

Cuidado De Hijos Cuidado Personal Compartido Autonomia Progresiva Interes Superior Del Niño Derechos A Ser Oído Hermanos

JURISPRUDENCIA

Cuidado de hijos. Cuidado personal compartido. Autonomía

progresiva. Interés superior del niño. Derechos a ser oído. Hermanos Se revoca parcialmente la sentencia y se dispone el cuidado personal compartido de dos hermanos menores a favor de ambos padres con modalidad indistinta y con residencia principal en el domicilio de la progenitora, al valorarse su opinión madura a través de un encuentro personal con ellos que los jueces mantuvieron, lo que coincidía con su interés superior; más allá de que en un inicio la progenitora los haya trasladado ilícitamente a la Ciudad donde residen.

En la ciudad de Mar del Plata, a los ...1 días de Marzo de 2018, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en el acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: "M., P. R. C/ A., E. S/ CUIDADO PERSONAL DE HIJOS" habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Nelida I. Zampini y Rubén D. Gérez . El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes CUESTIONES: 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 781/804? 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO: I.- Dicta sentencia la Sra. Juez de Primera Instancia, resolviendo hacer lugar parcialmente a la demanda instaurada por el Sr. P. R. M. contra E. A., respecto del cuidado personal de sus dos hijos. En consecuencia de ello dispone el cuidado personal Unilateral de P. S. M., en cabeza de su progenitor, y como consecuencia de ello dispone que finalizado el primer semestre escolar del año 2017 y al inicio del receso escolar de invierno, la residencia principal del niño, será en el domicilio del Sr. M.. A continuación dispone, respecto del adolescente F. N. M., el cuidado compartido a favor de ambos padre con modalidad indistinta y con residencia principal en el domicilio de la progenitora, debiendo ambos padres compartir las decisiones y distribuir de modo equitativo las labores atinentes al cuidado del adolescente. En consecuencia de ello desestima la reconvenición incoada por la demandada. Asimismo exhorta a las partes para que dentro del plazo de diez días de que quedar firme la sentencia, presenten un plan de parentabilidad que respete el derecho de P. S. y F. N. a mantener fluido y debido contacto entre los hermanos y sus padres. Impone tratamiento psicológico para los padres y para ambos menores y establece la modalidad de los tratamientos. Finalmente impone las costas por su orden y regula los honorarios de los profesionales intervinientes. II.- Dicho pronunciamiento es apelado a fs. 820/26 por el niño P. S. M. con el patrocinio letrado del Dr. Alejandro J. Iribarren en su carácter de Abogado del niño, fundando su recurso en el mismo escrito. A fs. 828/832 apela el adolescente F. N. M., con el patrocinio letrado el Dr. Alejandro J. Iribarren en su carácter de Abogado del niño, fundando su recurso en el mismo escrito. A fs. 834 apela la Dra. Bettina Berra, en su carácter de apoderada de la Sra. E. A., fundando su recurso a fs. 886/910 con argumentos que merecieron respuesta de la contraria a fs. 915/920 III.- a) Expresión de Agravios del niño P. S. M.: Agravia al niño que la a quo en el decisorio en crisis tome como referencia al dictamen de la Asesora de menores, dictamen que no comparte por carecer de fundamentos válidos, vulnera sus derecho, sobre todo el derecho a ser oído y que su opinión sea primordialmente tenida en cuenta. Manifestando que no se ha valorado "...el impacto en el desarrollo de mi vida social que tiene esta decisión, sin tener miramientos ni conciencia del daño irreparable que implica separarme de mi hermano y mi mamá, desvinculándome de mi centro de vida..." (textual). Sostiene que la sentencia apelada lo expone a un conflicto mayor pues lo obliga a vivir con su papá en Mar del Plata, no habiendo evaluado la Sra. jueza ni la Asesora de Incapaces el severo daño que le genera alejarlo de su mamá y su seno familiar de manera autoritaria y contraria a su voluntad, pues durante seis años ha manifestado en las diversas entrevistas y audiencias que quiere vivir en Moreno con su madre, su hermano, primas, tías, tíos y abuelos. Manifiesta que se desestima o se relativiza sus manifestaciones respecto de donde desea vivir y con qué progenitor incumpliendo, con el art. 653 inc. d) del Código Civil y Comercial, respecto de mantener su situación actual, como así también lo que dispone el art. 27 de la ley 26.061 inc. 2 en cuanto a su opinión debe ser tenida en cuenta y de lo dispuesto en el art. 3 inc. b) que garantiza su derecho a ser oído. Manifiesta que se agravia cuando la Jueza "...hace propias las palabras de la Sra. Asesora cuando afirman que mi mamá nos ha impedido ejercer nuestro derecho a tener un adecuado contacto con nuestro papá, la realidad y hay constancias en lo expedientes (...) es que esto no es así desde hace más de 3 años venimos cumpliendo el régimen comunicacional con nuestro papá, salvo cuestiones ajenas a la voluntad de nuestra mamá. He desistido de pasar vacaciones con mis amigos y mi familia, realizar viajes con mi mamá y me hermano, me perdí cumpleaños de mis amigos y de mi familia (nunca puedo pasar con mi mamá su cumpleaños) por cumplir el régimen de visitas..." (textual). También se agravia de que no se lo ha escuchado en cuanto a pedido que su papá viaje a verlos a Moreno, pues nunca ha viajado para visitarlos por cuestiones de salud o a participar de un acto escolar. También le

