En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de agosto del año dos mil veintidós, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia del Dr. Julián Emil JALIL y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Guillermo Daniel HANSEN y Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"D., S. K. del V. C/ T., D. H. S/ Autorización judicial" (Expte. N° 03 - Año 2022)** venidos del Juzgado de Familia N°2 (Expte. N° 1168/20), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado.

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

1 – Antecedentes

El Juzgado de Familia N° 2 de esta ciudad dictó sentencia a fs. 114/121 vta., la cual fue apelada a fs. 124 por la parte demandada, siéndole concedido el recurso a fs. 126. Expresó agravios el apelante a fs. 128/131 vta., siendo replicados los mismos por la contraria a fs. 133/136. A fs. 152/153/154 obran las constancias de haberse celebrado con las partes y el niño D. H. T. la audiencia prevista por el art. 130 de la Ley III N° 21 y a fs. 162/163 se expidió la Asesoría de Familia de esta Circunscripción Judicial.

2 – La sentencia

La Sra. Magistrada a quo dictó sentencia en los siguientes términos: 1-) Haciendo lugar a la solicitud de S. K. del V. D. de trasladarse a la Ciudad de Guernica, Buenos Aires, junto a sus hijos D. H. T., G. A. T. y V. M. T. y fijar allí su residencia; 2-) Instando a S. K. del V. D. y D. H. T. que intenten alcanzar acuerdos respecto al plan de parentalidad de los hijos que tienen en común por la vía pertinente y a través de sus abogados, y en su caso

insten las acciones que consideren corresponder; 3-) Haciendo saber a ambos progenitores que deben ser permeables y flexibles a los fines del correcto desarrollo del régimen de comunicación a establecer, teniendo siempre presente que deberán dejar de lado las posiciones personales inconvenientes, y tener en cambio como objetivo el interés superior de los niños, que significa -entre otros aspectos- que los niños puedan tener una saludable estancia con la madre y el mayor contacto posible con su padre, evitando provocarles un mal mayor del que ya sufren por las discrepancias entre los progenitores; 4) Recordando a la Sra. D. que se mantiene vigente la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental de D. H., G. A. y V. M. en forma conjunta entre ambos padres (art. 641 inc. b) del CCyC) como así también lo dispuesto en el art. 645 del citado ordenamiento y todos los deberes derivados del cuidado personal (información - art. 654-, de comunicación ya abordado -art. 652-, de asistencia alimentaria -arts. 658 y siguientes-, etc.) y 5-) Imponiendo las costas por su orden y regulando los honorarios de los profesionales intervinientes

3– Agravios de la parte demandada

3.1) En su primer agravio plantea el recurrente que la sentencia **privilegió el interés particular de la actora por sobre el superior interés del niño.** Reitera que la decisión en crisis antepone el interés personal de la actora por sobre el interés superior de los tres niños. Expresa que solamente se ha tenido en cuenta lo expuesto por su hijo D., quien actualmente atraviesa una situación particular respecto de su padre y que el fallo omite considerar el interés general de los tres menores en su conjunto.

Luego dice que los niños tienen su centro de vida actual en la ciudad de Puerto Madryn, donde tienen su rutina, interacción social, escolar, médico, terapéutico y desarrollan plenamente todos sus derechos.

Manifiesta que la protección integral de la familia está consagrada en nuestra Constitución Nacional y que el decisorio limita el pleno ejercicio parental del apelante, vulnerando así el derecho constitucional a la protección de la familia, sin tener en cuenta el superior interés del niño sino el mayor interés de su madre.

3.2) En el segundo agravio refiere que la sentenciante **se excede en el resolutorio al avanzar sobre los derechos y responsabilidades parentales.** Sostiene que la decisión obstruye el derecho y deber a una comunicación fluida del padre con sus hijos, como así también el derecho y deber a cuidarlos, educarlos, prestarles orientación y dirección para el ejercicio de sus derechos e impide el ejercicio del derecho y deber de cuidado personal que requiere de una cotidianeidad. Agrega que limita un posible plan de parentalidad relacionado al cuidado de los niños, teniendo en cuenta la distancia entre los domicilios que tendrán ambos progenitores. Sostiene que la decisión de la a quo avanza sobre el derecho de los niños y del padre a mantener un contacto fluido.

Insiste con el derecho-deber de comunicación el que se encontrará afectado respecto de los tres niños y resultará negativo para fortalecer el vínculo que requiere la relación actual con su hijo D.

Reitera que la sentencia afecta el derecho-deber de la comunicación entre padres e hijos y que se ha priorizado el interés de la actora.

Afirma después que la sentencia es "**arbitraria**" porque afecta gravemente la relación entre el padre y los hijos y el interés superior del niño que siempre debe ser priorizado.

3 – Cuestión previa

Si bien es cierto que la recurrente mezcla en su recurso críticas a lo resuelto en el fallo que impugna, trayendo argumentos simplistas y subjetivos, no es menos cierto que –respetando el criterio amplio que tiene esta Alzada sobre

el tema— cabe admitir la fundamentación recursiva y tratar los agravios expuestos.

Ahora bien, dado que en la presentación se confunde el concepto de "agravio" y "argumento", es necesario plantear esta cuestión previa, conforme lo vengo haciendo ante presentaciones similares.

La SCJBA, con el carácter de doctrina legal, ha sostenido que debe diferenciarse el concepto de "agravio" del de "argumento".

