



CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA

En la ciudad de **SANTA ROSA**, capital de la **Provincia de La Pampa**, a los 23 (veintitrés) días del mes de diciembre de 2021, se reúne en ACUERDO la **SALA 1** de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería para resolver el recurso de apelación interpuesto en la causa: "**B. M. C. Y OTRO c/ M. O. A. Y OTRO s/ CUIDADO PERSONAL**" (Expte. N° 115814) - N° **21720** r.C.A.- originaria del Juzgado de Familia, Niñas, Niños y Adolescentes N° 2 de la Ira. Circunscripción Judicial, estableciéndose por sorteo el siguiente orden de votación: 1) juez Laura B. TORRES y 2) juez Carina GANUZA.

La juez Laura TORRES, dijo:

I.- De la sentencia apelada

Viene a consideración de esta Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandado, A. M. O., contra la sentencia definitiva dictada el día 7 de septiembre de 2020 (fs. 466/479) mediante la cual el juez de primera Instancia hizo lugar a la demanda interpuesta por M. C. B., le otorgó el cuidado personal unilateral de los niños S. M. B. y D. M. B. y rechazó, en consecuencia, la reconvención (por cuidado personal unilateral) por él opuesta.

Autorizó, asimismo, el cambio de residencia de los niños a la ciudad de Chivilcoy, Provincia de Buenos Aires, junto a su progenitora, supeditado a la previa presentación de un plan de parentalidad que garantice, como mínimo, que los niños compartan con su padre un fin de semana al mes, una semana en las vacaciones invernales y cuatro en las estivales, una de las fiestas de fin de año, debiéndose indicar quién asumiría la responsabilidad de los traslados, precisando días y horarios, red social y/o números telefónicos a fin que el padre pueda sostener comunicación con sus hijos.

Estableció, además, que de no mediar consenso en el plazo de treinta días de quedar firme la sentencia, el plan sería establecido en forma inmediata por el Tribunal, en base a los antecedentes obrantes en autos.

Ordenó también que dentro del plazo de seis meses de producido el cambio de residencia de D. y S. (el que debía denunciarse inmediatamente en la causa), previo informe del equipo técnico del Tribunal, debía fijarse audiencia a efectos de revisar lo resuelto y el desarrollo del plan de parentalidad, salvo petición conjunta de que el mismo se deje sin efecto.

Aclaró, finalmente, que la decisión era provisoria y que, de avizorar un perjuicio para S. o D. debía asumirse otra resolución.

II.- Del recurso de apelación de M. O.

En su memorial (obrante en actuación SIGE 61064) critica la sentencia por considerar que las dos cuestiones decididas (el otorgamiento del cuidado personal unilateral a favor de la Sra. B. y la autorización del cambio de residencia de los niños a la ciudad de Chivilcoy) carecen de sustento probatorio idóneo y que el magistrado omitió ponderar prueba relevante colectada, como así también la opinión de la asesora de NNyA interviniente.

Entiende que el fallo es dogmático y arbitrario dado que no cumple, dice, con los requisitos establecidos para ser considerado una decisión razonablemente fundada.

La actora, por su parte, refutó los agravios (actuación SIGE N° 621865) y solicitó la declaración de deserción del recurso, con costas.

II.-a) Del cuidado personal unilateral. Con relación a esta cuestión explica el apelante que el juez no tuvo en cuenta prueba relevante que demuestra, según señala, que esa no es la solución acorde a la situación que se dirime en este caso en tanto ha puesto los deseos de la progenitora en primer lugar sobre aquellos que garantizan el interés superior de los niños, desconociendo la subjetividad que le es propia.

Agrega que este enfoque equivocado también se advierte cuando se autoriza el cambio de residencia, lo que implica modificar el centro de vida de los niños, a la par que desconoce los antecedentes aportados en la causa (expte. 117.286, iniciado el 4/8/16); esto es, el traslado "*ilegítimo, inconsulto y violento*" de los niños y que se tuvo que librar una orden judicial para la restitución.