causa un perjuicio que se comparta el criterio de la Sra. Asesora en cuanto realiza un análisis por separado no teniendo en cuenta el vínculo que lo une con su hermano F.. Se agravia también de que en el decisorio en crisis no se tenga en cuenta lo que dispone el art. 3 de la ley 26.061 en cuanto entiende por interés superior del niño la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Como así también que la citada ley entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Señala que la a quo no interpreta razonablemente sus dichos y pedidos y los transforma en algo que nunca ha expresado en estos actuados queriendo de esa forma sostene una sentencia "inedita", como la Jueza la llama. También le causa un perjuicio que interprete las pericias existentes y del dictamen de la Asesora de Menores, de manera que justifican el cuidado personal unilateral en cabeza de mi padre, cambiando el centro de su vida y separándolo de su hermano y su mamá sin tener presente lo que dispone el art. 653 del CCyC. Finalmente se agravia de que se tenga en consideración el art. 653 del CCyC en su inicio y no los apartados de la opinión del hijo y el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo, como así tampoco que se valore debidamente los arts. 24 y 27 de la ley 26.061.

III.- b) Expresión Agravios del adolescente F. N. M.: En atención a que F. N. en su expresión de agravios reedita los agravios expresado por su hermano P. S., por una cuestión de economía procesal, no efectuaré la transcripción de sus agravios.

