En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a día del mes de agosto del año dos mil dieciocho, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. María Fernanda Zanatta, y asistencia de la señora jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y del señor juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C., G. del V. c/ B., M. A. s/ CUIDADO PERSONAL", expte. nro. 108/18,** venidos del Juzgado de Familia nro. 3 (expte. nro. 62/17), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 645), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. María Fernanda Zanatta, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 585/596vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

La sentencia de fs. 585/596vta. hizo lugar parcialmente a la demanda y reconvención, otorgando a la accionante, Sra. G. del V. C., y al demandado M. A. B. respectivamente el cuidado personal compartido bajo la modalidad indistinta de sus hijos menores de edad, N. del V. B. y T. A. B. con residencia habitual de Thomas en el domicilio paterno y de N. en el materno, debiendo garantizar el debido contacto de los niños con sus respectivos progenitores no convivientes a fin de mantener comunicación y vínculo con los mismos. Impuso

las costas en el orden causado. Reguló los honorarios profesionales.

1. El recurso:

A fs. 599 la parte actora interpuso recurso de apelación, que fue concedido a fs. 600.

Lucen glosados a fs. 607/613vta. los agravios del recurrente que merecieron responde por la contraria a fs. 515/518vta.

2. Agravios:

Luego de transcribir fragmentos de la sentencia en su parte pertinente, expone y fundamenta sus agravios.

Dice que le causa agravio la decisión de primera instancia que otorga el cuidado personal compartido de los niños N. D. V. B. y T. A. B. bajo la modalidad indistinta, con la residencia principal de T. en el domicilio paterno y de N. en el materno.

Acusa a la resolución de 1) quebrantar el principio de congruencia, puesto que resuelve de un modo que no fue planteado ni pedido por las partes, 2) violar la regla contenida en el CPR arts. 34 inc. 4 y 165 inc. 5° en cuanto omite fundar la decisión y tratar cuestiones esenciales introducidas por su parte y 3)desconocer el interés superior del niño y el respeto a su centro de vida, como la regla de la sana crítica racional.

1) Comienza su análisis a partir de la definición del principio de congruencia entendido como el deber del juez de dictar su pronunciamiento dentro de los límites determinados por las pretensiones deducidas o de preservar la conformidad entre lo pedido y lo resuelto. Cita jurisprudencia de esta Sala, Sentencias 027/2017 y 23/2016 en relación al punto.

Entiende que consideradas las reglas que hacen al principio de congruencia debe concluirse que la sentencia en recurso se encuentra lejos de respetarlo.

Señala que la actora promovió demanda solicitando el cuidado personal compartido con la modalidad indistinta y el cambio de residencia habitual de lo hijos menores de edad en común para que N. y T. B. residan con la progenitora en la ciudad de Córdoba, y se fije un régimen de comunicación paterno filial; y que por su parte el progenitor solicitó el rechazo de la misma, a la vez que dedujo reconvención solicitando se dispusiera el cuidado personal compartido de los niños, bajo la modalidad indistinta, con residencia en el domicilio paterno.

Dice que ante la claridad de las pretensiones no alcanza a entender por qué al momento de fallar, la jueza *a quo* tomó una decisión que no se ajusta a ninguna, sino que decidió de una forma que no fue planteada, propuesta o pedida por las partes, en tanto ni actora, ni demandada pidieron repartirse a los hijos y menos aún que los hermanos fueran separados y se decidiera que vivan casi a 2000 km de distancia.

Sostiene que la violación al principio de congruencia autoriza a descalificar el fallo recurrido como acto jurisdiccional válido, imponiéndose su modificación, en consecuencia su revocación.

2) Señala que el agravio respecto de la falta de la motivación de la sentencia y la clara omisión de tratar cuestiones conducentes introducidas por la parte se concatena con el agravio anterior.

Achaca a la jueza de grado soslayar el deber legal impuesto por los arts. 34 inc. 4 y 165 inc. 5, por

omitir lisa y llanamente dar un mínimo de adecuado y debido fundamento a su decisión.

Afirma que no existe una sola oración, frase o párrafo en el cual la Sra. jueza haya explicitado o dado los motivos por los cuales decidió en la forma en que lo hizo.

A continuación individualiza las partes de la sentencia, para luego exponer que en los considerandos es donde el sentenciante debe dar los fundamentos de su decisorio, explicando cuáles son las razones que lo llevan a formar su convicción. Encuentra a la sentencia en crisis viciada en este sentido, por lo que afirma que no puede ser considerada un acto jurisdiccional válido en tanto omite dar los fundamentos de la decisión.

