000299/2019

--- Trelew, de Julio de 2019.-

--- **VISTO:** La Sentencia Interlocutoria Nro. 178/2019 de fs. 81/84, el recurso de apelación deducido a fs. 85 por la parte demandada, concedido a fs. 86, y fundado a fs. 87/89vta. y contestado por la contraria a fs. 92/93vta.----------

Y CONSIDERANDO: ----------

--- I.- Que la resolución recurrida hizo lugar parcialmente a la incidencia planteada y, en consecuencia, dispuso que el cuidado personal de S. N. B. sea ejercido de manera unilateral por el Sr. A. D. B., y el de G. D. B. sea ejercido de manera unilateral por la Sra. R. R. M.. Asimismo, dejó sin efecto el acuerdo homologado mediante Sentencia Interlocutoria N° 0151/2017 dictado en el Expte. N° 311/2017 procediéndose a su anotación marginal. Por su parte, estableció un régimen de comunicación amplio a favor del progenitor no conviviente, en ambos casos, estableciendo las costas por su orden. Para resolver así respecto de S., tuvo en cuenta su opinión, el dictamen de la Asesoría de Familia, el informe psicológico agregado en autos y el informe del Equipo Técnico Interdisciplinario. En cuanto a la situación de G., tuvo en cuenta su opinión. En base a ello, atento la distancia existente entre los domicilios de los Sres. B. y M., y compartiendo lo dictaminado por la Asesoría de Familia, consideró otorgar el cuidado en forma unilateral por cada menor de edad.----------

--- II.- Que la Sra. M. se agravia señalando que el informe del ETI de fs. 59/62vta. indica que no están dadas las condiciones para que S. se traslade a Buenos Aires con su progenitor, más allá de su opinión personal. Manifiesta que dicho informe también resalta que no es favorable la separación fraterna de ambos hermanos. Dice que no se tuvo en cuenta la opinión de G., quien también evidenció ante el ETI un nivel de madurez suficiente, conforme a su edad. Agrega que, además, no fue entrevistado por la Jueza. Expresa que, si S. se traslada a Buenos Aires, por los horarios laborales de su padre, estará sola gran parte del día y deberá hacerse cargo del cuidado de su hermana de 2 años. Señala que el dictamen de la Asesoría de Familia solo comprende a S., omitiendo expedirse por G., quien tampoco tuvo la oportunidad de presentarse con un abogado del niño. Por tanto, solicita que S. continúe viviendo con su madre y su hermano G..----------

---- III.- Que a fs. 92/93vta obra la contestación al memorial de agravios por parte del Sr. B., y que a fs. 99 se llevó adelante la audiencia que establece el art. 130 de la Ley III N° 21, donde las suscriptas tomamos contacto personal y directo con S. y G., donde también la Sra. Asesora de Familia realizó el dictamen correspondiente, solicitando se confirme la sentencia de grado. ----------

---- IV.- Que en cuestiones de cuidado personal de niños, niñas y adolescentes, más allá de las pretensiones de los progenitores, puede determinarse de oficio el régimen más compatible con la organización y posibilidades de cada familia particular, como señala expresamente el art. 650 del CCCN. Allí se debe tener presente el interés superior de los

menores de edad involucrados y su opinión, incluso si ello significa establecer una posición distinta a la asumida por los progenitores (conf. esta Sala, SIF N° 05/2019). Si bien el sistema que introduce el nuevo CCCN privilegia el principio de coparentalidad, regula con precisión las diversas alternativas posibles respecto del cuidado, estableciendo distintas herramientas a los fines de brindar una justa y equitativa solución, la que dependerá directamente de la situación de hecho que se presente (conf. art. 651 y 656 CCCN; esta Sala, SDF N° 07/2018, con cita a Vigo, Florencia, comentario al art 666 en Código Civil y Comercial Comentado, 2015, dirigido por Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso, Tomo II, Buenos Aires, Infojus). En el caso específico del cuidado unilateral, el Tribunal se encuentra facultado a ponderar la actitud de los padres, la edad y opinión del hijo y el respeto al centro de vida del menor (conf. CAT, Sala B, SDF N° 05/2016, con cita de Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y LLoveras, Nora, Directoras, “Tratado de Derecho de Familia”, Rubinzal – Culzoni Editores, 2014, T. IV, pág. 134).----------