III.- c) Expresión de agravios de la Sra. E. A.: En primer término se agravia de las imprecisiones, conclusiones erradas, la falta de fundamentación y irregularidades contenidas en el decisorio en crisis, como lo es la manifestación de la a quo en cuanto a que la demandado no concurrió a las audiencias del 19 de agosto y 9 de septiembre de 2011 a pesar de encontrarse notificada, cuando del expediente surge que en ambos casos si bien fue notificada ello sucedió sin respetar la antelación mínima de tres días previstas por el código ritual. Señala que estas circunstancias son de suma importancia pues a partir de ellas la Jueza comenzó a esbozar el perfil de incumplidora con el cual es atacada su representada a lo largo de la sentencia. Asimismo sostiene que como contrapartida la sentenciante no ha mencionado las incomparecencias del Sr. M.+ como así tampoco de su incumplimientos de los deberes alimentarios. Asimismo se agravia de que tanto la a quo como la Asesora de menores sostengan que resulta conveniente que P. resida en la ciudad de Mar del Plata en el domicilio de su padre según las pruebas acompañadas en autos y que ambos no especifiquen e individualicen en el dictamen y en la sentencia cuales son esos medios probatorios que las han llevado a tal convicción. Manifiesta que "...Más grave aún resulta la omisión del expediente "A., E. c/ M., P. s/Ejecución de sentencia" (Expte. N° 44150). Curiosamente en dicho expediente se reclama la deuda alimentaria, tanto histórica como la de los últimos dos años. Si, el Sr. M. no cumple con su obligación alimentaria hace dos años (esto sin contar la deuda anterior) (...) No se entiende porque la Sra. Jueza omite analizar para resolver el presente el proceso referenciado..." (textual). Efectúa una detallada referencia a varias circunstancias de incumplimiento valorada por la jueza, de las cuales entiende que su representada ha probado los motivos de las incomparecencias como así también de los cambios de días y horarios de los distintos régimen de visitas acordados por las partes. En segundo lugar se agravia de las apreciaciones de la prueba que realiza la jueza de grado, pues entiende que la misma es parcial y carente de fundamentación. Específicamente señala que al valorar los informes y pericias técnicas la a quo hace referencia a la contundencia de la pericia psicológica respecto a su representada, la Sra. A., junto con las demás pruebas recolectadas, sin especificar cuales es la pericia a la que se refiere, pues en la causa se le han efectuado varias pericias a la Sra. A. y tampoco precisa cuales son las demás prueba, ello conlleva -a su entender- que dicha convicción de la jueza carezca de valor. Expresa que en varios párrafos de la sentencia apelada se cita algunas fojas "Que manifiesta son pruebas, limitándose a remitirse a su análisis "brevitatis causae". El órgano judicial debe exteriorizar el razonamiento que justifica la decisión, no resultando suficiente una remisión a determinadas fojas sin el análisis de lo que cada uno aportó a la convicción que dice tener. Lo contrario viola el principio de integración en la valoración de las sentencias..." (textual). Efectúa un detallado análisis de las pruebas que referencia. Señala que existen dos pericias psicológicas en autos una la de fs. 630/633 realizada por el Lic. Macias y otra a fs. 435/438 efectuada por el Lic. Moisan fundando la Sra. jueza su sentencia en la primera pericia por lo que "...se agravia porque la sentenciante no explica el motivo por el que se desecha una pericia y toma la otra como fuente de sus conclusiones. Sobre todo teniendo en cuenta que ambas fueron realizadas por el equipo técnico del Juzgado y son a todas luces contradictorias en sus conclusiones..." (textual). También se agravia de que la juez no ha tenido en cuenta todos los elementos probatorios que demuestran la intención del Sr. M. de ensombrecer la imagen materna para sus hijos, y lo que le resulta más grave es que no ha explicado las causas por las cuales no las ha tenido en cuenta. Expresa que "...del pormenorizado análisis realizado surge la diferencia con que la sentenciante aprecia las conductas de las partes de este proceso, de lo que me agravio expresamente..." (textual). Se agravia de la decisión de la a quo de separar a los hermanos F. y P. debido a que tal posición no solo resulta excepcional sino también grave para la vida actual y futura de los hermanos, máxime cuando debió estar debidamente motivada y fundada, lo que -a su entender- no se observa en el decisorio en crisis. En tercer término se agravia del cuidado personal de P. M., solicitando que se le otorgue a su representada el cuidado personal unilateral del menor. Sostiene ello a partir de lo ya sostenido en los restantes agravios esto es la orfandad probatoria de las

conclusiones de la sentenciante y la falta de fundamentación y motivación de sus decisiones. Señala que si bien la Jueza de grado, su equipo técnico y la Asesora de menores han oído en innumerables ocasiones a P. y este ha manifestado en todas las oportunidades su deseo de vivir en la ciudad de Moreno junto a su hermano y su madre y de visitar a su padre, a pesar de ello se ha adoptado una posición contraria lo cual vulnera el interés superior de P.. IV.-Audencia de los arts. 12 de la C.D.N. y 4, inc. b de la ley 13.928:

Llegados los autos a esta Alzada, se citó a audiencia para oír a los menores, como así también a sus progenitores y a la Sra. Asesora de Incapaces (arts. 12 de la C.D.N.; 4, inc. b de la ley 13.928). Comparecen a la audiencia llevada a cabo el 1º de noviembre del 2017 los menores F. N. y P. S. y el Dr. Germán Riera en representación de la Asesora de Menores Nº 3. En la mencionada audiencia, junto con el restante integrante de esta Sala, Dr. Rubén Gérez y con la participación del representante de la Asesora de Incapaces, oímos a todos los menores (ver fs. 874; arts. 12 y ccdtes. de la CDN; art. 4 de la ley 13.928). Asimismo, con posterioridad a dicho acto procesal se llevo a cabo una audiencia conciliatoria con los progenitores de los menores, Sra. E. A. y Sr. P. M., en la cual si bien no se logro arribar a un acuerdo conciliatorio, las partes consensuaron un régimen comunicacional provisorio hasta tanto exista resolución firme del presente proceso (ver fs. 875/876). V.- Pasaré a analizar en conjunto los agravios planteados por el niño P. S. M., el adolescente F. N. M. y por la Sra. E. A.: Inicialmente corresponde señalar que más allá de la propuesta de modificación de la sentencia de grado que efectuaré más adelante, hay un aspecto de los agravios de la Sra. E. A. que no resulta idónea para la revocación pretendida. en este punto considero importante señalar que la falta de cumplimiento con el pago de los alimentos no resulta un argumento válido para decidir a cargo de quien estará el cuidado personal de los menores de edad, ni para asignar un determinado lugar de residencia. Luego de analizar la sentencia en crisis, los agravios de los menores y la totalidad de las causas que involucran a las partes del sub lite, debo señalar que en el presente caso se ponen en juego -por lo menos- tres directrices receptadas por la Convención de los Derechos del Niño que integran nuestro bloque de constitucionalidad desde el año 1994: a) el predominio del superior interés del niño (art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño); b) el respeto de su capacidad progresiva (arts. 5, 12 y 14 de la CDN); y c) su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta (art. 12.1 de la CDN). Estos lineamientos han sido recogidos por nuestro ordenamiento interno en la ley 26.061 (y a nivel provincial en la ley 13.928) y en el Código Civil y Comercial de la Nación como principios rectores de la responsabilidad parental en su art. 639 y como pautas para el ejercicio de la capacidad y participación en los procesos en los artículos 26 y 707 del ordenamiento citado, norma esta última que establece que la opinión del niño "debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso?". Ahora bien a fin de poder adoptar una decisión relativa a cual de los padres debe ejercer el cuidado personal de P. S. y F. N. M. en primer término debo tenerse en cuenta la progresividad aptitudinal de los menores para el ejercicio de sus derechos, a ello se refiere la OC-17 de la CIDH sobre Condición jurídica del niño, estableciendo que se "...deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso en la medida de lo posible...". En tal sentido se ha sostenido, la autonomía progresiva "...se refiere a la posibilidad que van adquiriendo los niños para tomar decisiones sobre sus derechos fundamentales, conforme el alcance de un cierto grado de madurez y desarrollo, que tiene que ser valorado en cada caso concreto? (Cfr. Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Edit. Ediar, Bs. As., 2007, págs. 453 y ss). Y para poder garantizar la autonomía progresiva de las Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante NNA) es imprescindible garantizar su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida debidamente en cuenta (arts. 4.b y ccds. de la ley 13.298; 3.b, 19 incs. b y c, 24 y ccds. de la ley 26.061; 12 de la Conv. Derechos del Niño; 707 del Cód. Civil y Comercial). Ahora bien si todo NNA, sin distinción, tiene derecho a ser oído, en cualquier forma que se manifieste, ello no conlleva a que su opinión sea valorada en la decisión a dictar pues ello no es claramente una garantía exigible a favor de un niño -no tiene el mismo peso la opinión de un niño de 4 años que el de uno de 13 años-. De entenderse lo contrario la doctrina de la protección integral se tergiversaría y dejaría de cumplir justamente con una de las primordiales garantías de la Convención Sobre los Derechos del Niño (Cfr. Fernández, Silvia; Responsabilidad parental y autonomía progresiva de Niñas, Niños y Adolescentes, en obra colectiva Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Dir. Fernández, Silvia, T. I, Edit. AbeledoPerrot, Cdad. de Bs. As., 2015, pág. 670/671). Asimismo, el Comité de Derechos del Niño ha dedicado una Observación General específica relativa al derecho del niño a ser escuchado (Observación General Nº 12 del año 2009) en la cual establece que "...las opiniones del niño tiene que evaluarse mediante un examen caso por caso. "Madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño (...) es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente..." Asimismo agrega, y que resulta de suma importancia al momento de resolver la cuestión de autos, que "...los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño..." (Observación Gral. 12 (2009), El Derecho del Niño a

ser escuchado; ptos. 28/31). En tal sentido la Suprema Corte de la Provincia ha expresado que: "La mira siempre debe ser puesta en los niños. En función de lo que caracteriza el establecimiento de un régimen de custodia o cuidado personal, resulta imprescindible conocer de boca propia de ellos cuáles son las sensaciones que experimentan en su realización, las modalidades que más les favorecen, y penetrar en lo más íntimo de sus preferencias en esta materia, aunque su opinión deba ser pasada por el rasero que implican sus edades y grado de madurez, para lo cual es imprescindible que el juez analice cuidadosamente las circunstancias que los rodean y las pondere mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presente el caso, y particularmente con la índole del derecho en juego..." (SCBA, Ac. C 118.503 del 22/06/2016, el resaltado me pertenece). Por otra parte más allá de escuchar debidamente y respetar la capacidad progresiva de los NNA, también se debe prestar atención primordial al "interés superior del niño" al que alude el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que constituye el principio que orienta nuestra legislación en materia de menores. Y como bien expresa nuestro Máximo Tribunal Provincial "...La atención primordial de dicho bien jurídico apunta a dos finalidades básicas: constituirse en la pauta de interpretación y decisión ante un conflicto de intereses y cartabón para ponderar el tipo de intervención institucional destinada a proteger al niño. La opción a escoger se define, entonces, en congruencia con ese criterio ponderativo del mayor beneficio para los menores..." (S.C.B.A., Ac. 119.871 S del 19/04/2017, el resaltado me pertenece). Así el Comité de los Derechos del Niño ha dicho que deben considerarse, al evaluar y determinar el interés superior del niño, en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate, (i) su opinión, (ii) su identidad, (iii) la preservación del entorno familiar y mantenimiento de sus relaciones, (iv) su cuidado, protección y seguridad, (v) su situación de vulnerabilidad, (vi) su derecho a la salud y a la educación (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, párr. 52).

2.- Traslado de estos conceptos a la situación de autos, entiendo que la resolución dictada por la jueza de grado debe modificarse. Para ello en primer término debo valorar que habiendo asistido -junto con mi colega de Sala, el Dr. Gérez- a la entrevista personal con el fin de escuchar al niño P. S. y al adolescente F. N. (ver fs. 874), tuve oportunidad de conocerlos, escuchando sus opiniones, pareciendo el grado de madurez de ambos menores y advirtiéndoles sus expectativas y su situación frente al conflicto suscitado entre sus progenitores con relación a su cuidado personal, las que me permitieron reconocer su realidad actual y llegar a la convicción de que la solución propuesta en el decisorio en crisis es antifuncional en la armonización de todos los intereses puestos en juego. Ello en razón de que ambos menores sostuvieron durante la audiencia, de manera clara, seguros en su posición y con una madurez superior a la edad que poseen, que más allá que quieren mucho a ambos padres su deseo es "...vivir juntos en la ciudad de Moreno..." agregando que también quieren "...mantener un contacto estable con su padre..." (ver fs. 874, el resaltado me pertenece). Asimismo, en uno de los últimos informes psicológicos (30/4/2015) que obran en la causa la Lic. Codias, luego de mantener entrevista personal con P. y F., dictamina que, más allá de que ambos hermanos se encuentran atravesados por la situación de conflicto que sostienen los adultos, "En las circunstancias evaluadas no parece conveniente en este momento para los niños vivir en Mar del Plata, en tanto fracturaría la continuidad en su experiencia, que han construido en los últimos años..." (ver informe psicológico a fs. 601, art. 844 del CPCC; el resaltado me pertenece). En otro de los informes de la Lic. Codias, que obra glosado en los autos: "M., P. R. c/ A., E. s/ incidente de comunicación con los hijos" (Expte. N° 14.189, que en este acto tengo a la vista), la profesional dictamina que al entrevistar a F., respecto de donde quería pasar sus vacaciones, éste manifiesta -con mayor seguridad y claridad que en otras oportunidades-, que independientemente de lo que los adultos deseen o consideren su lugar de pertenencia hoy es la ciudad de Moreno, siendo ello sostenido por el adolescente con argumentos que tiene que ver con cuestiones fundamentalmente sociales (ver a fs. 387/388 informe Psicológico del 29/12/20016; ver también en sentido similar el dictamen de fs. 101 del 17/12/2013). Por otra parte en un informe de mayo de 2013, de la misma profesional, en los autos: "M., P. R. c/ A., E. s/ Régimen de visitas" (Expte. N° 19.247, que en este acto tengo a la vista), dictamina que luego de entrevistar a los niños "No se observa a partir del discurso de los niños, contaminación de su posición por parte de los adultos..." agregando que de lo expresado por los menores de edad, ambos se sienten más seguros y contenidos en el ámbito materno, es decir en la ciudad de Moreno (ver informe psicológico a fs. 98). Por otra lado, valorando la actitud adoptada por los padres durante la tramitación de los presentes actuados si bien en el comienzo del conflicto familiar fue la progenitora quien efectuó el traslado ilícito la ciudad de Moreno (sin consentimiento del Sr. M.), e incluso -como bien señala la jueza de grado- también incumplió con resoluciones judiciales que le imponían regímenes de comunicación provisorios, también se observa de las constancias de autos (y de la audiencia mantenida con ambos progenitores ante éste Tribunal, ver fs. 875/876) que el Sr. M. ha demostrado intransigencia ante cambios de los distintos regímenes de comunicación, incluso las efectuadas por sus propios hijos en materia de vacaciones (ver fs.). Si bien es evidente que cada uno actuó en la fiel convicción de estar representando y haciendo respetar los intereses de sus hijos, en definitiva, no han hecho más que sostener una batalla judicial (comprensiva de seis causas judiciales ante estos tribunales y una causa penal por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en la ciudad de Moreno), a expensas de los intereses que cada uno dice defender, lo que, indudablemente, otorga una insoslayable trascendencia a la opinión madura que sus hijos pudieran tener sobre las

