----En la ciudad de Trelew, a los 14 días de octubre del año dos mil veinte, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Dra. Florencia Cordón Ferrando y la presencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Natalia Isabel Spoturno y del Sr. Juez de Cámara Dr. Marcelo Fernando Peral, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“T. T., A. O. c/ P., M. V. s/ Cuidado Personal y Régimen de Contacto” (Expte. N° 490 – Año 2019 CAT)** venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado. Acto seguido se resolvió plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Natalia Isabel Spoturno expresó: ----------

---I. La sentencia definitiva de Primera Instancia, dictada el día 28 de octubre de 2019 y obrante a fs. 58/62vta, no hizo lugar a la demanda interpuesta por la parte actora. Otorgó el cuidado personal compartido con modalidad alternada del niño J. U. T. T. a sus progenitores. Dispuso que el niño estará una semana con cada uno de sus progenitores, desde el lunes a la salida del jardín hasta el siguiente lunes al ingreso al jardín. Ordenó a ambos progenitores retomar sus espacios terapéuticos a fin de adquirir herramientas para desarrollar una coparentalidad beneficiosa para J. (debiendo acreditar en autos los datos de sus terapeutas y la continuidad del tratamiento cada tres meses). Dio intervención al Servicio de Protección de Derechos (SPD) para que controle el cumplimiento de la sentencia. Impuso las costas por su orden y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.----------

-----La sentencia fue apelada por A. O. T. T. a fs. 64. ----------

-----A fs. 68/70 (6/11/2019) se presentó el actor solicitando, como medida cautelar, la restitución a su centro de vida de J. (quien, según afirmó en su presentación, había sido trasladado por la madre sin su consentimiento a la localidad de Sarmiento) y el cuidado personal unilateral provisorio.----------

----A fs. 71 la jueza concedió el recurso de apelación interpuesto por el actor e intimó a la progenitora a restituir a J. U. T. T. en el término de 24 horas a su centro de vida en la ciudad de Trelew. La madre fue notificada el día 8/11/2019 según constancia acompañada por el padre a su presentación de fs. 79 en la que solicita el libramiento de mandamiento a fin de hacer efectiva la restitución del niño y reitera el pedido de cuidado personal provisorio a su favor por 60 días. ----------

----El día 12 de noviembre de 2019 (fs. 80) la jueza de la causa libró mandamiento de restitución a la localidad de Sarmiento y otorgó, como medida cautelar, el cuidado personal del niño a su padre por el término de 60 días.----------

---Obra agregado a fs. 98/105 el Expte. 376/2019 Mandamiento Ley 22172 tramitado

antes el Juzgado de Familia de la localidad de Sarmiento y mediante el cual se efectivizó, el día 14/11/2019, la restitución ordenada por la jueza de primera instancia.—----------

----El actor expresó agravios contra la sentencia definitiva a fs. 110/112. ----------

----Denuncia en primer lugar un hecho nuevo sobreviniente vinculado con la situación de J. U. (en referencia a la restitución ordenada judicialmente y concretada según constancias obrantes a fs. 98/106). Dice que desde ese momento el niño se encuentra residiendo con su progenitor por lo que la situación fáctica es diferente a la tenida en cuenta por la jueza al dictar su sentencia. Agrega que la nueva situación refuerza su pedido respecto del cuidado personal. Afirma que desde el 14 de noviembre de 2019 el niño se encuentra bajo su cuidado personal exclusivo, manteniendo solo contacto telefónico con su progenitora que continúa viviendo en Sarmiento.----------

---Se agravia porque la sentencia de primera instancia no valoró correctamente la prueba. Dice que tampoco tuvo en cuenta el informe de SPD obrante a fs. 83 que da cuenta que ambos hijos de P. se quedaban solos cuando ella no tenía con quien dejarlos cuando iba a trabajar. Refiere que del informe de la policía comunitaria obrante a fs. 73 surge que los niños estaban solos en su casa. Afirma que todos los elementos probatorios aportados fueron arbitrariamente dejados de lado por la sentenciante y que las pruebas demuestran que la progenitora ha tenido conductas lesivas del bienestar de J.. Dice que la decisión tomada por la madre de alterar unilateralmente el centro de vida del niño, que le valió el reproche jurisdiccional al ordenar la restitución, da cuenta de las intenciones de la Sra. P. de no respetar la decisión judicial en detrimento del interés superior de J.. ----------

---- Concluye sus agravios solicitando se disponga que el cuidado personal del niño J. U. sea bajo la modalidad unilateral (debido al traslado de la progenitora de ciudad) o en su defecto compartido indistinto con residencia principal en el domicilio paterno.----------