---- En este orden, la edad de los involucrados, se vincula al concepto de la capacidad progresiva que la nueva norma de fondo les asigna. Así, el derecho a ser oído debe evaluarse a la luz de este principio, concedido por el art 26 del CCCN a los menores de edad sobre cuestiones que hacen a su desarrollo, de acuerdo vayan alcanzando un mayor grado de madurez. En este aspecto, la Convención sobre Derechos del Niño pretende que éste pueda desempeñar una actividad autónoma, incluso diferente a la fórmula que platean sus progenitores (conf. CAT, Sala A, SIF N° 05/2019, con cita a CAT Sala B, SDC N° 34/2000; Gil Domínguez, Andrés, Famá, Maria Victoria y Herrera, Marisa "Ley de Proteccion Integral de Niñas, Niños y Adolescentes-. Ley 26.061 EDIAR,2007, págs. 453/456).----------

--- Tratándose S. de una adolescente de 14 años, posee la determinación necesaria para elegir con cuál de sus progenitores prefiere estar. Ella se encuentra transitando la adolescencia por lo que tiene autonomía en la decisión de algunos actos de la vida cotidiana y con el correr del tiempo, atravesando la pubertad, adquirir una mayor autodeterminación. Por ello, lo que expresa, lo que desea, su voluntad, debe ser escuchada, si es que ello no conlleva un peligro o daño para su persona (conf., CAE, SIF N° 209/2018), lo que en este caso no se evidencia en forma objetiva. S. es ya una adolescente, y el Código presume un determinado nivel de madurez en el ejercicio de sus derechos, que solo puede ser rebatido mediante prueba en contrario por parte de quien sostiene su falta de madurez para el acto en cuestión (conf. CAPM, SDF N° 03/2017), lo que aquí no fue acreditado. Escucharla a S. en su deseo de vivir con su padre no es ni más ni menos que reconocerla como un sujeto de derecho participativo, lo que implica que es titular de derechos fundamentales y con capacidad de ejercicio por sí mismo, con facultades acordes a su edad y a la etapa de madurez que cursa (conf. CAT, Sala B, SIF N° 60/2018; con cita a Santi, Mariana en Bueres, Dir., Código Civil y Comercial de la Nación Buenos Aires, Hammurabi, 2014, T 1A, p 281), no habiéndose

demostrado en autos elementos suficientes —más allá de la preocupación lógica y natural que puede tener la madre por la situación y futuro de su hija— que permitan sostener que no es conveniente aquel traslado. ----------

--- En este sentido, además de lo dicho por S. ante el Equipo Técnico Interdisciplinario y la Sra. Jueza de primera instancia, se tiene particularmente en cuenta la entrevista llevada a cabo en esta instancia con la adolescente a fs. 99 en ocasión de llevarse adelante la audiencia del art. 130 de la Ley III N° 21, momento en el cual explayó de manera razonable y fundada los motivos por los cuales desea vivir en la ciudad de Buenos Aires con su padre y su familia, entre la que se encuentra también otra hermana, fruto de la relación de su progenitor con su nueva pareja. Todos los motivos expuestos que hacen a sus deseos y aspiraciones, demuestran que S., de acuerdo a su madurez, ha meditado la decisión, teniendo en consideración las ventajas y desventajas de su decisión, la cual igualmente reafirma invariablemente desde que su padre inició este proceso a su pedido, según comentó. ----------

--- Cabe destacar que la adolescente buscó su propio patrocinio letrado a los fines de poder presentarse de manera individual en este proceso, en posición diferenciada de sus padres, lo que reafirma aún más su deseo e intensión de elegir el lugar de su residencia, su forma de vida y con qué progenitor pretende vivir.----------

--- Por tanto, con el alcance señalado, si se reconoce a S. el derecho a ser oída de acuerdo a su capacidad progresiva para obrar, este no tiene ningún valor si no puede ser ejercido de un modo útil y eficaz, como sucede en el caso. ----------

---- Es por ello que, según el tipo de relación que mantiene con su hermano G. — sobre la cual ambos se explayaron en la audiencia de fs. 99—, lo cierto es que S. también ha evaluado este apartamiento, eligiendo vivir en adelante con su padre y la hermana que tiene en virtud de la relación que mantiene el primero con su nueva esposa, además de la familia extendida paterna (referenció una prima y su abuela paterna), quien vive en las cercanías de la Ciudad de Buenos Aires. ----------