Recuerda, a esos fines, que dicha orden se cumplió compulsivamente y que hay un convenio vigente entre las partes; a lo cual suma los episodios de violencia efectuados en el ámbito del tribunal, en el colegio de los niños, en el cine, en su departamento respecto de la Sra. F. (quien cuida a los niños desde pequeños) y durante la comunión de D..

Expresa que el juez no valoró, al otorgar el cuidado personal unilateral a la progenitora, que esta no acreditó desempeñar un rol facilitador de la comunicación de sus hijos con su parte (no conviviente), sino que, por el contrario, intentó permanentemente coartar el vínculo.

Manifiesta, por otra parte, que no hay prueba alguna que demuestre que él hubiera incumplido su responsabilidad parental, ni el acuerdo arribado en la oficina de mediación, ni que existiera algún impedimento o problema para desempeñar el cuidado personal de sus hijos.

Memora, a esos fines, que cuando se ordenó por el Tribunal su restitución y quedaron a su cuidado en esta ciudad de Santa Rosa (conf. expte. 117286), los niños continuaron con todas sus actividades y rutinas (según dan cuenta los informes acompañados y la audiencia

realizada con los niños) y nunca se impidió el contacto con su madre durante el tiempo que se quedó en Chivilcoy.

Menciona en particular, la prueba informativa del Equipo Técnico del Juzgado, instrumental y documental por él aportada que dan cuenta, según expresa, las situaciones de violencia a las que expuso a los niños y a él mismo; el trato que reciben sus hijos mientras están con él, como así también lo dictaminado por la Asesoría de NNyA.

Aduce que tampoco se ponderaron los testimonios aportados en esta causa (declaración de W. E. G., M. S. M., M. A., I. B., J. L. B.; R. F.) ni las pruebas documentales que prueban los episodios en los que la actora expuso a situaciones de vulnerabilidad a sus hijos.

Expone, finalmente, que el sistema del CCyC que privilegia el cuidado compartido de los hijos, alternado o indistinto, es el "*...que mejor asegura el derecho constitucional del hijo menor de edad 'a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular' (art. 9º, CDN) y confirma el principio de coparentalidad...*".

Añade que la solución contraria debe asumirse solo cuando no es posible o resulte perjudicial para los hijos, circunstancia esta que, reitera, no se configura en el presente caso según la prueba referida; razón por cual propugna continuar con el cuidado compartido, tal lo convenido en el año 2015, "*sin perjuicio de las modificaciones que pudieran efectuarse conforme el cambio de actividades de los niños y el acompañamiento que ellos requieran o necesiten según su crecimiento y evolución*".

Señala que resulta un error considerar que el centro de vida de los niños gira alrededor de la madre o del padre, sino que se prioriza el lugar donde estos se desarrollan, y que tal lugar desde su nacimiento es la ciudad de Santa Rosa, junto a su madre y también su padre, donde van al colegio, tienen sus amigos, practican sus actividades extracurriculares, sin perjuicio de visitar a sus abuelos en Chivilcoy o parientes paternos o que pasen tiempo en el campo con su padre o se vayan de vacaciones con alguno de sus progenitores.

Cuestiona, además, que el juez hubiera manifestado haber escuchado a las partes y los niños, analizado los informes, pero sin hacer referencia a qué expresiones de las partes, en qué audiencia ni cuáles son las expresiones de los niños, ni en qué contexto, ni respecto de qué informe, o cuál es el "resto" de la prueba que dice haber valorado, para arribar a la decisión que lo agravia.

Critica, en definitiva, que al otorgar el cuidado personal unilateral a la Sra. B. el magistrado no tuvo en cuenta de qué forma él podría involucrarse en la "cotidianeidad" de sus hijos cuando se hallará a más de 430 km de distancia y al margen de toda consideración de que dicho cuidado lo viene ejercitando desde el año 2015.

Entiende que lo resuelto no solo es dogmático, por no asentarse en las constancias comprobadas de la causa ni en el derecho aplicable, sino porque se invirtió la carga probatoria ya que la actora no probó cuál sería el beneficio que les reportaría a los niños el cambio de su centro de vida.