Remite a los considerandos de la sentencia e indica que no hay una sola mención de las razones en las cuales funda el decisorio.

Dice que no existe una sola referencia de por qué entiende la jueza *a quo* que lo mejor para los niños es que viva uno con cada uno de sus padres y a 2000 km de distancia el uno del otro.

Expresa que la decisión adoptada implica cambiar el centro de vida de uno de los niños y separar a los hermanos que han vivido juntos desde su nacimiento, por lo cual lo mínimo que puede esperarse –afirma- es que se explique y fundamente tamaña decisión.

Considera que la sentencia no resulta una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa, lo que habilita su tacha de arbitrariedad y consecuentemente su descalificación como acto jurisdiccional válido.

3) Por último, desarrolla su tercer agravio titulado “Desconocimiento al interés superior del niño y el respeto a su centro de vida. La violación a las reglas de la sana crítica”.

Entiende violado el art. 653 del CCyC que fija las pautas a tenerse en cuenta para decidir sobre la atribución del cuidado personal de los niños.

Le resulta inexplicable que se haya hecho lugar parcialmente a la demanda decidiendo que N. mude su centro de vida y pase a vivir a 2000 km de distancia de su padre y su hermano.

Argumenta que la acción promovida por la Sra. C. se funda únicamente en el maltrato y abusos constantes del Sr. B. y sus padres para con los niños, lo que no fue acreditado mediante la prueba rendida en autos, sino que por el contario entiende que lo obrante en el expediente da cuenta de que la única que ha ejercido violencia sobre sus hijos ha sido la actora.

Sostiene: “la actora promovió una demanda en base a afirmaciones que posteriormente las pruebas convirtieron en falsedades y mentiras y, no obstante ello, la A quo la “premió” haciendo lugar en forma parcial a su pretensión. Sin palabras”.

Le resulta manifiesta la arbitrariedad y agraviante en tanto no respeta el centro de vida de N. y mucho menos su interés superior.

Afirma que la decisión tomada expone a una niña de muy corta edad a que sea atada a las decisiones que su madre tome en cualquier momento.

Dice que el fallo contraviene los postulados de los fallos que transcribe parcialmente.

Considera que el fallo quiso dejarle un poco a cada parte, dejando de lado a los niños y sus intereses, obviando o ignorando que C. sustrajo a los niños de su centro de vida y se los llevó a vivir a 2000 km de distancia, alejándolos voluntariamente, y que el Sr. B. debió promover una restitución judicial para poder efectivizar el regreso de los niños a la ciudad. Agrega que el centro de vida de N. ha estado desde su nacimiento en esta ciudad, y que se está separando a dos hermanos que vivieron juntos desde su nacimiento. Afirma que el Sr. B. siempre ha respetado las resoluciones judiciales, y favorecido el contacto materno filial y que C. ha ejercido violencia sobre sus hijos.

Entiende que se violan las reglas de la sana crítica, entendida por la posibilidad que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la eficacia conviccional de la prueba con la total libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, las normas de la lógica, constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente, los principios incontestables de las ciencias y la experiencia común, en tanto ninguno de estos principios se respetó.

Entiende que en razón de todo lo expuesto la única solución posible es que la residencia principal de la niña se fije también en el domicilio paterno.

Ratifica las reservas de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y demandar a la

provincia del Chubut y a quienes de la dependan en los términos del art. 60 de la Constitución Provincial.

3. Análisis:

Antes de iniciar el tratamiento de la cuestión traída, señalo que la decisión de fijar la residencia principal de T. en el domicilio paterno en esta ciudad, no ha sido objeto de cuestionamiento, de manera que ha llegado firme a esta alzada, circunscribiéndose el presente acto a la decisión tomada respecto de N..

Luego, también merece destacarse que según el criterio de amplia flexibilidad, serán tratados los agravios presentados, toda vez que resulta ser la interpretación que se juzga más acorde con la garantía constitucional de la defensa en juicio.

Asimismo, aclaro que trataré en forma conjunta las críticas efectuadas, por la íntima conexión que guardan entre sí en la exposición efectuada por el recurrente.

En tal sentido, estimo pertinente comenzar por recordar que el interés superior del niño es principio rector y guía, es decir, debe presidir todas las decisiones que se tomen en torno a niños, niñas y adolescentes (NNA).