--- Es decir, como ha dicho el Superior Tribunal bonaerense, si bien el principio general es la no separación de hermanos, en algunos casos, y siempre teniendo como norte el interés superior de los niños involucrados, se ha aceptado esta posibilidad (conf. SCBA LP C 91622 S 26/10/2010, “D.,A. E. c/D. ,C. y o. s/Tenencia”, JUBA, Sumario N° B33672). Por tanto, si bien la mudanza de S. producirá la separación de su hermano G., ello puede remediarse mediante un proceder inteligente de los progenitores, quienes pueden procurar una vida afectiva cercana mediante un trato fluido y comunicación cotidiana (conf. CACR, Sala B, SDC N° 44/2003).----------

--- Por su parte, si bien asiste razón a la apelante acerca que la Jueza de grado no ha tomado contacto directo y personal con G., lo cierto es que su opinión puede verse de la entrevista que tuviera el citado con el equipo técnico disciplinario, pero por sobre todo con las suscriptas en la ocasión de la audiencia de fs. 99, momento en el cual el mismo

ejerció dicho derecho, no existiendo argumentos para modificar lo resuelto en la sentencia de grado.----------

--- Cabe reiterar aquí, si bien el principio general es la unidad de los hermanos, este se encuentra sujeto a excepciones en virtud de las circunstancias imperantes, y en este caso se debe tener presente que la falta de continuidad en dicha convivencia se da por decisión de uno de esos hermanos, ya adolescente, que con suficiente madurez elige seguir viviendo con su padre y su otra hermana, de acuerdo a sus deseos y aspiraciones. ----------

---- Asimismo, en cuanto hace a los cuestionamientos de la recurrente atinentes a la falta de seguimiento de las conclusiones del Equipo Técnico Interdisciplinario, debe recordarse que esta Sala ya ha dicho que en estos procesos su opinión es necesaria y pertinente (arts. 706, inc. b del CCCN), mas sus conclusiones no son vinculantes, pudiendo ser dejadas de lado si existen razones fundadas (conf. esta Sala, SIF N° 45/2018 y SIF N° 39/2018; con cita a CACR, Sala A, SIF N° 71/2014; Lamberti y Sanchez, Apreciaciones sobre la ley de Protección contra la Violencia Familiar, E.D. 163-1183 cit. por Carolina L. Ubertone y Verónica Ridolfi, en "Protección contra la la Violencia Familiar" dir. Aida Kemelmajer de Carlucci, Ed. Rubinzal Culzoni, santa fe 2007, p. 112). En el caso, éstas se encontraron presentes en tanto la Jueza de grado se basó para decidir en constancias objetivas de la causa, como el dictamen psicológico agregado a fs. 6/7, su entrevista personal con S. y la opinión de la Asesora de Familia. ----------

--- En consecuencia esta Sala entiende que no existen motivos fundados para desconocer el deseo real, sincero y fundado de S., quien con un grado de madurez suficiente, ha dado argumentos atendibles para la elección del progenitor con quien pretende vivir y su lugar de residencia, motivo por el cual corresponderá confirmar la sentencia de primera instancia en todos aquello que fuera materia de agravios. ----------

-- IV.- En virtud de ello, las costas serán impuestas en el orden causado por la índole de lo decidido (art. 69 y 70 del CPCC). Se regulan los honorarios de esta instancia, para lo cual se tendrá en consideración el mérito a la labor desarrollada y la solución arribada al Dr. F. G. J., letrado apoderado del actor, a la Dra. M. E. y P. O., patrocinantes del actor, en la suma equivalente a 8 JUS, en conjunto, con más la suma equivalente a 3 JUS a favor del Dr. F. G. J. en virtud del plus procuratorio (arts. 5, 6, 7, 8, 9, 13, 32, 39, y 46 de la Ley XIII Nro. 4). Sin regular honorarios al Dr. Rafael Frontini y a la Dra. Aldana Carrizo Yncio por ser abogados de la defensa pública (art. 3, inc. 7 Ley V - Nº 90). ----------

--- Por ello, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew; **RESUELVE:** ----------

--- CONFIRMAR la Sentencia Interlocutoria Nro. 178/2019 de fs. 81/84 en todo aquello que fuera materia de agravios. ----------

-- IMPONER las costas por el orden causado. ---------- -

-- REGULAR los honorarios del Dr. F. G. J., M. E. y P. O. en la suma equivalente a 8 JUS, con más la suma equivalente al Dr. F. G. J. a 3 JUS en virtud del plus regulatorio. Sin regular honorarios al Dr. Rafael Frontini y a la Dra. Aldana Carrizo Yncio, por lo

señalado en el considerando pertinente. ----------
--- DEJAR constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haber coincidencia de opinión y por hallarse en uso de licencia la restante vocal de Sala (arts. 7 y 8 de la ley V Nro. 17). ----------
--- Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------