Explicita, en esa inteligencia, las pautas que debe tener el juez para atribuir el cuidado personal a uno u otro progenitor (conf. art. 653 CCyC) y concluye que de la prueba colectada *"no se logra vislumbrar con un grado de certeza suficiente que existan razones que motiven el otorgamiento del cuidado personal unilateral de S. y D. a favor de su madre, ni que, C. B. se presente como la progenitora conviviente que esté en mejores condiciones de garantizar y asegurar el pleno desarrollo y crecimiento armónico de los niños como facilitadora del contacto con el progenitor no conviviente"*.

Manifiesta que la circunstancia de que los niños tengan un vínculo de mayor apego con su madre no puede convertirse en una causa válida para otorgarle el cuidado personal ni autoriza el traslado de aquellos a otra ciudad, ello en el entendimiento de que los vínculos familiares pueden trabajarse para ser fortalecidos, máxime cuando su parte demostró que es un padre presente y se ocupa de los niños y que se ha mostrado predispuesto para trabajar en la comunicación con sus hijos.

Refiere que si bien no desconoce lo expresado por S. y D. en la audiencia celebrada el día 19/02/2019, en la que manifestaron que querían vivir con su mamá en la ciudad de Chivilcoy, esa opinión debe ser analizada en función de su autonomía progresiva y sin perderse de vista la influencia a la que pudieran estar sometidos.

Agrega sobre el particular: *"Es importante que al ser oído, el niño, niña o adolescente no se encuentre sometido a la influencia de sus progenitora o progenitor, es decir, que resulta ajena a injerencias, y, en el caso, es claro que para tomar la decisión el juez solo refiere tangencialmente a lo dicho por los niños, y fuera de todo el contexto integral del caudal probatorio reunido, principalmente el informe del equipo técnico (fs. 442/444) como el Dictamen de la ASESORA (fs. 446/448) porque es claro que el deseo de aquellos parte del deseo de su madre, perdiéndose de foco que no corresponde satisfacer sus necesidades sino las de S. y D.."*

Expresó que sus hijos *"NUNCA han manifestado que no quieren estar con su padre, que pudiera existir alguna cuestión de gravedad que así lo indique, que estar con sus padre resulte perjudicial para ellos..."*, que la propia Asesora de NNyA dijo que el deseo de trasladarse a la ciudad de Chivilcoy podía ser una mirada más idealizada por los deseos de su progenitora que por su real sentir, como un mecanismo para terminar los problemas entre los adultos, y que *"considerar en este caso la opinión de S. y D. como decisiva para la resolución del*

otorgamiento del cuidado personal a favor de la Sra. B. no importa observar su interés superior, ni puede ser interpretada como la única alternativa sin cotejar las demás pruebas arrimadas a juicio, pero menos aún, cuando se encuentra decididamente probado que, están canalizando deseos de su madre, no propios...".

II.-b) Del centro de vida de los niños y su cambio de residencia. Se agravia de la decisión en cuanto el juez consideró que el centro de vida de S. y D. *"es en convivencia con su madre, quien asumió su crianza desde el nacimiento de ambos en forma ininterrumpida..."*.

Interpreta que el juez efectuó un *"errado análisis...del concepto del centro de vida"* por cuanto, *"...lo real y concreto es que, además, existe acreditada prueba que, desde el nacimiento -y aun antes de ello para el matrimonio que fueran B.-M. O.-, objetivamente residió y se mantuvo en esta ciudad de Santa Rosa (L.P.)"*, como así también que existieron medidas de restitución a esta ciudad y un convenio antecedente de cuidado personal, alimentos y demás cuestiones conexas.

Analiza el concepto de "centro de vida" del niño, como aquel lugar en que hubiera transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia y que es equivalente al de residencia habitual, que supone los conceptos de estabilidad y permanencia por hallarse allí el centro de gravedad de su vida y el núcleo de sus vínculos parentales y afectivos.

Esgrime que en autos no se acreditaron razones suficientes para mudar la residencia de S. y D. a la ciudad de Chivilcoy y que, conforme surge de la prueba acompañada, la Sra. B. no ha brindado garantías que aseguren la continuidad de un régimen comunicacional a su favor, vulnerando el derecho de sus hijos a tener un vínculo adecuado con su padre.

Advierte que no se ha argumentado qué beneficios les reportaría a los niños radicarse en otra ciudad; por el contrario, esto les generaría un grave impacto y que la Sra. B. interpone sus prioridades, deseos de desarrollo personal y laboral al de sus hijos contrariando así el principio de interés superior del niño y ello es validado por la sentencia, lo que contraría, dice, el derecho convencional y constitucional vigente en la materia.

II.-c) Omisión de la opinión de la asesora de NNyA. Fundamenta, en apoyo de su postura, que no se ponderó el dictamen de la asesora de NNyA, quien conoce el caso y sus partícipes y que con tal proceder, afirma, se vulneró la doctrina de nuestro máximo Tribunal, según la cual su intervención *"...es, además de mera asistencia o representación promiscua, de defensa, para suplir la omitida por los representantes legales o complementar ésta, en la forma que se considere adecuada"*, que *"...se constituye como soporte legal imprescindible de tutela legal en la esfera judicial y extrajudicial"* y que *"...la 'doble representación' tiene amparo constitucional directo, razón por la cual la omisión de intervención del Asesor (en el caso de*

autos, a través de la contestación de la vista conferida) ante el compromiso de derechos o bienes de incapaces, además de nula es inconstitucional."

Pone de resalto, seguidamente, la conclusión de la asesora de que corresponde mantener el centro de vida de los niños estableciendo el cuidado personal bajo la modalidad indistinta con residencia principal en el domicilio de la progenitora en esta ciudad de Santa Rosa, y señala que el juez no sólo no consideró lo aportado por ella, sino que falló en sentido contrario.

III.- Su tratamiento

Resulta menester, a los fines de un adecuado tratamiento de la controversia, hacer una breve reseña de las constancias antecedentes y los argumentos dados por el juez al sentenciar.

III.-a) Antecedentes. La cuestión que viene a resolver se enmarca en una prolongada controversia suscitada entre los progenitores quienes, tras su separación de hecho (agosto/14) celebraron un convenio en la Oficina de Mediación Judicial (el día 28/5/2015) en el cual acordaron el *régimen de tenencia, comunicación y alimentos* respecto de sus hijos D. y S..

La Sra. M. C. B. inició con posterioridad al divorcio decretado (abril/16), estas actuaciones (el día 16/5/2016), reclamando el cuidado personal unilateral de sus hijos a fin de que puedan radicarse en Chivilcoy, mientras que el progenitor demandado (A. M. O.), se opuso al contestar demanda y reconvino, a su vez, también por cuidado personal unilateral.

En ese contexto y encontrándose en trámite la disputa judicial en los términos antes expresados, unos meses después, el Sr. M. O. promovió un incidente: "*M. O. A. c/ B. M. C. s/ MEDIDAS CAUTELARES*" (EXPTE. 117286) para obtener la restitución de sus hijos que habían sido trasladados de modo inconsulto y unilateralmente por la Sra. B. a la ciudad de Chivilcoy; restitución que finalmente se materializó el día 26/8/2016.

La actora solicitó luego, autorización judicial a los efectos de mudar la residencia de sus hijos S. y D. M. B. a la ciudad de Chivilcoy dando lugar a la causa: "*B. M. C. c/ M. O. A. s/ AUTORIZACION JUDICIAL*" (Expte. 133577), que se acumuló a los presentes.

III.-b) Sentencia de Primera Instancia. El juez ponderó los antecedentes obrantes en autos (el convenio celebrado el 28/5/2015; la conducta unilateral e inconsulta asumida por la Sra. B. al trasladar a sus hijos a la localidad de Chivilcoy y el inicio del expediente 117286, en el cual se ordenó el reintegro de los niños a la ciudad de Santa Rosa) y analizó la cuestión debatida, según dijo, en el marco de la necesaria perspectiva de género.