La jurisprudencia, siguiendo esa doctrina legal, tiene dicho que debe ser considerado "agravio" toda crítica dirigida a las denominadas "cuestiones esenciales", que son las que hacen a la estructura de la litis y su esquema jurídico. Que sin su consideración no sería posible resolver el caso planteado. Va de suyo que su tratamiento es obligatorio para la Alzada. En cambio, debe entenderse por "argumento" toda mención efectuada por la parte apelante destinada a sostener su posición, pero que no se refiere a las ya citadas "cuestiones esenciales". Los "argumentos" no son de tratamiento obligatorio en segunda instancia (conf. SCBA, Ac. 32.953, 12/06/84; Ac. 42.311, 31/10/89; Ac. 43.836, 20/11/91; Ac. 43.658, 17/03/92; Ac. 50.762, 07/03/95; Ac. 54.992, 19/10/96; Ac. 67.337, 01/07/97; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 92-93, 116-94, 272-93, 48-96, 126-93, 32-90, 35-96, 159-96, 45-00, entre otros; CALZ, Sala I, 11/03/2008, in re: "Zárate Aníbal José c/ Lovelle Daniel Osvaldo y Otros s/ Daños y Perjuicios" --N° 62.948— y "La Construcción S.A. c/ Lovelle Daniel Osvaldo y Otros s/ Cobro de Pesos" -N° 62.948 bis-). Es indudable que el Juez debe pronunciarse sobre todas las cuestiones de la pretensión y la contestación; es decir, sobre las "cuestiones esenciales" cuando su consideración tenga influencia en la resolución del caso.

Ingresando al planteamiento de la demandada recurrente, advertiré que los Jueces no están obligados a tratar todas las argumentaciones propuestas por las partes, sino que basta que hagan mérito de aquellas que consideren más

adecuadas para sustentar sus conclusiones (conf. CSJN, 08/11/81, in re "Dos Arroyos SCA c/ Ferrari de Noailles", en "Actualización de Jurisprudencia", N° 1440, La Ley, 1981-D, pág. 781; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 32/90, 172/00, entre muchas otras).

Las "cuestiones esenciales" son esas que, según las modalidades del caso, resultan necesarias para la correcta solución del pleito y vienen constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento y que –por su naturaleza— influyen preponderantemente en el fallo; son las vinculadas a la dimensión cuantitativa del objeto de la pretensión (conf. SCJBA, Ac. 21.917, DJBA, T. III, pág. 15; ídem, Ac. 35.221, in re "Ramos de Pagella c/ Escot", 22/04/86; CALZ, Sala I, 11/03/08, cit.).

Efectuadas estas consideraciones previas y reiterando que haré aplicación de la doctrina "amplia", en cuanto a la valoración del recurso deducido por la parte demandada, pasaré a tratar sus quejas.

4 – Tratamiento de los agravios

5.1 – Privilegio otorgado al interés de la actora por sobre el interés superior del niño

A-) Anticipo mi opinión con respecto a que lo expuesto en este punto por el demandado constituye solo una estructura teórica carente de una demostración clara y concreta sobre las razones que lo avalan y dan fundamentación al agravio.

Observo que se afirma que la decisión en crisis le dio prevalencia y privilegio al interés particular de la actora por sobre el interés superior de los niños; pero en ningún momento demuestra de modo serio y concreto que ello ocurra.

Por ejemplo, se dice en la queja que "…el fallo omite considerar el interés general de los tres menores en su conjunto…" (conf. fs. 128 vta.), pero no hay nada que lo demuestre de manera clara y precisa. Por lo tanto, estamos ante una simple expresión o manifestación interesada por parte de quien ha obtenido una sentencia adversa a sus pretensiones. Sabido es que ello no alcanza como agravio digno de análisis.

Advierto que el recurrente menciona el interés superior de los niños y –según su postura— la sentencia ha omitido considerarlo.

Es evidente que lo que constituye la estructura medular de este proceso, las dos soluciones posibles, es decir, que los niños vivan con la madre y visiten al padre o viceversa, podrían resultar válidas necesitando evaluar y determinar, en un ejercicio de ponderación, cuál de las dos condiciones primordialmente resulta mejor para el interés de los menores (no de los padres), atendiendo, necesariamente, a las circunstancias relevantes del caso.

Como es sabido, el art. 3, párr. 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño le otorga el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada.

El Comité de los Derechos del Niño ha determinado que el art. 3, párr. 1, enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño; y lo entiende, fundamentalmente, como un concepto dinámico y flexible que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto que nutre al caso articular.

Por su parte, la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas del año 2013 proporciona un esquema de textura abierta para evaluar y determinar el interés superior del niño; sin pretender establecer lo que es mejor para el niño en una situación y un

momento concreto (conf. GUZMAN, N.L., “La motivación de la sentencia y el Interés superior del niño. Aspectos prácticos de la ponderación en el derecho de familia”, DFyP 2016 (junio), 18; “Interés superior del niño y buena fe procesal. Sentencias pacificadoras y pedagógicas en el derecho de familia”, LLOnline AR/DOC/3314/2021).

De este modo, el interés superior del niño, al ser un concepto relacional, resulta flexible y adaptable. Así, debe ajustarse y definirse de forma individual, con relación a la situación concreta del niño o los niños afectados; y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales.