Se trata de un principio de naturaleza históricocultural que simboliza la idea de que el niño o adolescente ocupa un lugar importante en la familia y la sociedad. Constituye un mandato a los padres o sustitutos, a los diversos órganos del Estado y a la sociedad civil en general (Grosman, Cecilia P., "El interés superior del niño", en “Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad”, Universidad, Buenos Aires, 1998, ps. 23 y ss.).

Dice la citada autora que una noción de contenido indeterminado, cuya definición en el caso concreto se delega en el juez, debe identificarse con "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías" del niño y adolescente, expresión de sus necesidades, que reconoce la Ley 26061 en su art. 3°.

Así, el interés superior del niño, dijo la Corte Suprema Nacional, "es un concepto abierto, debiendo los jueces asignarle contenidos precisos y dar buenos fundamentos acerca de la selección que realicen para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales. Para ello será necesario la intervención de especialistas quienes han de transmitir al tribunal las comprobaciones y resultados de su actividad" (Grosman, Cecilia, "Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental", RDF 66, 227).

Dicho ello, un brevísimo repaso de la causa y de los expedientes por conexidad, "B., M. A. c/ C. G. del V. s/ Restitución de menor de edad", expte. N° 600/2015, "C., G. del V. s/ Homologación", expte N° 669/2016, que tengo a la vista, surge una interacción disfuncional de los progenitores sostenida al menos desde el año 2015.

El cúmulo de actuaciones que contienen estos diferentes procesos, ponen en evidencia que los progenitores han adoptado como única forma de intercambio comunicacional, una sistema de realización de denuncias y contradenuncias de incumplimientos, evidenciando ausencia de flexibilidad para resolver las cuestiones atinentes a N. y T..

Ambos persistieron en sus posturas, anteponiendo los intereses personales por sobre el bienestar de sus hijos, en tanto tienen pleno conocimiento del contexto nocivo al que su comportamiento los ha expuesto.

Es de toda obviedad que ese atrincheramiento obstaculizó la capacidad de análisis y la promoción de cambios funcionales en el contexto de la relación parental, resultando como consecuencia directa el daño en los niños "colocándolos en una posición subjetiva insostenible", o entorpeciendo el proceso de construcción de su identidad personal y su autoestima en T. (ver informes del ETI Nro. 254/17 fs. 377vta.; de la terapeuta de T. de fs. 365, 407/408), provocando en N. el esfuerzo por comprender la situación familiar y reubicarse simbólicamente por fuera de la problemática de la pareja de los padres (fs. 405/406).

Ello también se refuerza con lo informado por el ETI en el sentido que los niños "han debido transitar más de lo esperable" por las distintas instancias del proceso judicial, razón por la que aconsejó evitar la revictimización (fs. 378).

La posición asumida por los adultos, les coartó la posibilidad de superar el conflicto y adoptar conductas dialoguistas y de apertura para priorizar el bienestar de sus hijos por sobre el propio (ver informe de fs. 365 y 408 de la Lic. M. y Lic. M., fs. 405/406).

Incluso, a solicitud de la Sra. asesora civil, resultó necesario intimar a los padres a postergar su interés en beneficio del de sus hijos (fs. 560).

Se demostró en la causa que los niños se encuentran sobreinvolucrados en el conflicto de la pareja parental, a partir de la adhesión al discurso materno o paterno según se encuentren en presencia de uno u otro progenitor, patentizado en el cambio de discurso acerca de la misma situación dependiendo de con quién se encuentren. Ello quedó claramente evidenciado con los

informes del ETI sobre los que la sentenciante apoyó su decisión en primer término (376/378vta.).

Ello también surge en las entrevistas que han mantenido con el tutor *ad litem* y asesora (ver por ej. fs. 529 y 558).

La sentenciante completó su decisión con la valoración de las declaraciones testimoniales de la terapeuta de N., quien complementó, amplió y sostuvo lo informado a fs. 405/406), la madrina de N. y la terapeuta de T. (complementaria de sus informes de fs. 365, 408).

Esta realidad ha mostrado que el conflicto parental ha tomado dimensiones inesperadas que escapan a la posibilidad de solucionarla entre ellos mismos, al punto de haberse contrapuesto los intereses de los progenitores entre sí y con la de sus hijos.

En tal contexto, en general sucede que los NNA comienzan a participar activamente en el conflicto y poseen legitimidad activa en base al reconocimiento de su capacidad progresiva.

Participación garantizada por la CDN y la Ley 26061 a las que se suman las expresas previsiones del CCyC (arts. 639, 653 y ccdtes.).

Ello es así, pues los NNA son los principales interesados en relación al cuidado personal y el derecho y deber de comunicación que puedan plantear sus progenitores ante la ruptura parental. Por esa razón adquiere especial relevancia su voluntad y la posibilidad de manifestar su querer frente a las decisiones familiares que puedan afectarlos (Fabián Faraoni en “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, dir. Silvia Eugenia Fernández, Abeledo Perrot, Bs.As., 2015, T.1).

La posibilidad de que los NNA participen activamente frente a las circunstancias y situaciones que los rodean juntamente con el principio de capacidad progresiva (art. 639 inc. b) CCyC); y el derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta (art. 12 inc. 1 CDN, arts. 24 y 27 Ley 26061), significa que su voluntad adquiere trascendencia en la determinación del cuidado personal y el vínculo comunicacional con el padre o madre no conviviente y su preferencia debe ser conocida y apreciada en el contexto general de la causa.

Y aun cuando su voluntad no resulte vinculante, atender a la misma permite arribar a una solución eficaz; merituada según la edad y madurez del NNA que sin dudas ayuda a determinar cuál es su interés superior.

En este caso N., pese a su corta edad (8 años), ha "debido transitar más de lo esperable" (fs. 378) y luego de "haber avanzado en su proceso" (al decir de su terapeuta en la audiencia de vista de causa), demostró tener una visión de su propia vida muy diferente a la del año anterior y si bien ambos padres son figuras idealizadas y referentes de apego, N. es más cercana a la mamá por su género.

Habiendo "transitado más de lo esperable" y "avanzado en su proceso conforme su terapeuta tratante", las dos veces que fue entrevistada por la sentenciante y tuvo oportunidad de expresar su opinión, dijo querer "volver con su mama" (fs. 445 24/8/2017) y quedarse a vivir con su mamá (fs. 580 el 16/2/18).

Tales extremos, adunados al contacto personal que he mantenido con la niña, me convencen no solo de su grado de madurez suficiente para tener en cuenta su

opinión, sino también, que la decisión arribada en primera instancia, es la que mejor consulta el interés superior de N.. En el caso, sin duda ese interés superior es quedarse a vivir con su mamá en Córdoba, no solo porque es lo que desea con la madurez que obtuvo luego de este proceso, sino también porque conforme los informes efectuados por los profesionales actuantes en la causa, es más cercana a su madre por su género y avanza favorablemente en su evolución.

Pues encontrándose bien la niña, teniendo en cuenta su desarrollo, que no se ha acreditado en la causa que su madre no sea idónea para su cuidado y protección, ni que entorpezca el contacto con su padre y su hermano, vivir con su mamá garantiza la máxima satisfacción, integral y simultanea de los derechos y garantías reconocidos por la ley.

Observo también, lo dicho por la terapeuta tratante en Córdoba y que fuera acercado por la Sra. asesora –teniendo conocimiento de ello el recurrente-, en el sentido que cuenta con defensas apropiadas a su edad y que puede instrumentar normalmente y que cuenta con buen manejo de los procesos de pensamiento, sin que su residencia en Córdoba, hasta el momento resulte nociva.

Además de ello, no es un dato menor recordar en este momento que N. ha empezado las clases en la ciudad de Córdoba en el presente año lectivo.

Tales conclusiones, también –con anterioridad- las pudo observar su terapeuta tratante en esta ciudad, el día anterior a la audiencia de vista de causa (el 15/2/2018) y evidentemente la llevó a afirmar "que la niña demostró tener ahora una visión de su propia vida muy diferente a lo que decía en las sesiones del año

pasado – distinta lectura de situaciones, lo que antes eran signos de amor ya no lo son".

En definitiva, todas estas razones, son las que dio la sentenciante y demuestran que no existe falta de motivación alguna ni mucho menos, que la decisión no resulte ser derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas en la causa.

Los informes de los Equipos Técnicos y otros profesionales, coadyuvan a los fundamentos de la decisión, pues suministran los elementos técnicos que permiten una mejor comprensión de la conflictiva planteada, y por ende a que la decisión a dictarse pueda abordar la misma con soluciones y propuestas acordes al efectivo desenvolvimiento de los vínculos familiares desarmonizados.

Queda demostrado así que las críticas efectuadas solo evidencian disconformidad con la decisión arribada, pero no alcanzan en modo alguno a conmover los fundamentos dados para arribar a la resolución adoptada.

Antes de concluir, aun cuando innecesario, me referiré brevemente a la violación del principio de congruencia que el recurrente sostiene, en tanto el juez se apartó de las pretensiones de las partes al interponer la demanda y reconvención respectivamente.

Anticipo que no le asiste razón.

Recuerdo que "el procedimiento en materia de derecho de familia, presenta aristas muy particulares, poseedoras de una marcada tipicidad que reclama una consideración autónoma, diferenciada de las normas procesales civiles comunes" (Petigiani, Eduardo J., "Familia y justicia (hacia una realización del derecho

justicial material en el derecho de familia", RDF 199914-51).

Esto es así, porque el conflicto familiar requiere de soluciones específicas que lo distinguen del resto, en tanto las relaciones con el contrincante deben prolongarse en el futuro, en razón de sus relaciones familiares.

En tal contexto entonces, es poco eficaz que el magistrado se halle limitado a decidir quién gana o quién pierde, o en las palabras del recurrente a quién se "premia". Es holgado señalar que en casos como el presente, nadie gana y a nadie se premia.

En el derecho de familia, el juez debe ir un poco más allá, pues su labor consiste el lograr que la sentencia como norma particular vaya acompañando la vida de los miembros de la familia, eliminando focos de conflictos que entre ellos existen, para lograr encauzar nuevamente la armonía familiar, lo que hasta el momento venía fracasando, prueba palmaria de ello se encuentra en la voluminosidad de los expedientes repletos de denuncias contrapuestas, mientras que los sucesivos acuerdos de comunicación en el expediente dan cuenta de la necesidad de acompañamiento que aun requieren las partes y permiten visualizar algún tipo de posibilidad de diálogo y acercamiento en beneficio de los niños.

En esta línea, resulta claro que si bien el principio de congruencia constituye, junto a otros, uno de los pilares en base a los cuales se estructura el proceso; y que el derecho procesal es un área en la que se presta bastante atención a la formalidad porque tiende a garantizar la defensa en juicio de las personas y sus derechos; también es cierto que, algunas áreas de

la existencia humana no se dejan disciplinar y encasillar tan dócilmente y además, en determinados sectores la seguridad, previsibilidad y certeza pueden dar paso a un segundo plano, frente a otros valores prevalecientes" ("Tratado de Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes", Silvia Eugenia Fernández, T. III, Abeledo Perrot, Bs. As., 2015, pág. 2489), como ha ocurrido en autos.

Es que resulta evidente que, ante el conflicto ventilado, una sentencia que hiciera lugar a la pretensión particular de uno u otro de los progenitores no resolvería la situación a tenor del interés superior de N. y T., quienes se han manifestado en autos en forma coincidente con la decisión adoptada. Pues son ellos quienes han introducido una alternativa que no fuera la peticionada por las partes, que -como se dijo- al momento de peticionar estaban involucrados en una situación de "alta conflictividad" a la que arrastraron a sus hijos.

Nótese que no siempre existió consenso entre los hermanos respecto de las actividades a realizar o en la forma de desarrollar los regímenes de comunicación, circunstancia que hoy no puede ser soslayada en tanto cada uno de ellos como sujeto individual tiene sus respectivas necesidades y el derecho a transitar el complejo escenario familiar de la manera en que se respete el superior interés de cada uno de ellos.

Nada de todo esto ha tenido en cuenta el recurrente a la hora de disentir con el decisorio.

Por último, los antecedentes de esta Sala que cita, más allá de su imprecisión, no corresponden a pronunciamientos dictados en esta especialísima

materia. La Sentencia 27/2017 es una resolución definitiva dictada en materia laboral, mientras que la Sentencia Nro. 38/16 corresponde al registro de resoluciones Civiles y Comerciales de este tribunal.

Por las razones señaladas, y toda vez que observo que la jueza *a quo* omitió expedirse sobre la comunicación y vínculo entre los hermanos, deberá aclararse en la sentencia que pesa sobre ambos progenitores garantizar el vínculo y comunicación entre los hermanos y no solo respecto de los niños con el progenitor no conviviente.

4. Costas y honorarios:

En atención a como se resuelve, las costas de esta instancia se imponen al apelante vencido.

Los honorarios se establecen de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria y las específicas del artículo 14 del mismo ordenamiento.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Propongo:

1) Rechazar los agravios y confirmar la sentencia de fs. 585/596, disponiendo que los progenitores deberán garantizar la comunicación y el vínculo, no solo con el progenitor no conviviente, sino entre los hermanos mutuamente.

2) Imponer las costas de esta instancia al apelante vencido.

3) Regular los honorarios profesionales del Dr. P. J. F. T. en el 25% y los de las Dras. A. A. de T. y M. G. conjuntamente en el 30% de los que le fueron regulados por su actuación en la primera instancia. En

ambos casos con más la alícuota del IVA si correspondiere.

A la primera cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

La Sentencia Definitiva nro. 13/2018 del Juzgado de Familia nro. 3 de la jurisdicción que haciendo lugar parcialmente a la demanda y reconvención, otorgó a M. A. B. y a G. del V. C. el cuidado personal compartido bajo la modalidad indistinta de sus hijos menores de edad N. del V. y T. A., ambos de apellido B., con residencia principal de T. en el domicilio paterno y de N. en el materno (fs. 585/596). Contra la decisión, se opuso el padre M. A. B., apelando a fs. 599.

Expresó agravios a fs. 607/613, contestados a fs. 615/618, audiencia fs. 624, fs. 625, contesta vista la asesoría de Familia a fs. 630/632vta.

Efectuada esta breve referencia de lo acaecido en el presente conflicto y encontrándose detallados los antecedentes de hecho y de derecho de lo tramitado en el curso del pleito y de la cuestión a resolver por este tribunal por la Sra. camarista que me precedió, abordaré sin más especificaciones los agravios del reconviniente Sr. M. A. B..

Análisis:

En forma preliminar, quiero dejar aclarado, que la cuestión a decidir afecta exclusivamente a la decisión de la jueza *a quo* respecto de la residencia de la niña N. con su madre en la ciudad de Córdoba.

La primera crítica esbozada por el apelante se centra en lo que denomina violación al principio de congruencia.

No se desconoce que la congruencia refiere a la identidad jurídica que debe existir entre los sujetos,

el objeto y la causa, sobre los que haya recaído la decisión judicial, y los sujetos, el objeto y la causa que individualizan a la pretensión y la oposición (*cf*. Vénica, "Código Procesal Civil y Comercial", T° III, ed. Marcos Lerner, pág. 210). "El respeto al principio de congruencia garantiza la concreción en el proceso, del principio de igualdad ante la ley, pues el hecho de que el tribunal se limite a expedirse solo respecto de las pretensiones argüidas, importa otorgar a ambas partes la oportunidad legal de considerar y defender, con las garantías consiguientes, cada una de las razones o fundamentos que sostienen sus respectivas pretensiones" (obra, autor y pág. citada).

Esta postura definitoria no es absoluta; las modernas tendencias en derecho procesal de familia rescatan lo que Carbonnier pregonaba desde hace décadas: un "derecho flexible", más preocupado por ponderar las circunstancias del caso que por burilar perfectas y frías construcciones racionales geométricas (citado por Peyrano, Jorge W., "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas", LL, 1991-B-1034. Ver al respecto entre muchos otros Arazi, Roland, "Flexibilización de los principios procesales", "Revista de Derecho Procesal. Número extraordinario conmemorativo del Bicentenario. El derecho procesal en las vísperas del Bicentenario", Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 111).

Esta flexibilidad se vincula con distintos principios procesales y, en lo que aquí concierne, también con el principio de congruencia, que requiere que el juez emita pronunciamiento, total o parcialmente positivo o negativo, sobre todas las pretensiones y oposiciones formuladas por las partes y solo sobre

ellas, respetando sus límites cualitativos y cuantitativos. Ahora bien, esta congruencia que se exige de las resoluciones judiciales debe ceder frente a situaciones especiales que pueden darse en el marco de los procesos de familia, en aras de la satisfacción de otros derechos y/o principios de raigambre constitucional.

En síntesis, en materia de cuestiones de familia, sobre todo aquellos donde se encuentran debatidos aspectos de la vida de menores, sean estos, niños, niñas o adolescentes, el principio dispositivo y el principio de congruencia no son invocables; observo incluso que el juez puede disponer de oficio lo conducente para la mejor satisfacción de los derechos de los menores, si es que estos colisionan con la voluntad de sus padres.

En nuestros tribunales se ha dicho: "En materia de cuestiones de familia, sobre todo aquellos donde se encuentran debatidos aspectos de la vida de menores, sean estos, niños, niñas o adolescentes, no impera el principio de congruencia porque es desplazado por un principio superior en esta materia, que es el principio del interés superior del niño, por lo cual cualquier obstáculo o extremo que se oponga a su interés superior, incluida la voluntad de sus padres, debe ser removido y hecho a un lado" (citar: elDial.com - TW26B Cámara Civil, Comercial y Laboral de Trelew).

El planteo recursivo sobre desconocimiento de derecho y de las actuaciones de la causa previo a decidir, resulta a todas luces desestimable; la simple decisión diversa a su postura no implica más que una disconformidad y disidencia subjetiva del apelante.

Más aún cuando la jueza *a quo* claramente expuso en la sentencia venida en crisis las constancias probatorias en que asentó su decisión, informes de equipo técnico y testimoniales, que no se observan desvirtuadas por el quejoso, quien ve acertada la decisión judicial respecto de T. pero no de N..

Adelanto que comparto con la jueza *a quo* la decisión y con la Sra. camarista prevotante: los informes de fs. 365, fs. 408, fs. 405/6 se presentan inconfrontables, los adultos han priorizado su conflicto frente al bienestar de los niños. Observo también la exhortación a los progenitores de fs. 560 de la asesora civil de cumplir con los acuerdos.

Si bien el principio general es la no separación de los hermanos, en algunos casos, y siempre teniendo como norte el interés superior de los niños involucrados, se ha aceptado esta posibilidad. La prueba recopilada en autos, particularmente los informes de los terapeutas de los niños de fs. 405, fs. 365, fs. 408, dan cuenta de la voluntad de los niños.

No debe perderse de vista que el art. 3 de la Ley 26061 en su párrafo final expresamente dispone: "cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros" y el art. 27 de la misma norma que impone a quien tiene el deber de decir, oír al niño y respetar su opinión.

N. ha manifestado en entrevista personal en esta Cámara claramente su voluntad, manteniendo lo dicho a la jueza *a quo*, aun con su escasa edad tiene pleno discernimiento de la situación, no se evidencia de la

prueba producida ningún factor que indique inconveniencia en que viva con su madre, que es su deseo expresado reiteradamente.

Tanto el padre de la niña como el Ministerio Pupilar son conocedores del deseo de la infante de vivir con su madre, conocimiento que también tienen el hermano de la niña. Esto es, todas las personas involucradas en la cuestión son conocedoras de esa circunstancia, porque lo expresaron en sus respectivas presentaciones por escrito, y verbalmente en la audiencia realizada.

Como se ve, los motivos que aduce el padre para oponerse a N. viva con la madre no están justificados y resultan improcedentes, como injustificada esta revisión en alzada, reflejando la imposibilidad de los adultos de solucionar su conflictiva, extendiéndola temporalmente.

No se infiere que la decisión de la jueza *a quo* sea contraria al interés de la niña, objeto de la máxima tutela legal nacional e internacional, en cuanto fijó su residencia en el domicilio de la madre.

Estos argumentos y los expuestos por la Dra. Zanatta -que hago propios-, me llevan a rechazar los agravios del padre, quien objetó parcialmente la decisión, y confirmar la sentencia venida en crisis.

Asimismo, ordeno que se incluya en la decisión de grado que la comunicación debe garantizarse respecto de los hermanos.

Costas de la alzada al apelante vencido, conforme principio general de la derrota (art. 69 CPr). Adhiero a la propuesta sobre regulación de honorarios realizada por mi colega preopinante por ajustarse a lo dispuesto en la ley arancelaria (art. 13).

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Doy por reproducida la fórmula postulatoria presentada por la Dra. Zanatta.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Hayes no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Rechazar los agravios y confirmar la sentencia de fs. 585/596vta., disponiendo que los progenitores deberán garantizar la comunicación y el vínculo, no solo con el progenitor no conviviente, sino entre los hermanos mutuamente.

2) Imponer las costas de esta instancia al apelante vencido.

3) Regular los honorarios profesionales del Dr. P. J. F. T. en el veinticinco por ciento (25%) y los de las Dras. A. A. de T. y M. G. conjuntamente en el treinta por ciento (30%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Presidenta

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2018
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"

MARCELO ANDRÉS NICOTERA Secretario de Cámara