------A fs. 143 obra acta de la audiencia celebrada en el marco de lo dispuesto por el art. 130 de la Ley III Nº 21. ----------

----A fs. 145 obra dictamen de la Asesora de Familia. En su dictamen hace referencia al “hecho nuevo” y agrega que el niño se encuentra integrado en el ámbito paterno. Dice que el contacto con la madre es esporádico, no organizado con anterioridad y que el diálogo entre los progenitores no es posible. Entiende que para determinar el Cuidado Personal —plateo de autos—, debe considerarse como principios rectores el centro de vida, interés superior y opinión de los hijos, entre otros. Agrega que de las constancias de autos no surge presentación alguna de la progenitora respecto de su intención o postura ni justificó su ausencia. Dice que si bien la regla es el cuidado personal compartido y la excepción el unilateral, corresponde analizar las actitudes asumidas por los progenitores. En este sentido afirma que J. reside en la actualidad permanentemente

con su padre que es quien lleva adelante unilateralmente los diversos actos de la vida cotidiana de su hijo sin participación ni colaboración de la progenitora. Por los motivos que expone, y después de escuchar al niño en la audiencia, en virtud del mantenimiento de la situación existente y la escasa participación de la madre en la vida del niño, entiende que el cuidado personal debe otorgarse como solicita el progenitor, unilateral a su favor. Agrega que el otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente y recuerda que las cuestiones de familia son modificables. Por último, atendiendo a la necesidad y derecho del niño de mantener contacto con el progenitor no conviviente, requiere se inste a ambas partes a acudir a la vía correspondiente a fin de acordar un régimen de comunicación que garantice la vinculación materno filial, con la intervención del ETI del fuero familiar a fin de efectuar las sugerencias y evaluaciones necesarias a tal fin.----------

----II. Ingresando al tratamiento del recurso adelanto que propondré al acuerdo hacer lugar al pedido del progenitor otorgándole el cuidado personal unilateral de J. U. (art. 653 CCyC).----------

----Tengo en consideración para decidir de este modo los hechos ocurridos en autos con posterioridad al dictado de la sentencia de primera instancia. En mi opinión, la conducta de la progenitora evidenciada en el Expte. 376/2019 agregado no permite — *por ahora*— otra solución. En efecto, surge del expediente en cuestión que el día 14 de noviembre de 2019, y habiendo transcurridos muy pocos días desde el dictado de la sentencia de primera instancia, fue necesario diligenciar un mandamiento de restitución para que J. pudiera regresar a la ciudad de Trelew. El niño había sido llevado por su madre a la localidad de Sarmiento de nuestra provincia donde se encontraba al momento de realizarse la diligencia mencionada. ----------

------Tengo también en cuenta la opinión de la Asesora de Familia antes referenciada que se inclina por otorgar el cuidado personal unilateral de J. a su padre. ----------

----- Tal como hemos resuelto en otras oportunidades, el rol de la Asesoría de Familia es de suma importancia y no debe soslayarse al momento de resolver las cuestiones que involucra a personas menores de edad. Cierto es que su dictamen no es vinculante pero, dada su importancia, si quien decide se aparta de lo dictaminado, debe fundar su decisión (art. 165 inc. 5° del CPCC). Y en este caso, como adelanté, considero que la opinión dada por la Asesora de Familia en su dictamen es la que mejor se ajusta al interés superior de J.. ----------

----En cuanto a la importancia del rol cumplido por la Asesoría de Familia, enseña Moreno que el Ministerio Público tiene una legitimación anterior al proceso judicial, por lo que estrictamente “no asume la representación en el proceso”, sino que “interviene” en tanto ya tiene dicha representación por mandato legal (art. 59 CCiv. y art. 103 Cód. Civil y

Com.); resultando tal intervención esencial en todo asunto en que estén en juego los derechos de las personas representadas, bajo pena de nulidad (MORENO, Gustavo, “La representación adecuada de niñas, niños y adolescentes. Rol del asesor de menores e incapaces”, en Fernández, Silvia E. (dir.), 2015. *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes*, Tomo III. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 2695/2718). Asimismo, como señala Tordi, en el marco constitucional vigente, el Ministerio Público constituye una garantía de protección de los derechos humanos adicional a la conferida a toda persona, que el derecho otorga a quienes por razones de edad o salud mental se encuentran en especial condición de vulnerabilidad (TORDI, Nadia A., 2017. *Repensando el rol del asesor en los procesos de alimentos debidos a los hijos menores de edad.* Publicado en: RDF 78, 09/03/2017, 79. Cita Online: AP/DOC/15/2017).----------