cuestiones que los vinculan y que aquellos como progenitores, no supieron o no pudieron resolver. Por otra parte, también debo valorar que las decisiones judiciales, y con mucha mayor razón en materia de familia, deben ponderar las circunstancias existentes y vigentes al momento de su dictado, en tanto que resulta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados o queriendo enmendar errores cometidos por alguno de los progenitores varios años atrás, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar (CSJN, 15/02/2000, ?Torres, A. D. s/ adopción?, Fallos: 323:91; íd., 02/08/2005, ?S., C. s/ adopción?, Fallos: 328:2870). Máxime que los jueces debemos tener en cuenta que el interés superior de los menores constituye una pauta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales en el juzgamiento de las causas en las que se ven involucrados intereses de aquellos y ponderando lo que sostiene nuestra Corte Federal que ?cuando se trata de resguardar el interés superior del niño , atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional? (CSJN, 26/09/2012, ?M. d. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos?, M.73.XLVII.RHE, Fallos: 335:1838, cons. 16, con cita de Fallos: 324:122 y 327:2413; argto. jurisp. CSJN, 15/02/2000, ?Torres, A. D. s/ adopción?, Fallos: 323:91; íd., 02/08/2005, ?S., C. s/ adopción?, Fallos: 328:2870)). Asimismo, y lo que cobra mayor relevancia en el caso de autos, cabe destacar, como bien sostiene el Máximo Tribunal Federal que ?los jueces deben pesar las consecuencias futuras de sus decisiones, sobre todo cuando los destinatarios son los niños ? (CSJN, 29/04/2008, ?M. D. H. c. M. B. M. F.?, Fallos: 331:941, con cita de ?A. F.' del 13/03/2007 y Fallos: 312-371, cons. 61 y 71), lo cual a mi entender no ha sucedido en la sentencia en crisis. Sumado a lo dicho, también debo meritarse al momento de tomar una decisión autos que el principio ético-jurídico de la inseparabilidad de los hermanos integra el del interés superior del menor establecido por al CDN, y que en el sub lite no existen situaciones especiales de gravedad para hacer inaplicable este principio (argto. art. 595 del Cód. Civ. y Com). Al mismo tiempo, debemos tener en cuenta que el principio de estabilidad en las relaciones familiares implica -en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- que todo cambio implica un trauma para el niño, por lo que debe demostrarse que no llevarlo a cabo le causaría un daño mayor o más grave, no surgiendo esto último de ninguna de las distintas entrevistas mantenidas por el Equipo Interdisciplinario del juzgado de Familia, como así tampoco lo he percibido al momento de entrevistar personalmente al niño P. S. (Cfr. CSJN, 29/04/2008, LA LEY, 2008-C, 693 con nota de Néstor Solari, Criterios de atribución de tenencia en un fallo de la Corte Suprema). En consecuencia de todo ello, y trasladándolo al sub lite, observo que si este Tribunal mantuviese lo dispuesto por la jueza de grado (F. viviendo con su madre en Moreno y P. con su padre en Mar del Plata), no solo se estaría dejando de lado la opinión de los menores y la preservación de su entornos familiar y mantenimiento de sus relaciones, sino que estaríamos nuevamente produciendo un desarraigo del niño P. S., quien ya vivió un primer desarraigo producido por su progenitora a partir del traslado ilícito desde Mar del Plata a la ciudad de Moreno, por lo que bien conoce lo que significa un cambio de residencia, la que ya puede ponderar con edad y grado de madurez suficiente, a partir de su propia experiencia anterior. Máxime cuando esta Sala viene sosteniendo que "Tratándose de la protección de niños, resulta vital que la mesura y la serenidad de espíritu gobiernen tanto el obrar de la magistratura judicial como el de quienes instan y hacen a dicha actuación, de modo que se evalúe concienzudamente cada una de las consecuencias que se derivan de su proceder y que repercuten directa e indirectamente -pero en forma ineludible- sobre la integridad del niño, con el fin de hacer real y efectiva la preservación de su "interés superior" que, como principio rector, enuncia la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional (art. 3.1 de l CDN) e incorporado en la ley 26.061..." (Esta Sala, causa N° 162.345 RSI 342/16 del 08/11/2016). En definitiva, advierto así, a la luz de los criterios jurídicos y jurisprudenciales antes expuestos y en el marco del respeto de la capacidad progresiva de los menores, que me encuentro en condiciones de valorar como un dato determinante la opinión de ellos, la que expresada bajo tales circunstancias, supone una casi inexorable identificación con su superior interés que, como se dijera, constituye una pauta que guía todas las decisiones de los jueces que involucren intereses de niños , niñas y adolescentes (art. 3 CDN), y me permite también advertir, los riesgos y consecuencias que en la hora actual y a partir de los incontrastables términos en los que se expresaron en sus expresiones de agravios y en la audiencia mantenida antes este Tribunal generaría en sus personas actuar en contra de su voluntad (ver fs. 820/26, fs. 828/832 y fs. 874). Por otra parte, y en relación al régimen de cuidado personal del niño P. S. entiendo que el que mejor se adecua a la situación de autos es el "compartido" con modalidad indistinta y con residencia principal en el domicilio de la progenitora (art. 650 y ccdd. del Cód. Civil y Comercial). Ello en razón de que como bien sostiene nuestro Máximo Tribunal Provincial: "...Tal como lo dispone el nuevo texto del Código Civil y Comercial, es posible afirmar que inicialmente el establecimiento de un régimen de cuidado personal compartido indistinto constituye la mejor manera de resolver el problema de desmembramiento de la guarda, pues posibilita que el niño mantenga un trato fluido y significativo con ambos padres (conf. arts. 651 y 656). En el mismo sentido, el art. 9.3 de la CDN establece que los Estados partes deben respetar el derecho del

niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario a su superior interés..." (S.C.B.A., Ac. C 120208 S del 21/12/2016). En el mismo sentido, apunta la Dra. Marisa Herrera que la reforma privilegia el cuidado compartido en la modalidad indistinta, al ser considerado el sistema que mejor asegura el derecho a "mantener relaciones personales y contacto directo de ambos padres de modo regular" en igualdad (arts. 9 y 18 de la CDN); y respeta así el principio de coparentalidad (Herrera, Marisa, Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Dir. Ricardo Lorenzetti, T. IV, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 343). Sin perjuicio de ello, se exhorta -como bien lo ha expresado la jueza de grado- a ambos progenitores no solo a cumplir con el régimen de cuidado personal establecido y con el régimen de comunicación provisorio acordado en la audiencia llevada a cabo ante este Tribunal (ver fs. 875/876), sino también a presentar en el tiempo establecido en 1era. instancia un plan de parentabilidad definitivo que garantice la comunicación constante entre todos los miembros de la familia a fin de que los padres puedan terminar lo que algún día empezaron juntos: la crianza de sus hijos, es decir de los hijos "de los dos" (Cfr. Wagmaister, Adriana, Acceso a ambos progenitores como un derecho humano de los niños, pub. en L.L. 2003-C, pág. 1212). Por consiguiente, propongo que se revoque la sentencia de fs. 781/804 y se disponga respecto al niño P. S. M. el cuidado personal Compartido a favor de ambos padres (la Sra. E. A. y el Sr. P. R. M.), con modalidad indistinta y con residencia principal en el domicilio de la progenitora (Localidad de Moreno), debiendo ambos progenitores compartir las decisiones y distribuir de modo equitativo las labores atinentes a cuidado de ambos hijos (arts. 3, 3.1, 5, 9, 12, 12.1, 14 y ccdtes. de la CDN; 1º, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes. Const. Nacional; arts. 1º, 11, 15, 36.2 y ccdd. de la Const. provincial; 26, 595, 639 inc. c., 646 inc. c. 648, 649, 650, 651, 653 inc. c., 656, 706, 707 y ccdtes., Cód. Civ. y Com.; arts. 2, 3b., 4, 5, 19 inc. b. y c., 24, 27 y ccdtes., ley 26.061; 4, 5, 6, 7 y ccdtes., 4.b y ccdd. ley 13.298; 375, 384, 844, 853 y ccdtes. del C.P.C.C.).

ASI LO VOTO. El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO: Corresponde: I) Hacer lugar a los agravios traídos a esta instancia por los apelantes de fs. 820/826 y de fs. 828/832, y en consecuencia, revocar parcialmente la sentencia de fs. 781/804, disponiendo el cuidado personal Compartido del niño P. S. M. a favor de ambos padres, la Sra. E. A. y el Sr. P. R. M. con modalidad indistinta y con residencia principal en el domicilio de la progenitora (Localidad de Moreno); II) En atención a la complejidad de la causa, a los antecedentes del caso, y también a la circunstancia de que no todos los argumentos planteados por los recurrentes fueron receptados por este Tribunal, se imponen las costas por su orden (art. 68 del C.P.C). III) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). ASI LO VOTO. El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. En consecuencia se dicta la siguiente; SENTENCIA Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo: I) Se hece lugar a los agravios traídos a esta instancia por los apelantes de fs. 820/826 y de fs. 828/832, y en consecuencia, se revoca parcialmente la sentencia de fs. 781/804, disponiendo el cuidado personal Compartido del niño P. S. M. a favor de ambos padres, la Sra. E. A. y el Sr. P. R. M., con modalidad indistinta y con residencia principal en el domicilio de la progenitora (Localidad de Moreno); II) Se imponen las costas en el orden causado (art. 68 del C.P.C). III) Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C).

Devuélvase. NELIDA I. ZAMPINI RUBÉN D. GÉREZ Marcelo M. Larralde Auxiliar Letrado

Correlaciones: S. S. L. c/B. S. T. s/régimen de visitas -Cám. Nac. Civ. - 10/09/2015 -Cita digital IUSJU004520E
025615E