Explicitó, en tal orden de ideas que "*Esta modificación del lugar de residencia no resulta ser una petición oportunista y caprichosa, sino que la misma fue sostenida en el tiempo y justificada en razón que la misma es oriunda de dicha localidad, que al momento de trasladarse a la ciudad de Santa Rosa, fue con un proyecto de vida en común junto al Sr. M. O. el cual se*

truncó. Por acuerdo o no entre las partes, la organización familiar se estructuró en la propia de roles estereotipados de hombre proveedor y mujer ocupada fundamentalmente de las tareas hogareñas, priorizando las actividades del hombre sobre la de la mujer..., lo que importó al momento de disolverse la pareja una situación de mayor vulnerabilidad de la accionante, no sólo desde lo económico sino que también le resulta más difícil reinsertarse en este medio a su profesión de traductora, la cual ejercía en el emprendimiento que participaba con el demandado. Sumado a ello se debe considerar el aislamiento que manifiesta sufrir la accionante, quien como ya se expresó es oriunda de Chivilcoy y no se siente debidamente contenida desde lo afectivo en la ciudad de Santa Rosa, por lo que proyecta de vida personal y familiar en dicha localidad, donde cuenta con familiares y amistades que le brindan la contención y acompañamiento que necesita tanto para su desarrollo personal como profesional."; todo lo cual resultó acreditado con el testimonio de Ignacio B., la pericial psiquiátrica de fs. 381/383 y el informe de la licenciada Paz que asiste a la actora desde noviembre de 2014.

Aclaró, asimismo, que ante la falta de acuerdo de los padres sobre el cuidado de sus hijos debía resolver cuál de ellos estaba en mejores condiciones de garantizar y asegurar el pleno desarrollo y crecimiento armónico, para lo cual tendría en cuenta las pautas dadas por el ordenamiento jurídico, sin desconocer los derechos y deberes que corresponden al otro progenitor; previo dejar sentado que la decisión a dictar al respecto no causa estado.

Alegó, en ese contexto, que era menester considerar *"las condiciones que rodean la situación, la edad de los hermanos, su entorno familiar y social, y sus propias opiniones"*; que S. y D. fueron escuchados en la audiencia celebrada en fecha 19/02/2019, como así también con la Licenciada Paula V. Antoci (según informe de fs. 298/299); y que de lo manifestado por ellos *"surge claramente que existe un vínculo de apego mayor, se encuentran más a gusto, más protegidos, y que se llevan mejor con su madre que con su padre, alegando ambos expresamente sus deseos de continuar conviviendo con ella."*

Analizó el concepto de *centro de vida* de los niños en forma amplia, en el entendimiento que involucra aspectos objetivos (*"el lugar de residencia de S. y D., la ciudad de Santa Rosa, el colegio donde asisten -Santo Tomás-, donde desarrollan sus actividades extracurriculares"*) y subjetivos (*"los vínculos afectivos diferenciados de acuerdo a su intensidad dando esta pauta un sentido más acorde a la dinámica y realidad de la familia"*) y, en base a ello, la prueba producida y lo expresado por los niños, determinó que aquel (el centro de vida), era estar junto a su madre.

En esa inteligencia evaluó también la pretensión de la progenitora quien, de modo claro y determinante, expuso su intención cierta de trasladarse a la ciudad de Chivilcoy, con o sin sus

hijos; y se preguntó ¿qué resultaría más negativo para los niños?, ¿mantenerse en Santa Rosa junto a su padre, o trasladarse a la ciudad de Chivilcoy con su madre? a lo que se respondió que el centro de vida de los niños es en convivencia con su madre *"quien asumió su crianza desde el nacimiento de ambos en forma ininterrumpida"*.

Concluyó, por ende, en virtud de la doctrina del *status quo* (no procede innovar sobre situaciones de hecho consolidadas y procurar la estabilidad necesaria para la formación armónica de los NNyA, salvo que medien razones que así lo aconsejen), que separar a los niños de su madre era contrariar tal principio.

En consecuencia, hizo lugar a la demanda, motivo del planteo recursivo bajo tratamiento.