La sentencia que estoy analizando, como se puede advertir en el despliegue de sus argumentos justificativos –y en contraposición a lo que se dice en la queja— toma en cuenta dichas pautas, a saber:

1-) Un análisis serio –coherente y racional--, a través de concretas pautas de interpretación y argumentación, de todas las cuestiones que integran el interés superior del niño.

2-) Expone de modo patente que se ha tenido en cuenta explícitamente el interés superior del niño.

3-) Explica cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendría al interés superior del niño.

4-) Por último, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de cuestiones particulares en el caso concreto.

Queda claro, en el contexto de las particularidades del caso, que se exige más que una tarea de subsunción. Como se puede advertir en la sentencia en análisis, la conducta de las partes en la dinámica procesal relacionándola con la buena fe y el principio de colaboración de los litigantes, sumado al análisis individual y de conjunto de las pruebas periciales practicadas, en cuanto al

interés superior de los menores, resultaron, en definitiva, cuestiones relevantes para decidir de la forma en que se decidió (conf. GUZMAN, N.L., "Interés superior del niño y buena fe procesal …", cit.).

Es que el principio de buena fe que emana del art. 706 del CCyC, debe ser rector en este tipo de causas, dado que la norma establece que el proceso de familia debe transitar respetando ciertos principios entre los que se destacan el de la buena fe. Este principio, juntamente con el de lealtad procesal, es un concepto abierto que puede definirse como el deber de los sujetos procesales (las partes, el juez, personal judicial, auxiliares de justicia) de adaptar su comportamiento durante el proceso a un conjunto de reglas, criterio de conducta, de carácter ético, social y deontológico. Conforme a ello, la defensa de una parte no puede basarse en perjudicar el derecho a defensa de la otra o en la inducción a error del órgano jurisdiccional, impidiendo o dificultando que pueda ofrecer una efectiva tutela de los intereses en conflicto.

De lo expuesto se desprenden varias conclusiones. Una primera conclusión es poder asumir la cuestión de qué son los buenos argumentos y cómo podemos distinguirlos de los malos argumentos en cuestiones de interpretación y de toma de decisiones prácticas. Los buenos argumentos se nutren y se construyen de razonabilidad práctica y no de razones sobre cuestiones teóricas.

El juez razonable tiene la virtud de la prudencia y hace uso de ella en la decisión correcta. No salta a conclusiones, sino que considera las pruebas, distinguiendo hechos relevantes de los que no lo son, teniendo en cuenta diferentes puntos de vista. Además, es consciente de que cualquier dilema práctico puede implicar un punto de encuentro entre diferentes valores e intereses.

De ahí que las sentencias razonables no solo deben estar de acuerdo con las normas jurídicas, sino también deben cumplir con ciertos criterios

axiológicos. Sin olvidar que la razonabilidad tiene que ver con la aceptabilidad de la decisión por el común de las personas y el auditorio técnico (conf. AARNIO, A., "Lo racional como razonable", Centro de Estudios Constitucionales, trad. E. Garzón Valdés y Zimmerling, Madrid, 1991, pág. 27; GUZMAN, N.L., "Interés superior del niño…", cit.). Afirmo que la sentencia en análisis contiene una racionalidad práctica, argumentativa y justificativa, enunciando los criterios y los argumentos que fundamentan los distintos juicios que integran el interés superior del niño ofreciendo criterios reconocibles para que la decisión resulte plenamente controlable (conf. TARUFFO, M., "Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil", Edic. Olejnik, 2006, pág. 153).

B-) Se habla también en el agravio del "centro de vida" de los niños.

He afirmado precedentemente que para arribar a su decisión, la Sra. Magistrada a quo básicamente tuvo en cuenta el interés superior de los niños por sobre los intereses individuales de los progenitores; valoró la situación particular de la madre desde una perspectiva de género, considerando especialmente la distribución estereotipada de roles y las condiciones de vulnerabilidad que la atraviesan; y realizó una interpretación amplia del concepto de "centro de vida" de los niños que incluye a los referentes afectivos cotidianos.

En este sentido debe tenerse en cuenta que si bien es cierto que la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas Niños y Adolescentes, dispone en su art. 3°, inc. d) que se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia; también es cierto que la referida noción no solo se conforma con el lugar físico donde reside sino también con quien o quienes resultan ser los referentes cotidianos con los que se comparte la vida. Más precisamente a quién se llama por las noches ante un mal sueño,

a quién se recurre cuando duele la panza, quién nos despierta con un beso por las mañanas, etc. (conf. ROMERO, C., "Responsabilidad parental: el traslado del centro de vida dentro del país. Doctrina y jurisprudencia", LLOnline AR/DOC/2992/2019).

El "centro de vida" no se circunscribe estrictamente a un lugar físico o medible por la cantidad de tiempo de residencia, por el contrario, debe comprender a los vínculos afectivos significativos con quienes se comparte la vida diaria. De este modo, y dotando al concepto de un elemento que podemos calificar como 'dinámico', se lo caracteriza como el 'centro de los afectos' del niño, niña o adolescente. Supone su arraigo estable a un lugar donde se encuentran sus vínculos afectivos más importantes. Es un espacio físico-psicológico-social en el cual el niño, niña o adolescente constituye su individualidad en base a la identificación que establece con las personas, los lugares y las cosas que lo rodean (conf. LLOVERAS, M., cit. en ROMERO, C., "Responsabilidad parental …", ob. cit.).

