------

----Así lo voto. ----------

----Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 8, Ley V - Nº 17) pasándose a dictar:----------

---------- **S E N T E N C I A**:----------

---Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew, RESUELVE:----------

---CONFIRMAR el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios.----------

--IMPONER las costas en la Alzada a la demandada apelante.- ----------

-REGULAR los honorarios profesionales de las Dras. M. A. O., M. Z., M. J. B. y N. G. C., en conjunto, en la suma equivalente a diez (10) Jus; y a la Dra. R. L., en la equivalente a doce (12) Jus; en ambos casos, con más el IVA correspondiente.----------

----

----Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

RAUL ADRIAN VERGARA
JUEZ DE CAMARA

----**REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2016 - SDF – CONSTE.**----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA