En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de mayo del año dos mil diecisiete, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil Jalil y la asistencia de los Jueces de Cámara Dr. Heraldo E. Fiordelisi y M. Inés de Villafañe, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"U., C. A. c/ D. S., M. F. s/ Cuidado Personal de Hijo "(Expte. N° 224 - Año 2016)** venidos del Juzgado de Familia N° 1 (Expte. N° 141/16), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde
dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs.122.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara M. Inés de Villafañe dijo:

1. La sentencia de primera instancia resolvió no hacer lugar a la modalidad de cuidado personal compartido alternado, propuesta por el Sr. U. respecto de su hija A. y fijó una modalidad de cuidado personal compartido indistinto, con residencia habitual en el domicilio materno, manteniendo la modalidad de comunicación paterno filial dispuesta en la sentencia interlocutoria Nº 390/16.

Por su lado instó a los padres a recibir orientación y acompañamiento psicológico tendiente a adquirir o desarrollar recursos personales que les permitan superar las dificultades comunicacionales en el ejercicio de su paternidad así como flexibilizar sus posturas frente al nuevo panorama familiar y evitar involucrar a A. en la disputa parental; a procurar que A.

retome su espacio psicoterapéutico a la mayor brevedad posible y exhortándolos para que con el avance de sus tratamientos puedan modificar la modalidad de comunicación que por la presente sentencia se establece, incorporando más días y horas de contacto paterno filial, incluyendo la posibilidad de que A. pernocte en el domicilio paterno algunos días de la semana.

Impuso las costas en el orden causado y reguló honorarios a las letradas que intervinieron.

Para así resolver, aludió en la sentencia a la prueba colectada, a la audiencia celebrada con la niña y compartiendo el dictamen de la Asesoría de Familia, consideró que respondía al mejor interés de A., fijar la modalidad de cuidado personal ya expuesto, manteniendo la comunicación del Sr. U. con su hija A.: los días martes y jueves desde las 17 hs hasta las 22 hs, y los fines de semana alternando: los viernes desde las 16 hs hasta las 10 hs del días sábado para realizar su actividad náutica; o bien los sábados desde las 16 hs hasta el día domingo a las 16 hs..

El Sr. U. apeló la sentencia a fs. 85, expresó agravios a fs.87/91 los que fueron respondidos por escrito que se agregó a fs. 93/94.

2. <u>Los agravios del Sr. C. U.</u>.

En el primer agravio dice que la sentencia es arbitraria porque se basa en meras afirmaciones dogmáticas, efectuando una irrazonable ponderación de las constancias de autos, incurriendo en absurdo valorativo, apartándose del derecho vigente, generando un agravio concreto al derecho de coparentalidad.

Dice que al limitar el contacto paterno filial a días y horarios establecidos, sin razón atendible, se aparta de lo establecido por la CDN y ley 26.061

En el segundo agravio dice que la sentencia deja de lado la finalidad de la responsabilidad parental que expresa la ley en el art. 651 del CCyC, que la norma no establece una regla rígida sino simplemente una primera alternativa a considerar.

Agrega que la jueza omite realizar una valoración clara y detallada de los elementos que la condujeron a preferir la petición de la progenitora, que ha vulnerado el derecho de A. a ser cuidada y educada por ambos padres.

Continúa su queja diciendo que la sentencia se aparta de lo normado por el art. 2 de la ley 26.061 y el art. 706 del CCyC ya que el Poder Judicial es participe activo de su protección no garantizando el derecho de coparentalidad de A.. En ese marco dice que la jueza no tuvo en cuenta el informe del ETI y la marcada resistencia de la madre a flexibilizar las rutinas que mantenía su hija antes de la separación.

En el tercer agravio, se disconforma de la modalidad de comunicación paterno filial dispuesta en la sentencia interlocutoria.

Dice que la jueza de grado se equivoca en el concepto de madurez de la niña, que ignora que del informe de fs. 43/44 se aludió a la falta de juicio propio de A., que no debió argumentar como elemento excluyente la opinión de A. y que debió advertir que esa madurez debió ser considerada para graduar en qué medida sus opiniones debieron ser tenidas en cuenta.

Cuestionará también que se haya señalado que A. es una adolescente cuando en los términos del art. 25 del CCyC, aún no tiene trece años; que no profundiza acerca del contenido del concepto interés superior del niño y que se siente discriminado pues pese a que señala que ambos progenitores demostraron aptitud, afecto y responsabilidad en el cuidado de su hija, se aparta del principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres,

reafirmando los roles rígidos y tradicionales según los cuales las madres son las principales y mejores cuidadoras de los hijos.
Dice también que la decisión afectada afecta la garantía constitucional del debido proceso y de tutela judicial efectiva.

3. <u>Tratamiento de los agravios</u>

3.1) Sabido es que en consonancia con doctrina y jurisprudencia, esta Cámara viene sosteniendo que la expresión de agravios, para ser tal, debe contener una crítica concreta y razonada de los fundamentos de la sentencia, en la que se demuestre punto por punto la existencia de errores de hecho y de derecho en los que pudiera haber incurrido la magistrada de la primera instancia, o las omisiones, defectos o vicios o excesos que pueda contener, no pudiendo calificarse como agravio las simples expresiones reiterativas de argumentaciones vertidas en similares términos en la instancia del proceso o manifestaciones genéricas que por tales, cotejadas con los razonamientos de la Sra. Jueza no logran demostrar los errores de juzgamiento que se atribuyen.
Ese es el caso de los argumentos recursivos del apelante que rozan la insuficiencia técnica del recurso, sin perjuicio de lo cual y en orden a la cuestión que ha llegado a esta Alzada, compatibilizando el derecho de defensa en juicio me permiten flexibilizar e insisto para el caso en concreto, los presupuestos que exige la ley formal e ingresar al tratamiento de los agravios.

3.2) Para dar respuesta a su primera queja, diré que la sentencia arbitraria es aquella en la que el juez, sin dar razones y basado en su sola opinión personal se aparta de los extremos fácticos y legales del caso, llegando a

una conclusión jurídicamente inadmisible y dejando en evidencia la valoración absurda de los hechos por el juzgador que la convierten en un acto de mera voluntad.

Por ello, no alcanza alegar la arbitrariedad de un fallo para enervar la decisión atacada, sino que en su crítica debe mostrar en forma acabada que el razonamiento empleado por la jueza fue afectado por un error grave y manifiesto que ha derivado en conclusiones contradictorias e incoherentes que afectan de manera intolerable las reglas de la lógica y la experiencia, conformando en definitiva un acto jurisdiccional producto del arbitrio o capricho de los jueces antes que una derivación razonada del derecho vigente atenida a las constancias de la causa.

No advierto que pueda calificarse la sentencia en crisis de arbitraria en los términos que expuse.

3.3) Luego y en los límites demarcados por los agravios de los que se proyecta un claro e indisimulable desacuerdo con lo decidido, estimo necesario referir que tampoco es técnicamente suficiente alegar la violación del principio de igualdad "reafirmando los roles rígidos y tradicionales según las madres son las principales y mejores cuidadoras de los hijos". No existe un solo párrafo de la sentencia que lo afirme ni puede inferirse de los argumentos sentenciales, que ese sea el fundamento que subyace a la decisión que se adopta.

Tampoco es válido como crítica concreta y razonada argumentar que lo resuelto en la instancia de grado "afecta la garantía constitucional del debido proceso y de tutela judicial efectiva". Tal manifestación expuesta livianamente y sin expresar específicamente en qué y respecto a quién se

han afectado tales principios, resta solidez argumental al recurso, lo que no es conducente para constituirse en una queja que deba ser admitida.

3.4) Se agravia el Sr. U. que no se haya admitido la modalidad de cuidado personal compartido alternado.

El art. 650 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación le permite al juez adecuar las modalidades del cuidado personal de los hijos ofreciendo dos alternativas, una es que el cuidado puede ser alternado y la otra que puede ser indistinto.

El art. 650 2da parte del CCyC dice *"... En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado"*.

La doctrina entiende como puntos destacados de este sistema los siguientes: *"... Favorece la participación de ambos progenitores en la crianza de sus hijos. Iguala a los padres en el desarrollo de su vida física, psíquica, emocional, profesional, entre otras, distribuyendo equitativamente las tareas de crianza de los hijos. Nivela situaciones de competencia en cuanto al reconocimiento del rol que cada uno de ellos cumple, evitando la compulsión a la apropiación del hijo por parte de uno de ellos. Posibilita la incorporación de criterios educativos compartidos, necesarios para la formación del menor. Permite distribuir más equitativamente los gastos de sostén del hijo y disminuir el sentimiento de abandono o pérdida del niño, como resultado de la separación..."* (Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora LLoveras, Tratado de Derecho de Familia, Según el Código Civil y Comercial de 2014 Tomo IV, pág. 115, Ed Rubinzal Culzoni, 2014

Por su lado, el art. 651 del Código establece como sistema preferencial el cuidado con la modalidad indistinta porque se ha considerado que realiza

de manera más eficiente el derecho de los niños a sostener el vínculo afectivo con ambos padres. Así la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci expresa: *"La legislación privilegia el sistema de cuidado compartido indistinto -en relación al alternado- por considerar que es el que respeta mejor el derecho constitucional del hijo a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular...."* (Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora LLoveras, Tratado de Derecho de Familia, Según el Código Civil y Comercial de 2014 Tomo IV, pág. 123 Ed. Rubinzal Culzoni, 2014).

La magistrada de grado consideró que el cuidado que más se adecúa a la situación del A. es el indistinto y no he logrado desentrañar en la queja cuál es el error que se le achaca a la sentencia en este punto.

Véase que en la crítica refiere que es el juez quién debe decidir cuál es el mejor sistema para la conveniencia exclusiva del menor de edad, para luego señalar que omitió la jueza decir porque prefirió la petición de la progenitora, dejando planteada una argumentación conjetural que no se sostiene más que una discrepancia con base en la posición que procura se reconozca en esta Alzada.

Como anticipé, del art. 651 del CCyC se desprende el énfasis que el legislador ha querido dar a la crianza compartida de los hijos, más allá de que finalmente se inclina por dar preponderancia a la modalidad indistinta que implica la residencia principal del niño con uno de sus progenitores, compartiendo ambos las decisiones y distribuyéndose de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado (art 650).

Luego y conforme surge expresamente del art. 639 inc. a) del CCyC, la responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; la autonomía progresiva del hijo conforme a sus

características psicofísicas, aptitudes y desarrollo y c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

La vaguedad e indeterminación de la cláusula del interés superior del niño contenida en el art. 3 de la CDN, ha despertado una fuerte labor interpretativa por parte de doctrinarios, magistrados e, incluso, proveniente de resoluciones internacionales (como la Opinión consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y de legislaciones locales (art. art. 3 de la ley 26.061).

Tal como ha señalado Grosman, el concepto del interés superior del niño representa su reconocimiento 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 más efectiva la mayor cantidad de derechos involucrados. 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 (conf. Grosman, Cecilia P., "Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño", LL, 1993-B-1095).

Por su parte y como cita tanto la magistrada de grado como la Sra. Asesora de Familia, la CIDDHH, a través de la citada Opinión Consultiva 17/2002, señaló que el interés superior del niño debe ser entendido *"como la premisa bajo la cual debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia... Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno*

aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño". Establece así "*el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en este instrumento, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades*".

En estos términos resulta evidente que la magistrada de grado ha tenido en cuenta para interpretar el interés superior de la niña, las circunstancias concretas de su situación y aun cuando ha considerado que ambos padres tienen aptitud, afecto y responsabilidad en el cuidado de la niña, privilegió respetar la voluntad de A..

En el marco de la separación de sus padres, A. emerge por sobre las dificultades de sus progenitores detectadas en el informe del ETI, con una postura diáfana sobre la cuestión que la implica. Lo hizo ante la magistrada de grado y la reiteró en la audiencia ante esta Cámara.

Tal como surge del acta de audiencia celebrada en esta sede y que también ha reflejado la Dra. M. al contestar la vista a fs. 111/115, la niña pudo conversar con fluidez, espontaneidad y naturalidad expresando sus sentimientos con convicción y fundamento sobre la cuestión que la involucra. Y tal como dijera el padre al promover la demanda y solicitar se la escuche (fs.10), A. es una niña que tiene la posibilidad de formar un juicio propio.

No advertí en el desarrollo de la audiencia que la niña brindara argumentaciones vinculadas al discurso materno. Al menos en el contexto de la alongada audiencia, la niña se desenvolvió de un modo distinto al que refleja la Lic. C. F.. No fue hermética y estableció un diálogo fluido tanto con los jueces como con la Dra. M. que tuvo una activa participación en la entrevista.

Su relato se dirigió a manifestar cómo se desarrolla su vinculación con los padres, con su familia extensa, su actividad escolar, su relación con compañeros y amigos. Pudo hablar respecto a su falta de interés por la actividad náutica y fue muy expresiva respecto de la actividad hípica que practica desde pequeña y todas las alternativas que se fueron sucediendo sobre ella.

Necesariamente debo referir que el momento de mayor tensión en la niña fue cuando nos contó sobre la decisión del padre de cambiarla de club de hípica y de instructor, dando razones por demás detalladas de como la afectó la decisión que, para ella, fue inconsulta.

Se podrá decir que los jueces no contamos con herramientas para detectar la influencia de un padre sobre el relato de un niño, pero en la experiencia jurisdiccional es claro que podemos discernirlo a partir del diálogo que no parta de una pregunta concreta dirigida a conocer su opinión sobre la cuestión que se ventila, sino en el devenir de la entrevista y que nos permite conocer, de boca propia de la niña, cuáles son las sensaciones que experimenta, las modalidades que más le favorecen y penetrar en lo más íntimo de su preferencias en esta materia del cuidado personal.

Ello a mi criterio, resulta imprescindible, máxime cuando en el caso y tal como percibió la Asesora de Familia, A. se ha manifestado categóricamente en el sentido de permanecer cotidianamente con su madre sin perjuicio de mantener el contacto con el padre y lo hizo dando razones que excedieron a quién la peina mejor o le cocina con más o menos contenido graso en su dieta.

La afirmación de la Sra. Asesora de Familia y que hago propia, es la que me permite concluir en que la decisión de la magistrada de grado, preserva el interés superior de la niña, más allá de los eventuales derechos de los

padres que, en la especie y como ya señalara, se encuentran prima facie en igualdad de condiciones para asumir el cuidado personal de A.. Señaló la Dra M.”*… La opinión de la niña en cuanto a mantener su organización actual es un elemento donde cabe reconocerle su derecho de participación en esta cuestión que la involucra, lo que merece la atención a la hora de resolver la modalidad de cuidado y lugar de residencia- principio de autonomía progresiva. Máxime que está comprobado en la causa que sus dichos se corresponden con las motivaciones de preferencia: mejor dinámica de funcionamiento en la convivencia y sus actividades diarias…”.*

3.5) Señala luego que la sentencia de grado lo agravia al limitar el ejercicio de la responsabilidad parental a días y horarios, no garantizando el derecho a la coparentalidad de A..

No se comparte el argumento recursivo del Sr. U..

En el marco de la sentencia apelada, la magistrada mantuvo la comunicación del Sr. U. con su hija A., los días martes y jueves desde las 17 hs hasta las 22 hs, y los fines de semana alternando: los viernes desde las 16 hs hasta las 10 hs del días sábado para realizar su actividad náutica; o bien los sábados desde las 16 hs hasta el día domingo a las 16 hs (Sentencia Interlocutoria N° 390/16).

El esquema se mantiene, considerando que A. no quiere dormir en la casa de su padre durante los días de la semana que tiene actividad escolar.

Ahora bien, los dichos de la niña y sus deseos, deben examinarse a la luz del ya mencionado art. 639 del CC. C., en cuanto a sus capacidades progresivas; por ello sus palabras deben ser atendidas en un ámbito de decisión más amplia de su parte, en cuanto a cómo quiere vivir esta etapa de su vida.

Más allá que al momento de la audiencia se encontraba a cinco meses de cumplir sus trece años, no abrigo ninguna duda que A. al tiempo de asumir su nueva realidad familiar deberá afrontar, si es que es posible delimitar taxativamente que el día 11 de julio comenzará su adolescencia, el tránsito por un período de cambios, que a la par de los psicológicos y de identidad, también reflejan la búsqueda de mayor autonomía personal.

El hecho que A. exprese que su deseo es no pernoctar en la casa del padre durante la semana escolar, debe ser respetado en tanto que su elección no se advierte irreflexiva ni absurda y en nada obstaculiza la vinculación con su padre.

No advierto que el progenitor se mantenga excluido o alejado de la vida diaria de A. y el único punto en conflicto es dónde duerme de lunes a jueves, lo que eventualmente se podrá ir modificando en tanto lo demande la niña y los padres asuman una comunicación fluida en la posibilidad concreta de consensuar todos los aspectos que hacen al cuidado de su hija.

Por todo lo expuesto, voy a proponer al Acuerdo se desestime el recurso de apelación impetrado por el Sr. U. y se confirme la sentencia de grado en todo lo que ha sido materia de agravios.

3.6) Las costas en la Alzada y siguiendo el criterio de la sentencia de grado que se comparte, se imponen en el orden causado. En cuanto a los honorarios, en mérito de la actividad cumplida y considerando los mínimos legales que establece la ley arancelaria se estima para la Ab. N. A. en 8 jus y los de la Ab.V. O. en 8 jus. (art. 5, 7,29 y cctes. de la ley arancelaria)

Voto a la primera cuestión por la **AFIRMATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique

Fiordelisi, dijo:

1 – <u>Antecedentes – Sentencia y Agravios</u>

La Sra. Jueza M. Inés de Villafañe ha desarrollado en su voto los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por el recurrente como sustento del recurso que se le concediera. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de los agravios que expone el apelante.

2 – <u>Tratamiento de los agravios</u>

2.1 – <u>Consideración inicial</u>

Por lo pronto, debo señalar que los agravios desarrollados por el recurrente están -a mi entender- en el límite del cumplimiento de los requisitos exigidos procesalmente para la fundamentación recursiva, conforme lo exige la normativa procesal.

De todos modos, como ya se ha dicho en otras oportunidades, esta Cámara adhiere a un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 268 del CPCC, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la referida norma, con la garantía de la defensa en juicio de raigambre constitucional.

De allí entonces que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica

concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta, para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto.

En virtud de lo expuesto, habré de examinar el recurso interpuesto, con el objeto de dejar salvaguardado el derecho de defensa de la parte y en función del criterio restrictivo con que, a mi juicio, debe ejercerse la facultad otorgada por la ley de declarar la deserción del recurso.

2.2 – <u>Sentencia arbitraria</u>

La queja le imputa arbitrariedad a la sentencia recurrida.

Se ha acotado en torno a este punto que la *"arbitrariedad"* o absurdo que autorizan a revisar la valoración de la prueba cumplida por el Tribunal de grado es el error grave y manifiesto, con quebrantamiento de las reglas que la gobiernan; tal vicio grave se configura cuando la apreciación no es coherente y lleva al juzgador a conclusiones claramente insostenibles o abiertamente contradictorias entre sí (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1973, II, p. 554; 1974; I, p.978; 1975, p. 348; 1976, I, p. 263; 1976, II, p. 473; 1976, III, p. 77 y 225; 1977, II, p. 288, 591, 686, 698 y 1102; 1977, III, p. 807, 907, 1075; 1978, I, p. 32, 82 y 720; 1978, III, p. 649; 1985, I, p. 609 y 660; DJBA, 130, p. 297).

En concordancia con lo hasta aquí expuesto he dicho reiteradamente en votos anteriores que la jurisprudencia ha plasmado de modo uniforme -con respecto a este tema- que *sólo el error palmario y fundamental, con desvío notorio de las leyes de la lógica o el razonamiento viciado de modo tal que lleve a proposiciones que se oponen recíprocamente o que son incongruentes, constituye "arbitrariedad" o "absurdo" o cuando el tribunal sienta conclusiones en abierta contradicción con las constancias fehacientes de la causa.* Siendo también

"arbitrario" lo que escapa a las leyes lógicas formales y las transgrede, o lo que es impensable e inconcebible y no puede ser de ninguna manera, por haber quedado al margen de las reglas del raciocinio, o cuando se declara como prueba aquélla que es rechazada expresamente por la ley o cuando se llama prueba o se da categoría probatoria a lo que por su naturaleza no lo es, o se tiene por tal a una constancia inexistente, o que no se refiere al hecho en discusión, o que demuestra lo contrario a lo afirmado en la sentencia y ha excluido de la valoración elementos probatorios esenciales. Constituyendo uno de los supuestos típicos de *"arbitrariedad" la prescindencia de pruebas que pudieran ser esenciales o decisivas, alejando toda posibilidad de llegar a la verdad material* (ver MORELLO, A.M., *"Códigos…".*,T. III, págs..725/726 y jurisp. cit.).

Del detenido análisis realizado de la sentencia en tratamiento advierto que no se evidencian en ella ninguna de las condiciones a las que acabo de referirme como para considerarla *"arbitraria"* y, por otra parte, dejo sentado que tampoco demuestra la quejosa el sustento de su imputación con respecto al pronunciamiento en cuestión. De lo hasta aquí expuesto surge con evidencia que no puede compartirse la postura de la queja en cuanto considera que la decisión es arbitraria dado que tal afirmación está impregnada de una lógica parcialidad exhibida por quien ha resultado perdidoso en la contienda judicial.

Ante lo fundamentado, el agravio debe ser desestimado.

2.3 – <u>Modalidad del cuidado personal – La opinión de la niña</u> Si bien la queja no está de acuerdo con la modalidad dispuesta por la a quo para el cuidado personal de la niña, surge de autos que la Magistrada sentenciante tuvo especialmente en cuenta la opinión de la misma y su interés superior.

Fue la opinión de la niña la que primó a efectos de dirimir el conflicto sometido a litigio, sumándose este precedente a tantos otros en

los que cada vez en mayor medida los niños no solo son oídos, sino escuchados, es decir, considerados a la hora de decidir sobre las cuestiones que hacen a su interés.