No hay dudas que, en definitiva, el centro de vida es donde se encuentran los afectos y la madre es fundamental en este aspecto, así como el afecto de los niños con su padre, sus actividades escolares y deportivas, su grupo de amigos, son todas circunstancias que persuaden de que le interés de los menores coordinado con su verdadero centro de vida se encuentra con su madre (conf. FELDSTEIN de CARDENAS, S., "Divorcio y restitución internacional de menores o sobre ¿quién podrá defender a los niños?", RDF 16-59; HERNANDEZ, L.B. – UGARTE, L.A., "Régimen de comunicación parental interprovincial e interés del niño frente a la emergencia sanitaria", LLOnline AR/DOC/2713/2020).

He dicho que en definitiva el centro de vida es donde se encuentran los afectos y que la madre es fundamental en este aspecto.

Sin perjuicio de ello, debe aclararse que los criterios predictivos sobre lo que beneficia al menor pueden cambiar en cada caso concreto. Ello significa que no estamos frente a tramas lineales automáticas, sino ante un contexto abierto, un campo de reflexión con focos orientadores que deben articularse entre sí y organizarse para aproximar un diagnóstico y un pronóstico sobre cuál es el interés del niño en el caso (conf. GROSMAN, C., "Los derechos el niño en la familia. Discurso y realidad", págs. 36 y sigs.).

Uno de los principios fundamentales es que el traslado de los hijos asegure que se mantendrá el ejercicio de la coparentalidad, a pesar de la distancia que separa a los progenitores. Por lo tanto, en virtud de lo analizado hasta ahora, decimos que el Juez deberá analizar profundamente, si el motivo por el cual se dispone el traslado obedece a razones laborales, de salud del progenitor conviviente, o si como ocurre lamentablemente con frecuencia, es producto de la no resolución del divorcio de la pareja marital. Los cónyuges deben separarse como pareja y unirse como padres en beneficio de sus hijos. Si este ideal de divorcio no ocurre, aparecerán los caprichos, los odios, que culminarán con el hijo alejado de uno de los progenitores para siempre.

El centro de vida de un menor es abarcativo de las personas con las que el niño fomentó relaciones afectivas, sea cual sea el vínculo que los une. No se refiere únicamente al espacio físico donde se habita en un determinado período de tiempo. Se lo puede caracterizar como "centro de los afectos", donde el menor cultiva las relaciones personales y afectivas necesarias para su bienestar (conf. BENZAQUEN, A.S., "Responsabilidad Parental", La Ley Online AR/DOC/1191/2019).

"Supone su arraigo estable a un lugar donde se encuentran sus vínculos afectivos más importantes. Es un espacio físico-psicológico-social en el cual el niño, niña o adolescente construye su individualidad en la identificación

que establece con las personas, los lugares y las cosas que lo rodean" (conf. DREYZIN DE KLOR, A. – CASOLA, L., "La importancia de la celeridad para el resguardo del interés superior del niño en los procesos de restitución internacionales de menores", RDF 81, 39, cita online AP/DOC/675/2017).

A contrario de lo que se plantea en la queja, surge de la sentencia en crisis que la a quo se ha preocupado porque se mantenga el ejercicio de la coparentalidad, a pesar de la distancia que separe a los progenitores. Lo cual me hace avalar la decisión recurrida.

Por otra parte, destaco la importancia del fallo en mantener el status quo, puesto que los niños han convivido con ella desde la separación de la pareja, en una sana relación materno-filial que en ningún momento aparece desvirtuada por el apelante, razón por la cual es aconsejable no alterar las condiciones actuales de vida.

En este punto la sentencia ha sido clara, al decir: "… El nuevo proyecto de vida de la Sra. D. en la provincia de Buenos Aires compartido con los hijos, representa para éstos la continuidad de la convivencia con su madre manteniendo en ese sentido el status quo que también tiene que ver con la noción de centro de vida, como expuse precedentemente, pues no solo se refiere al espacio físico en donde residen sino también con quién o quienes se comparte la vid cotidiana. Y si bien siempre residieron los hijos en esta ciudad, cierto es que siempre lo hicieron con su progenitora …" (conf. fs. 119).

De lo hasta aquí expuesto surge con claridad la sinrazón de la queja en este punto y de allí que corresponda su rechazo.

5.2 – Exceso de la decisión al avanzar sobre los derechos y responsabilidades parentales. Arbitrariedad

A-) Es de advertir que el demandado afirma en su segundo agravio que la sentencia avanza sobre sus derechos y deberes parentales consagrados por

el Código Civil y la Constitución Nacional; que obstruye el derecho y deber a una comunicación fluida del padre con sus hijos y que se afecta gravemente este derecho-deber.

Ya dije en el punto anterior –y me remito a ello en orden a la brevedad— que surge de los postulados, advertencias y recomendaciones de la sentencia en crisis que la Magistrada a quo se ha preocupado por mantener el ejercicio de la coparentalidad a pesar de la distancia que separe a los padres. Esta fundada conclusión derrumba la postura del quejoso, sellando la suerte adversa del recurso que le ha sido concedido.