III.-c) Actuaciones posteriores - convenio provisional de relación, comunicación y contacto. Radicadas las presentes actuaciones en esta instancia, y luego de dictada sentencia en Primera instancia y expresados los agravios, las partes suscribieron el aludido acuerdo que comprendía las fiestas de fin de año (2020) y vacaciones de 2021, el cual fue homologado (act. 811624) por el juez de la instancia anterior.

Asimismo, ante el requerimiento formulado por la actora (8/7/2021), esta Sala (con distinta integración), ordenó la convocatoria a una audiencia para escuchar a S. y a D.; ocasión en que se conversó en forma separada y fluidamente con ellos, quienes se explayaron de modo sereno, seguro, haciéndonos conocer de manera clara y concreta sus vivencias, gustos, pareceres sobre todo lo que se le preguntó, como así también expusieron espontáneamente circunstancias y/o situaciones que consideraron pertinente manifestar.

Tras ello, y atento la presencia de los progenitores en la sede de este Tribunal, se les preguntó si querían hablar con los miembros de la Sala y con la presencia de la asesora de NNyA, a lo que accedieron, ingresando por separado y ejerciendo su derecho de expresarse libremente, manteniendo una charla informal y distendida sobre la cuestión que se halla en revisión por ante esta Cámara y donde expusieron sus puntos de vista y pareceres.

En ese marco, se propuso y se acordó pasar a un cuarto intermedio, suspendiéndose por tres meses el estudio y consecuente resolución de la presente causa, a los fines de establecer un espacio de revinculación entre el Sr. M. O. y su hijo S., con la intervención del defensor de los derechos de NNyA. Se sugirió también, al aquí recurrente, iniciar terapia psicológica *"a fin de buscar instrumentos que tiendan a reforzar los vínculos con sus hijos menores de edad"*, cuyas constancias (act. 1179248 y 1213244) adjunta posteriormente.

Durante ese lapso el defensor de los derechos del NNyA informó un principio de acuerdo (sobre régimen comunicacional y desistimiento de la vía recursiva); pero finalmente, vencido el plazo acordado y, tal como surge de los informes presentados y escritos de las partes sobre el trabajo realizado, la revinculación de S. con su papá no se logró ni, por tanto, firmar un

convenio que pusiera fin a la disputa; motivo por el cual se reingresó estas actuaciones a estudio a los fines de resolver la cuestión definitiva.

IV.- La decisión

IV.-a) Del contexto relatado se desprende, como primera conclusión, que pese al tiempo transcurrido desde el dictado de la sentencia de grado, audiencia celebrada con la intervención de la asesora del NNyA, intervención del defensor de los derechos del NNyA, en pos de lograr una salida consensuada y que mejor interprete los deseos de las partes y el resguardo del interés superior de D. y S., lo concreto es que llegamos a esta instancia y la situación conflictiva sigue siendo la misma.

Es más, el planteo apelante bajo tratamiento no difiere de la contestación de demanda y los informes técnicos, ya sea del equipo del Juzgado o los periciales que se produjeron en la causa, exponen la misma problemática a lo largo del tiempo y que detalla el juez en los "resulta" de su sentencia.

Es decir que, no obstante la predisposición de los abogados de las partes, conforme informa el defensor Meacca (actuación 1130685 de fecha 20/9/2021), ningún avance se ha logrado en tanto los padres, pese a que desde lo discursivo aducen querer acordar lo real es que, en concreto, se mantienen en posturas irreductibles, no pudiendo objetivar que no se trata de ellos, de su problema irresoluto de adultos (ninguno de los padres ha logrado correrse de su subjetividad), sino de los niños y de su interés superior, más allá del profundo amor y preocupación que ambos progenitores profesan por sus hijos y acerca de lo cual no albergo dudas.

Ello no obsta sin embargo considerar que, tal como lo señala el papá y la asesora de NNyA, el "centro de vida" del niño y la adolescente, en su acepción más conocida y conforme lo conceptualiza la ley 26061 (inc. f), es esta ciudad de Santa Rosa por ser, precisamente, el lugar donde han "*...transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia; ...*"; pero dicha circunstancia no puede erigirse, a mi criterio, en el núcleo dirimente del conflicto ni suficiente para resistir eficazmente la decisión adoptada.