----Tengo también en cuenta para decidir el interés superior de J. (art. 3 de la Ley 26061 *in fine)*. La atención principal al interés superior del niño a que alude el precepto citado apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger a la persona menor de edad. Este principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños, niñas y adolescentes en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de su mayor beneficio (CSJN, Fallos 328:2870). Los niños, niñas y adolescentes tienen pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de las personas menores de edad debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto (CSJN, Fallos 328:2870).----------

----------En este caso considero que la mejor manera de resguardar el interés superior de J. es resolviendo el presente recurso en el sentido propiciado por la Asesora de Familia. Por ello, propondré al acuerdo revocar la sentencia apelada y otorgar el cuidado personal unilateral de J. U. T. T. a su padre, A. O. T. T..----------

----Asimismo, no resultando posible en este estado tomar ninguna decisión respecto del régimen de comunicación con su madre, y resultando de suma importancia para el niño tener contacto con ella, propongo —receptando de este modo la sugerencia formulada por la Asesora en su dictamen— que se inste a ambas partes a acudir a la vía correspondiente a fin de que, con intervención del ETI, acuerden un régimen de comunicación que garantice la vinculación materno filial.----------

---III. Por los motivos dados propongo al acuerdo revocar la sentencia apelada a fin de otorgar el cuidado personal unilateral de J. U. T. T. a su padre, A. O. T. T.. Propongo también que se inste por este medio a ambas partes para que, con intervención del ETI, acuerden un régimen de comunicación que garantice la vinculación materno filial. --------

----------En cuanto a las costas correspondientes a la primera instancia, si bien mediante la presente se modifica lo decidido en el grado, considero que en virtud de la naturaleza de las cuestiones decididas, deben mantenerse del modo en que fueron impuestas (art. 69 2do. párrafo CPCC). Por idénticas razones propongo que las costas de alzada también se impongan en el orden causado. Finalmente propongo regular los honorarios del Dr. Rafael Frontini y de la Dra. Laura Soledad Guindin, en conjunto, por sus labores de alzada y atendiendo a la extensión, calidad y resultado de ellas así como también los mínimos de ley, en 8 JUS (arts. 5, 6, 6bis, 7, 9, 13, 29 y 46 de la Ley XIII n° 4). ----------

--Por lo expuesto, a la primera cuestión voto por la NEGATIVA. ----------

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. Peral expresó: ----------

I. La Dra. Spoturno reseñó detalladamente el pronunciamiento apelado y los agravios expresados por el actor. Para evitar innecesarias reiteraciones, solo voy a puntualizar que la sentencia apelada otorgó el cuidado personal compartido con modalidad alternada del niño J. U. T. T. a sus progenitores y que el actor apelante, al expresar agravios, además de cuestionar la solución referida, denunció la modificación de la situación de hecho existe al momento de su dictado, informando que su hijo actualmente reside con él en esta ciudad en virtud de la restitución ordenada por la Jueza de primera instancia.-

-------Después de destacar el hecho referido y de afirmar que el mismo refuerza su pedido respecto del cuidado personal que reclama, en fundamento del recurso articulado, el actor básicamente sostiene que la jueza de primera instancia no realizó una adecuada valoración de la prueba rendida en autos, la que, según sostiene, demuestra el desinterés de la demandada respecto al bienestar de J. U. y en base a dicho argumento, solicita que el cuidado personal de su hijo se establezca bajo la modalidad unilateral o en su defecto compartido indistinto con residencia principal en el domicilio paterno.------

------II. Analizadas las constancias de autos, teniendo en cuenta el dictamen de la Asesora de Familia y que el niño J. U. desde el 14 de noviembre de 2019 se encuentra bajo el cuidado exclusivo del actor, adelanto que coincido con la opinión de la colega preopinante en tanto propone que el cuidado personal de J. U. sea otorgado al actor bajo la modalidad unilateral (art. 653 CCyC). ----------

-----Al respecto, en primer lugar cabe recordar que el art. 3 de la Convención sobre los Derecho del Niño establece que cualquier decisión que se tome respecto de niños, niñas o adolescentes deben atender, primordialmente, al interés superior del niño y que la ley 26.061 expresamente establece que "*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*" (art. 3 último párrafo).----------