De todas maneras, debe hacerse hincapié –precisamente— en uno de los nuevos paradigmas cuando se trata de parejas separadas, como es la coparentalidad. Al respecto, el art. 9° de la Convención sobre Derechos del Niño ordena que el menor debe tener relaciones personales y contacto regular con ambos padres. De allí que jurisprudencialmente nace una presunción que armoniza con esta directiva: es más apto para estar junto a sus hijos quien permita reducir el nivel de conflicto de la familia y facilite en mayor medida la comunicación con el otro padre (conf. CNCiv., Sala L, 09/09/1991, La Ley, 1991-E, 503; dictámenes del Defensor de Menores en CNCiv., Sala B, 28/11/89, La Ley, 1990-E, 701).

Se ha dicho que la comunicación materna o paterno-filial y las normas que amparan el contacto entre los sujetos de la familia se fundan en la necesidad de sustentar la solidaridad en ese ámbito y la protección de los legítimos afectos de tales relaciones (conf. MIZRAHI, M.L., "Responsabilidad parental, cuidado personal y comunicación con los hijos", Ed. Astrea, Bs.As., 2016, pág. 517).

La importancia de este derecho humano para el menor de edad o con capacidad restringida, enfermo o imposibilitado, así como para el pariente legitimado, no requiere de mucha explicación. Es obvio el beneficio que

normalmente reporta la buena y sana comunicación periódica. Cabe destacar que en el nuevo Código no solo se habla de "fluida comunicación", sino que también se exige el deber de mantener informado al progenitor no conviviente sobre las actividades y cuestiones importantes de sus hijos (educación, salud y otras cuestiones relativas a la persona y bienes del hijo – art. 654—).

El fundamento legal de este derecho-deber de los progenitores con sus hijos se encuentra en la responsabilidad parental, que se mantiene a pesar de la separación de los padres, ya que la falta de convivencia bajo el mismo techo no significa que el padre que no cohabita quede desvinculado de sus hijos menores (conf. AZPIRI, J.O., "Juicio de divorcio", Ed. Hammurabi, Bs.As., 2018, 2ª. ed., pág. 88).

Establecer un régimen de comunicación, convenido o impuesto, es necesario cuando las relaciones personales no se desarrollan en forma ordinaria, por existir conflictos que impiden el enriquecimiento espiritual de ambas partes involucradas, los hijos y sus progenitores.

Es un deber de los progenitores, como lo prevé el art. 646 del CCyC, ya que apunta a su cuidado y educación (inc. a), a prestar orientación al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos (inc. d), respeta el derecho del hijo y fortalece las relaciones personales y los vínculos afectivos (inc. e).

También se trata de un deber de los hijos (art. 671 CCyC), ya que hace al respeto a sus progenitores (inc. a), a cumplir las decisiones de estos últimos que no sean contrarias a su interés superior (inc. b) y a prestar colaboración y estrechar el vínculo que los llevarán a cuidarlos cuando las circunstancias de la vida lo hagan necesario (inc. c).

Se ha expresado, en el mismo sentido, que la comunicación materna o paterno-filial constituye un deber recíproco existente en uno y otro extremo del vínculo, calificado como de carácter personalísimo, indelegable,

indisponible e irrenunciable. Cumplir con este deber comporta el ejercicio de una verdadera función familiar (conf. MIZRAHI, M.L., "Responsabilidad parental …" (ob. cit.).

En suma, es interés de los padres y de los hijos mantener una fluida comunicación y a su cumplimiento deben orientarse los esfuerzos y búsqueda de soluciones, en forma directa entre las partes, o bien con el mismo propósito de dirigir sus acciones el tribunal interviniente.

A través del régimen de comunicación se tiende a que los niños tengan una relación con su progenitor dentro de las alternativas poco favorables que trae aparejada la ruptura del núcleo familiar (conf. CNCiv., Saña E, 03/05/84, LLOnline AR/JUR/199/1984).

En el mismo sentido se resolvió que no debe perderse de vista que el derecho a las visitas (actualmente de comunicación) es de carácter bivalente, ya que por un lado satisface la apetencia de visitas al sujeto activo y, por el otro, atiende el requerimiento de ser visitado y asistido del sujeto pasivo. En la armonización de ambos intereses debe priorizarse la parte más necesitada, que es el menor o incapaz, cuya conveniencia física y espiritual serán determinantes (conf. CNCiv., Sala E, 12/07/2013, "G.A. c. A.G.P. s/ régimen de visitas", LLOnline AR/JUR/41479/2013).

Por otra parte, se encuentra en juego la tutela judicial efectiva, para intentar una resolución útil del conflicto, que preserve los derechos y las garantías en juego, de modo que se deben emplear todas las herramientas que estén al alcance (mediación, intervención de equipos interdisciplinarios, tratamientos terapéuticos, etc.) de la manera más proclive a la búsqueda de la solución de reanudar el contacto, que las circunstancias del caso posibiliten (conf. HERNANDEZ, L.B. – UGARTE, L.A., ob. cit.).

Respondiendo positivamente a estos principios que acabo de referenciar, la sentencia originaria ha sido terminante y clara al decir que "… el derecho de

comunicación al que me he referido, no es un derecho de los padres exclusivamente, sino, esencialmente, un derecho del niño. Los padres tienen el deber de respetarlo y de adoptar todas las medidas para la efectiva concreción. No son los padres los que tienen la facultad de decidir si quieren o no que su hijo tenga comunicación con el otro progenitor, si les conviene o no a sus intereses personales, si es justo o no. Toda actitud tendiente a obstaculizar o impedir dicha comunicación, del mismo modo que toda omisión u abstención al respecto, es una conducta grave no contra el otro progenitor, sino contra el propio hijo…"; "… Expreso fervientemente mi deseo de que la distancia mejore la comunicación entre estos padres, por el bienestar de los niños …" (conf. fs. 120).