Para comprender el contexto normativo en el que se enmarcó la decisión en análisis, cabe poner de resalto que tal como ha ocurrido en todas las ramas del derecho, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos también ha atravesado el Derecho de Familia. La incorporación de los tratados contemplados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional -que en palabras del Dr. Bidart Campos integran el llamado bloque de constitucionalidad- ha causado un fuerte impacto en la noción y regulación de la relación entre los padres y sus hijos.

Bajo tales perspectivas, el nuevo ordenamiento ha reemplazado la figura de la "patria potestad" por el de la "responsabilidad parental" que se inspira en la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, el derecho de todo niño a mantener vínculo con ambos progenitores y la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes. Así, se ha rediseñado el concepto de la responsabilidad parental, definido ahora como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, destinados a la protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado (conf. art. 638 del CCyC).

Ya no se trata de regular intereses paternos, como surge de la redacción del art. 264 del Cód. Civil de Vélez. El cambio de denominación que contiene el nuevo ordenamiento en su art. 638, pone fin a un largo camino iniciado por las reformas de las leyes 14.367, 17.711 y 23.264 que paulatinamente

permitieron reformular el rol parental que pasó de instituirse como un poder sobre los hijos para dar paso a una función traducida en deberes y derechos de ambos progenitores hacia la persona y bienes de aquéllos.

La nueva concepción del instituto se inspira en tres principios fundamentales: 1) el interés superior del niño, 2) la autonomía progresiva del hijo y 3) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (conf. art. 639 CCyC) (conf. FILLIA, L.E., *"La intervención del niño en el proceso judicial"*, DFyP 2017 (marzo), 117; LLC 2017 (abril), 8).

El primero de estos principios se encuentra consagrado en el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño y supone que *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*. Se trata de una garantía de efectividad de los derechos subjetivos de los niños de modo que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses, prevalecerán los primeros.

El otro principio que rige la responsabilidad parental, es la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A medida que el niño crece, adquiere discernimiento para comprender el sentido de sus acciones y, al mismo tiempo, ello implica darle la posibilidad de ejercer y defender sus derechos, siendo así partícipe directo de su propio proceso de desarrollo y madurez. En suma, la noción de autonomía progresiva no está sujeta a una edad cronológica determinada, sino que habrá que verificar en cada caso el discernimiento del niño, su madurez intelectual, psicológica y suficiente entendimiento

(conf. HERRERA, M., *"Código Civil y Comercial de la Nación. Comendado"*, Dir. R. Lorenzetti, T. IV, pág. 275, Rubinzal-Culzoni).

El CCyC de la Nación instauró una nueva regulación de la capacidad, abandonando el viejo paradigma capacidad-incapacidad y reemplazándolo por el principio constitucional de la capacidad progresiva, que en el caso de niños, niñas y adolescentes se encuentra consagrado en el art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño. La autonomía progresiva de los niños también encuentra consagración en los arts. 12, 14, 16, 28 inc. 1°, 29 y 32 de dicho instrumento internacional y en el ámbito interno en el art. 27 de la Ley 26.601. Parte de considerar que las diferentes etapas por las que atraviesa el niño en su evolución psicofísica determinan una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos fundamentales (conf. GIL DOMINGEZ – FAMA y HERRERA, *"Derecho Constitucional de Familia"*, T. I, pág. 553, Edit. Ediar, 2006). Configura la faz dinámica en la capacidad del sujeto, que facultaría a los mismos a tomar intervención en todos los asuntos que atañen a su persona o a sus bienes, conforme a su madurez y desarrollo; asimismo, significa también que esa voluntad o participación sea tenida en cuenta e, incluso, en ciertas oportunidades, resolver conforme a dicha voluntad (conf. SOLARI, N.E., *"La autodeterminación del niño en el régimen de tenencia"*, LLLitoral, 2006-882) . Tal lo acontecido en este caso.

Por último, se prevé el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. Se trata del reconocimiento del legislador de la capacidad con que cuenta el niño según su evolución y de su derecho a participar y a opinar en todas las cuestiones que a sus intereses concierne.

Este derecho personalísimo -que también se encuentra consagrado en los arts. 26 y 707 del CCyC de la Nación- no solo supone que el niño sea oído sino que pueda participar del proceso tanto como objeto de protección y como verdadero sujeto de derecho. Que pueda dar su opinión en cuestiones que hagan a su interés y que su opinión sea tenida en cuenta a la hora de decidir. El derecho a la participación implica que sin perjuicio del sistema de la representación legal, necesaria y promiscua, se incluya al niño en la toma de decisiones, permitiéndole intervenir en las cuestiones que lo

afectan.