-----Teniendo como norte tal interés superior, no tengo duda que —en las actuales circunstancias fácticas— el cuidado personal unilateral solicitado por el recurrente en los

términos del art. 653 del CCyC es la solución que mejor resguarda el interés del niño J. U.. Para arribar a dicha conclusión, no puedo soslayar valorar que después de dictada la sentencia recurrida la progenitora decidió de manera unilateral llevarse a J. a la localidad de Sarmiento sin el consentimiento del padre y que como consecuencia de ello se dispuso la restitución del niño a su centro de vida en la ciudad de Trelew.----------

----La solución que propone la Dra. Spoturno y que comparto, resulta acorde a lo dictaminado por la Asesora de Familia a fs. 145, quien indicó que J. se encuentra integrado en el ámbito paterno, que el contacto con la madre es esporádico y que es el progenitor conviviente quien realiza los diversos actos atinentes a la vida cotidiana del niño, sin que la progenitora participe o colabore en ello y por tales circunstancias, concretamente expresó que entiende que el cuidado personal debe otorgarse como solicita el progenitor, unilateral a su favor. Si bien dicho dictamen no resulta vinculante para este Tribunal, no encuentro motivo alguno para dar fundamento a solución distinta a la planteada en el mismo y por tal razón, como se indica en el voto precedente, debe ser seguido en este pronunciamiento. ----------

-----En razón de lo hasta aquí indicado, entiendo que en el caso de autos se verifican especiales circunstancia que permiten dejar de lado la regla consagrada en el art. 651 del CCyC que establece, como primera alternativa, el cuidado compartido del niño con la modalidad indistinta. Ello por no ser dicha modalidad posible y por ser la misma potencialmente perjudicial para J. en las actuales circunstancias. ---------- ----

-Siendo ello así, considero que debe mantenerse la situación actual y que el niño debe continuar bajo el cuidado de su padre y en consecuencia, acompaño la propuesta de la Dra. Spoturno de revocar la sentencia de grado y otorgar el cuidado personal unilateral del niño J. U. T. T. al actor.----------

---- Asimismo acompaño a la nombrada colega en cuanto sostiene que por el momento no resulta posible tomar ninguna decisión respecto del régimen de comunicación del niño con su madre e insta a ambos progenitores a lograr un acuerdo al respecto con la debida intervención del Equipo Técnico Interdisciplinario.----------

----Pese a que propongo revocar la sentencia recurrida, las costas de ambas instancias deben ser impuestas por su orden como se postula en el voto precedente (art. 69 2do. párrafos del CPCC). Asimismo, los honorarios de alzada del Dr. Rafael Frontini y de la Dra. Laura Soledad Guindin, en atención a la extensión, calidad y resultado de las tareas realizadas y al mínimo legal vigente, en conjunto, deben regularse en 8 JUS como se propone en el primer voto (arts. 5, 6, 6bis, 7, 9, 13, 29 y 46 de la al Ley XIII n° 4). --------

-----Por lo hasta aquí expuesto, a la primera cuestión voto POR LA NEGATIVA.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, la Dra. Spoturno dijo: ----------

---Ante el acuerdo alcanzado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:-

--------1. REVOCAR la sentencia apelada.----------

----2. OTORGAR el cuidado personal unilateral de J. U. T. T. a su padre, A. O. T. T.. --

-----3. INSTAR a ambas partes para que, con intervención del ETI, acuerden un régimen de comunicación que garantice la vinculación materno filial. ----------

---4. IMPONER las costas de primera instancia y de alzada en el orden causado. --------

--5. REGULAR los honorarios del Dr. Rafael Frontini y de la Dra. Laura Soledad Guindin, en conjunto, por sus labores de alzada en 8 JUS.----------

---6. Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

-Tal mi voto. ----------

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. Peral expuso:----------

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por la Dra. Spoturno, en tanto refleja fielmente el acuerdo logrado. ----------

--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 N° 17). ----------

---Trelew, 14 de octubre de 2020.----------

--En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente: ----------

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

---REVOCAR la sentencia apelada. ----------

--OTORGAR el cuidado personal unilateral de J. U. T. T. a su padre, A. O. T. T.. ---------

---INSTAR a ambas partes para que, con intervención del ETI, acuerden un régimen de comunicación que garantice la vinculación materno filial. ----------

---IMPONER las costas de primera instancia y de alzada en el orden causado. ----------

-REGULAR los honorarios del Dr. Rafael Frontini y de la Dra. Laura Soledad Guindin, en conjunto, por sus labores de alzada en 8 JUS.----------

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

----REGISTRADA BAJO EL N° ___03___ DE 2020 – SDF. - CONSTE. ----------