A lo dicho, corresponde agregar que en la parte dispositiva la decisión originaria dice: "… 2º) Instando a los Sres. S. K. del V. D. y D. H. T. que intenten alcanzar acuerdos respecto al plan de parentalidad de los hijos que tienen en común por la vía pertinente y a través de sus abogados, y en su caso insten las acciones que consideren corresponder. 3º) Haciendo saber a ambos progenitores que deben ser permeables y flexibles a los fines del correcto desarrollo del régimen de comunicación a establecer, teniendo siempre presente que deberán dejar de lado las posiciones personales inconvenientes, y tener en cambio como objetivo el interés superior de los niños, que significa –entre otros aspectos— que los niños puedan tener una saludable estancia con la madre y el mayor contacto posible con su padre, evitando provocarles un mal mayor del que ya sufren por las discrepancias entre los progenitores. 4º) Recordando a la Sra. D. que se mantiene vigente la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental de D. H., G. A. y V. M. en forma conjunta entre ambos padres (art. 641 inc. b) del CCyC) como así también lo dispuesto en el art. 645 del citado ordenamiento y todos los deberes derivados del cuidado personal (información –art. 654—, de

comunicación ya abordado –art. 652—, de asistencia alimentaria –arts. 658 y siguientes—, etc.) …" (conf. fs. 121/y vta.).

Por lo tanto, es a todas luces evidente que no le asiste razón al quejoso cuando afirma que la sentenciante se ha excedido en el resolutorio al avanzar sobre los derechos y responsabilidades parentales; que la decisión obstruye el derecho y deber a una comunicación fluida del padre con sus hijos y que avanza sobre el derecho de los niños y del padre a mantener un contacto fluido. De lo decidido en la instancia originaria surge todo lo contrario y de allí que no corresponda admitir el agravio bajo análisis.

B-) Finalmente, corresponde referirme a la calificación que hace el demandado al afirmar que la sentencia es "arbitraria".

Se ha acotado en torno de este punto –y lo he dicho reiteradamente ante planteos similares— 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 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 se considera insatisfecho con motivo de haberse sentenciado en su contra.

En razón de lo expuesto, el agravio no es atendible.

5 – Conclusión

Teniendo en cuenta que los agravios constituyen el alcance y la medida del recurso concedido al apelante y que los que aquí ha expuesto no logran hacer mella en la sentencia recurrida, cabe concluir que debe ser confirmada la misma en todo lo que ha sido materia recursiva. Así lo voto.

6 – Costas de la Alzada

Se imponen las costas de la Alzada a la parte demandada que resulta perdidosa en el recurso que la fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado patrocinante, Dr. R. G. R., en el 25% de los que les corresponden por su labor en la instancia originaria a la letrada patrocinante de la misma parte y los del Dr. L. M. M., letrado patrocinante de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia; en ambos casos sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII Nº 4 y modificat.).

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

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Guillermo D. HANSEN dijo:

1).- Antecedentes del caso:

Por razones de brevedad me remito al voto de mi colega preopinante, en cuanto al relato de los hechos y la exposición de los agravios por cuanto el Dr. Fiordelisi ha realizado una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de los agravios expresados por la parte demandada por lo que resulta innecesario reiterarme sobre dichos aspectos.

Por ello, seguidamente me adentraré en las cuestiones planteadas como fundamento recursivo de la parte demandada.

2).- El tratamiento de los agravios.

2.1.- Privilegio otorgado al interés de la actora por sobre el interés superior del niño:

Sostiene el recurrente que el fallo en crisis, aún cuando manifiesta considerar el interés superior del niño, culmina otorgando un privilegio a la parte actora en desmedro del citado interés superior.

Ahora bien, en el caso de marras, el pretendido agravio planteado por la apelante no es tal.

Es que, surge con claridad de la sentencia de primera instancia, que la misma ha sido dictada en base a sólidos argumentos, teniendo en mira el interés superior de los niños involucrados, y con una perspectiva de género adecuada al caso en cuestión.

Lo que el apelante señala como un "privilegio otorgado a la actora", en definitiva no es más que una adecuada perspectiva de género, que tiene en consideración un razonable desarrollo socio-económico al cual –esta fuera de discusión-, tiene derecho la parte actora.

Y es precisamente esta circunstancia la que, sumada a la prueba colectada en autos, persuade a la jueza de primera instancia que la solución adoptada es la razonable, en base a los sólidos argumentos del decisorio que claramente el recurrente no logra revertir.

Señala la Convención sobre los Derechos del Niño en su art.3 que: "…*1 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.*".

Ahora bien, este concepto primordial, resulta orientador, debiéndose aplicar a cada caso en concreto, permitiéndose, en consecuencia, que el juzgador estime y establezca los alcances del mismo, y adecúe a este sus decisiones.

Es decir, el principio debe ser adecuado a cada una de las circunstancias relacionadas con cada caso en particular, teniendo siempre como norte el interés superior del niño.