Ahora bien, ello no implica condicionar al Juez en la toma de sus decisiones. En efecto, a él le corresponderá valorar la opinión del niño o adolescente atendiendo a su grado de madurez, al tipo de proceso de que se trate y a su interés superior, evaluándola junto con el resto de los elementos aportados al proceso (conf. SOLARI, N.E., *"El derecho a la participación del niño en la ley 26.601. Su incidencia en el proceso judicial"*, LL del 29/11/05; FILLIA, L.C., ob. cit.).

En este caso, la Magistrada a quo tuvo especialmente en cuenta la opinión de la niña de doce años de edad -próximo a convertirse en una adolescente en los términos del art. 25 segundo párrafo del CCyC- y luego de considerar el resto de los elementos incorporados al proceso, concluyó que teniendo en cuenta su interés superior y compartiendo el dictamen del Ministerio Público, entendió que responde mejor a su interés establecer el cuidado de su persona compartido con la modalidad indistinta y con la residencia principal en el domicilio materno y agregó: *"…No obstante que ambos progenitores han demostrado su aptitud, afecto y responsabilidad en el cuidado de su hija, evalúo necesario respetar la voluntad y el deseo de la adolescente.*

En oportunidad de ser escuchada, la jovencita manifestó que prefería que se mantuviera la modalidad que se había implementado, y no pernoctar en el domicilio de su progenitor durante la semana, para no afectar la organización de su rutina de la mañana de prepararse para ir a la escuela. El conocimiento personal que he tomado de la adolescente me permite concluir que no obstante su edad (13 años), sus expresiones fueron espontáneas y claras, contando con madurez suficiente como para ser atendidas…" (conf. fs. 80).

Como vemos, se hizo especial énfasis en las manifestaciones formuladas por la niña (que está próxima a convertirse en adolescente), quien en forma libre y circunstanciada había expresado su voluntad de que se mantuviera la modalidad que se había implementado.

Si bien he dicho supra que la edad cronológica no resulta determinante para valorar la opinión de la persona menor de edad, no es ocioso destacar que tal como lo sostiene prestigiosa doctrina, en definitiva, como regla genérica el Código indica una presunción de madurez del adolescente en el ejercicio de los derechos humanos o personalísimos. Esta presunción es *iuris tantum*, o sea admite prueba en contrario, de modo que quien se oponga a la autodeterminación del adolescente deberá acreditar su falta de madurez para el acto en cuestión, teniendo en especial consideración la complejidad y trascendencia de dicho acto. Por exclusión, antes de los trece años, como regla, los niños carecen de autonomía o capacidad para tomar decisiones. Sin embargo, a la luz del mandato convencional y de lo que resulta de los arts. 24 y 639 del CCyC, antes de esa edad podrán decidir de manera autónoma si se demuestra un grado de madurez suficiente (conf. FAMA, M.V., *"Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial"*, LL 20/10/2015; FILLIA, L.E., ob. cit.). En este caso -vale la

pena remarcarlo- la a quo ha plasmado que la niña ha demostrado contar con un grado de madurez suficiente y ello no ha sido rebatido por la queja.

He de destacar que se ha resuelto que tratándose de la guarda de un niño de doce años, quien en virtud del principio de capacidad progresiva que informa nuestro sistema jurídico posee la determinación necesaria para elegir con cuál de sus padres prefiere estar, debe considerarse ineludiblemente la tendencia doctrinaria y jurisprudencial plasmada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que propugna como principio general el principio de la capacidad progresiva del niño, niña o adolescente a ser oído (conf. Juzg. de Flia. 2ª. Nominac. Córdoba, 06/10/2015, *"P.M.A. – G.F.P.A. – Divorcio Vincular – No Contencioso"*, LLOnline, AR/JUR/21631/2015).

En sentido coincidente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos destacó que, a medida que los niños maduran, con el paso del tiempo, se vuelven capaces de formular sus propias opiniones, por ejemplo, sobre su contacto con sus padres y que los tribunales deben tener debidamente en cuenta sus opiniones y sentimientos, así como a su derecho al respeto de su vida privada, principio que se encuentra consagrado en el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño y en otros instrumentos internacionales (conf. caso *"N.T.S. y Otros v. Georgia"*, 02/02/2016).

Es evidente que a partir de la nueva conceptualización de la capacidad que ofrece el CCyC de la Nación -en concordancia de principios constitucionales y convencionales- la intervención del niño en el proceso judicial, supone además de oírlo, el deber de escucharlo y de ponderar su opinión a los fines de resolver las cuestiones que comprometen sus intereses (conf. FILLIA, L.E., ob. cit.).

En este caso, en ningún momento el recurrente ha demostrado que la decisión en crisis no haya tenido en cuenta y/o hubiese violentado el interés superior de la niña. Por lo tanto, ningún reproche corresponde hacerle a la a quo en este aspecto.