Que, por lo demás, en el caso, concuerdo con lo resuelto en primera instancia por tratarse de un proyecto de vida compartido por los menores, más aún cuando ello representa la continuidad de la convivencia con su mamá de manera principal, cobrando relevancia el principio de status quo a los fines de una conformación integral de la noción de centro de vida, pues si bien las menores vivieron siempre en la Ciudad de Puerto Madryn, también es cierto que siempre lo hicieron con su progenitora, la referida noción no sólo se conforma con el lugar físico donde se reside, sino también con quien o quienes resultan ser los referentes cotidianos con los que se comparte la vida.

Resulta apropiado recordar que se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Entiendo que el concepto de centro de vida de los niños se construye a partir de los elementos mencionados, en base a una mirada hacia el pasado de los menores mediante la cual se determina el lugar en que se ha desarrollado su existencia, considerando asimismo, el grado de integración social y familiar que han tenido durante ese lapso.

Ello es así porque *"…en toda actuación que se siga respecto de un menor éste se convierte automáticamente en centro y eje del proceso,*

desplazando su propio interés cualquier pretensión de determinar el mismo en función de conveniencias que hagan meramente al interés de terceros, sean éstos sus padres o eventuales representantes." (Gil Domínguez, Famá y Herrera, "Derecho constitucional de familia", 2006, t. I, pág. 577; CNCivil, Sala K, del 30-3-10 in re "C., E. F. y otro c/ M., P. L. s/ autorización -proceso especial", entre otros).

Ahora bien, como lo vengo sosteniendo, tal parámetro no es el único a tener en cuenta y debe armonizarse con los demás señalados de manera de posibilitar la solución mas adecuada y beneficiosa para el menor que es en lo que en definitiva importa.

Al respecto, resulta necesario destacar que el informe presentado a fs.102 por la terapeuta de D., resulta contundente respecto de la posibilidad que se le representa al menor de mudar el centro de vida, contundencia que, necesariamente se contrasta con las referencias potenciales a las que concluye el Equipo Técnico –ver fs.89 vta.-.

Por los fundamentos expuestos, el agravio será rechazado.

2.2.- Exceso de la decisión al avanzar sobre los derechos y responsabilidades parentales.Arbitrariedad:

Señala el recurrente que la sentencia avanza sobre sus derechos y deberes parentales, los cuales se encuentran tutelados por el CCyC y la CN, obstruyendo el derecho y deber de comunicación fluida de su parte con los menores.

Entiendo que esto no es así.

Es que, conforme surge de la sentencia de grado, la jueza de primera instancia, ha tenido especial cuidado respecto de, entre otros, el régimen de comunicación, instando a los progenitores de los

menores involucrados, a tomar todas las medidas necesarias a los fines que dicha comunicación no se vea afectada.

Expresamente la sentenciante señala que: "*Pongo de relieve que el derecho de comunicación al que me he referido, no es un derecho de los padres exclusivamente, sino, esencialmente, un derecho del niño. Los padres tienen el deber de respetarlo y de adoptar todas las medidas para la efectiva concreción.*", y agrega "*Toda actitud tendiente a obstaculizar o impedir dicha comunicación, del mismo modo que toda omisión u abstención al respecto, es una conducta grave no contra el otro progenitor, sino contra el propio hijo*."

Que, por lo demás, en la parte resolutiva de la sentencia en crisis indica la jueza de grado que: "*3°) Haciendo saber a ambos progenitores que deben ser permeables y flexibles a los fines del correcto desarrollo del régimen de comunicación a establecer, teniendo siempre presente que deberán dejar de lado las posiciones personales inconvenientes, y tener en cambio como objetivo el interés superior de los niños, que significa –entre otros aspectos- que los niños puedan tener una saludable estancia con la madre y el mayor contacto posible con su padre, evitando provocarles un mal mayor del que ya sufren por las discrepancias entre los progenitores.*".

Queda claro que la magistrada de grado ha procurado mantener el adecuado ejercicio de la parentalidad a pesar de la distancia, instando a los progenitores a tomar las medidas pertinentes para su correcto desarrollo, siempre en miras respetar el interés superior de los menores involucrados.

En todo caso, la sentenciante de grado apela al desarrollo de una adecuada relación entre progenitores, la que indefectiblemente derivará en el adecuado respeto de los derechos y deberes parentales, tanto de éstos como de los menores.

De no ser así, se deberán plantear las acciones que

estimen pertinentes las partes para un efectivo respeto de sus derechos.

Queda claro que no asiste razón al apelante respecto de su afirmación en relación a un supuesto exceso en lo dispuesto por la jueza de grado, y que dicho exceso haya de alguna manera avanzado o conculcado sus derechos respecto de la comunicación fluida que por derecho le asiste al progenitor y al hijo.

En relación a la mención de arbitrariedad que se realiza en el recurso en trámite, debo señalar que los argumentos vertidos por el recurrente no logran conmover lo decido en primera instancia.

Ello así, por cuanto, en todo caso, debió el recurrente mostrar que la sentencia atacada carece de fundamentación o no respeta la jerarquía de normas vigentes o violenta el principio de congruencia.

Nada de esto ha ocurrido.

Señala Carnelutti que: "*La motivación de la sentencia consiste en la construcción de un razonamiento suficiente para que de los hechos que el juez percibe, un hombre sensato pueda sacar la última conclusión contenida en la parte dispositiva…()…la motivación está impuesta para que muestre el juez que ha razonado.*"-CARNELUTTI, F., "Estudios de Derecho Procesal", tomo II, pág.365, EJEA, 1952-.

Tampoco advierto que la sentenciante de grado haya incurrido en una valoración equivocada de la prueba, teniendo en consideración, que el resultado de la materia probatoria no debe medirse por la mayor o menor cantidad de prueba que se adquiere en el proceso, sino por el grado de convicción que logran estas en el razonamiento del juzgador.

Se ha sostenido que: "*En el sistema de la sana crítica,*

el valor de la prueba lo establece el juez de conformidad con las pautas de la sana lógica. Tal valoración debe ser expresada en la sentencia, conforme lo establecido por los arts.34, inc.4° y 386 del Código Procesal."-Cám.Nac.Civil, sala D, "T.D. c/M.J", 01/10/1998, LL, 1999-F, pág.384-.

De lo expuesto, surge que la sentencia en crisis no resulta arbitraria, encontrándose debidamente fundada, respetando la normativa vigente, y siendo una derivación lógica del plexo probatorio obrante en autos.

Debemos recordar que el agravio no debe ser una simple fórmula carente de sentido, sino que constituye una verdadera carga procesal, y para que cumpla su finalidad debe constituir una exposición jurídica que contenga una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas, circunstancia que, claramente no se da en autos, por cuanto se pretende atacar una determinación de la sentencia en crisis, en base a meras discrepancias con lo resuelto, sin que ello logre por supuesto conmover los sólidos argumentos expresados en la sentencia.

Por los argumentos expuestos, el agravio será rechazado.

3).- Conclusión: Conforme los argumentos expuestos, corresponde confirmar la sentencia de grado en todo lo que ha sido materia recursiva.

4).- Imposición de costas en la alzada: Las costas causídicas son las erogaciones impuestas a quienes intervienen en un proceso, para la iniciación, prosecución y culminación de éste, la imposición de costas constituye entonces, una indemnización acordada al vencedor para

el reintegración de los perjuicios sufridos por él durante el juicio o incidente de que se trate, debido a que la condena en costas tiene por objeto resarcir los gastos del juicio que el vencedor realizó por haberse visto obligado a promover la acción o a contestar demanda para el reconocimiento de su derecho.

Se ha sostenido que: *"…el vencido debe cargar con todos los gastos que hubo de realizar el vencedor para obtener el reconocimiento de su derecho, quien debe salir incolumne del proceso."*-CHIOVENDA, "Instituciones..", pág.332/35, citado por FENOCHIETTO-ARAZI, "Código…", tomo 1, pág.281, ASTREA, 1993-

La imposición de costas al vencido, en consecuencia, forma parte del principio objetivo de la derrota.

Entiendo que, en el presente recurso, no ha tenido razón el apelante, lo que me lleva a disponer, teniendo en cuenta el resultado al que se ha arribado en autos, que las costas de la Alzada se impongan en su totalidad a la parte demandada – art.69 y ccdtes. del CPCC-.

5).- Regulación de honorarios en la Alzada:

Corresponde a esta altura, proceder a la regulación de honorarios de los profesionales actuantes en esta instancia –art.46, Ley XIII, N°4-.

A los fines de la regulación de honorarios, se hará mérito de la labor profesional, apreciada por la calidad, eficacia y extensión de la labor desarrollada por los letrados intervinientes en el presente recurso –art.5, Ley XIII, N°4-.

Teniendo en consideración el destino de los agravios planteados y las restantes pautas orientadoras de la ley de aranceles para

abogados, corresponde fijar los honorarios del letrado de la parte actora, Abogado L. M. M., en el 30% y al letrado de la demandada, Abogad R. G. R. en el 25%, todos ellos sobre la cantidad fijada en la instancia anterior, con más el IVA en caso de corresponder, ello siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto por la ley arancelaria, aplicándose, en su caso éste último –arts.5, 6 y 13 Ley XIII, N°4-.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara, Guillermo D. HANSEN, vota por la **AFIRMATIVA**.

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

De compartir mis distinguidos colegas que integran esta Excma. Cámara los fundamentos aquí expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1ero.) CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de agravios.

2do.) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada que

resulta perdidosa en el recurso que la fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado patrocinante, Dr. R. G. R., en el 25% de los que les corresponden por su labor en la instancia originaria a la letrada patrocinante de la misma parte y los del Dr. L. M. M., letrado patrocinante de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia; en ambos casos sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII Nº 4 y modificat.).

3ro.) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

Así lo voto

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara, Guillermo D. HANSEN, dijo.

Atento a como resuelvo, corresponde se dicte el pronunciamiento propuesto por mi colega preopinante Dr. Fiordelisi, al cual adhiero.

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

Puerto Madryn, de agosto de 2022.

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 apelada en todo lo que ha sido materia de agravios.

2) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada que resulta perdidosa en el recurso que la fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado patrocinante, Dr. R. G. R., en el 25% de los que les corresponden por su labor en la instancia originaria a la letrada patrocinante de la misma parte y los del Dr. L. M. M., letrado patrocinante de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia; en ambos casos sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII Nº 4 y modificat.).

3) **REGISTRESE, NOTIFIQUESE** y oportunamente, **DEVUELVASE**.

REGISTRADA BAJO EL N° /22 SDF.