Por otra parte y en sintonía con los mandatos constitucionales, surge de autos que no solamente se ha garantizado el derecho de la niña a ser oída, sino que se la escuchó adecuadamente, dando prevalencia a su opinión para decidir, lo que en definitiva -y por contar aquélla con un grado de madurez suficiente- satisfizo en mejor medida su superior interés.

A lo hasta aquí desarrollado y fundamentado corresponde agregar que la niña fue oportunamente entrevistada personalmente por esta Alzada (conf. fs. 110/y vta.). Los integrantes de este Cuerpo la hemos recibido, la escuchamos y nos hemos interiorizado debidamente de su problema. Ya me he referido supra al interés superior de la niña, a su derecho a ser oída y a que su opinión sea tenida en cuenta al tomar decisiones sobre ella. Por lo tanto, esta Alzada en cumplimiento con su obligación de sentenciar tiene en cuenta que resulta de aplicación al caso el art. 26 del CCyC que, en lo que aquí interesa, 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"*. La niña, de trece años de edad, se ha expresado en la audiencia ante esta Cámara con total libertad, con clara coherencia y exhibiendo una notable sensatez, seriedad y madurez en lo que hace a la problemática que debe aquí resolverse y a la realidad que le toca vivir. Ello me condujo a desarrollar los fundamentos y razones que precedentemente he expuesto aquí y a decidir de la forma en que lo hago, lo cual me da una total tranquilidad debido a que la solución propuesta no solo exhibe el respeto a

la madura y razonable voluntad de la niña sino que es, sin ninguna duda, la que mejor protege su superior interés.

He de culminar dejando constancia que la afirmación que se hace en la queja sobre que la a quo se aparta de la CDN y de la Ley 26.061, es una simple enunciación carente de demostración; se dice que la a quo se aparta arbitrariamente del art. 651 del CCyC pero no lo demuestra; se afirma que el progenitor solo puede vigilar desde afuera el modo en que es ejercido el cuidado de su hija, pero no hay acreditación suficiente de ello; sostiene que la sentencia desvincula al apelante de su hija y que no se garantiza el derecho a la coparentalidad de A., pero no hay ninguna demostración de que así sea; afirma que la sentencia viola el principio de igualdad entre los padres, pero ello no surge de su texto; expresa que las madres son las principales y mejores cuidadoras de los hijos pero ello no lo dice la

sentencia en crisis; esgrime que la decisión afecta la garantía constitucional del debido proceso y la tutela judicial efectiva, lo cual es solo una afirmación del recurrente carente del correspondiente sustento probatorio y –finalmente- refiere que la resolución apelada daña la salud psíquica y emocional de A., pero tampoco lo acredita.

3 – <u>Conclusión</u>

Considerando que los agravios constituyen la medida y el alcance del recurso concedido al apelante y que los expuestos no logran desvirtuar los fundamentos de la sentencia en crisis, corresponde confirmar la misma en todo lo que ha sido materia recursiva. Así lo voto.

4 – <u>Costas de la Alzada</u>

Corresponde imponer las costas de la Alzada en el orden causado y regular los honorarios de las profesionales intervinientes en la forma propuesta en

su voto por mi colega preopinante, en virtud de ajustarse ello a las pautas que fija la Ley Arancelaria.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTION, la Sra. Jueza de Cámara M. Inés de Villafañe dijo:

De compartir los Sres. Jueces el sentido de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que sigue:

1. **CONFIRMAR** la sentencia de fs. 65/69 en todo lo que ha sido materia de agravios.
2. **IMPONER** las costas en el orden causado (art. 69 2da. parte del CPCC). **REGULAR** los honorarios de la Ab. N. A. en 8 (ocho) jus y los de la Ab. V. O. en 8 (ocho) jus, con más el IVA de corresponder. (arts. 5, 7,29 y cctes. de la ley arancelaria).
3. **DE FORMA.**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por la Sra. Jueza M. Inés de Villafañe, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Julián Emil Jalil no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de mayo de 2017.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. **CONFIRMAR** la sentencia de fs. 65/69 en todo lo que ha sido materia de agravios.
2. **IMPONER** las costas en el orden causado (art. 69 2da. parte del CPCC). **REGULAR** los honorarios de la Ab. N. A. en 8 (ocho) jus y los de la Ab. V. O. en 8 (ocho) jus, con más el IVA de corresponder. (arts. 5, 7,29 y cctes. de la ley arancelaria).
3. **REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /17 SDF. CONSTE.