En efecto, un breve repaso de las constancias de esta causa me autoriza colegir que, sin perjuicio de vivir los niños en esta ciudad desde su nacimiento, que tienen su casa, que aquí asisten al colegio de siempre, que tienen compañeros de clase y amigos, que realizan tareas extracurriculares, como así todas aquellas otras que el apelante refiere como compartidas, no han bastado para lograr una vinculación espontánea del padre con sus hijos, al menos con S., ni retomar la *cotidianeidad* pretendida por vía judicial.

Ello surge evidente de la presentación efectuada por A. M. O. en fecha 15/9/21 (actuación 1122917), en la que pone de manifiesto: "*desde un tiempo prolongado a la fecha el*

contacto con mis hijos es absolutamente esporádico, inconstante e irregular, puntualmente con S. a quien desde marzo de este año solo lo vi en tres oportunidades, dos días en la primer semana de marzo, dos días en el mes de junio y diez minutos el día de su cumpleaños. Con C. B., la madre de S. y D., no tengo ningún tipo de contacto. A la fecha no atiende mis llamados, no responde mis mensajes y la escasa comunicación que mantiene conmigo es a través de mails que ella manda poniendo en copia a nuestros abogados. S. repite la misma conducta, no contesta mis mensajes ni tampoco mis llamadas"

"La situación con Defina no es muy distinta a la S.. La veo esporádicamente y en lo que va del año solo se ha quedado dos fines de semana conmigo en el campo. A diferencia de su hermano, con ella tengo un mayor contacto vía telefónica mas no así personalmente. Durante el mes de agosto pasado solo estuve tres veces con ella y nuestros encuentros se redujeron a ir a tomar una café o un helado, ello por el término de una hora aproximadamente".

"Mi relación con S. se ha reducido dramáticamente en lo que va del año a estar con él solo cuatro días y diez minutos el día de su cumpleaños (30/08/2021). Vale decir que también lo veo cuando paso a buscar a D. por su casa. En esa oportunidad puedo charlar unos minutos con él, a veces desde la ventana y siempre existe, sin causa aparente, una excusa por la cual no quiere venir con nosotros. A la falta de contacto personal también se le ha sumado todo otro tipo de comunicación, sea vía llamadas por teléfono o mensajes de texto".

De lo así expresado se desprende una segunda conclusión: que no por mantener estático el domicilio en esta ciudad y respetar a "rajatabla" el centro de vida, conforme lo conceptualiza la ley, el apelante ha logrado mantener ni continuar esa vinculación pretérita, menos aún retomar la ansiada *cotidianeidad* que reclama.

Es que el "centro de vida" no depende solamente de los parámetros objetivos que menciona el art. 3 inc. f) de la ley 26061 (elemento temporal y de legalidad), sino que en su configuración confluyen otros de naturaleza subjetiva que tienen que ver con lo que el niño y la adolescente sienten efectivamente como tal.

Resulta atinado aclarar que, si bien el juez hizo referencia a mantener el *statu quo* de los niños respecto de su centro de vida (que era en convivencia con su progenitora), ello no obsta reconocer que en las relaciones de familia campea el dinamismo y que, precisamente por ello, no cabe hacer valer hoy por hoy un acuerdo de mediación suscripto en 2015 cuando S. y D. tenían otra edad, otras vivencias y perspectivas. En la actualidad, transcurridos 6 años, tienen un mayor grado de madurez para formarse su propio juicio y han expresado categóricamente querer vivir con su mamá en la localidad de Chivilcoy.

Es más, ese marcado dinamismo de los lazos familiares fue captado por el juez de grado al aclarar que su decisión estaba sujeta a revisión y que no causaba estado; pues, de

variar las circunstancias tenidas en cuenta al momento de fallar, la decisión podía (y puede) revertirse.

Por su parte, es también oportuno destacar que en ningún momento de su análisis prescindió de los derechos y deberes que corresponden al Sr. M. O., que conserva la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, lo que incluye su derecho de mantener una adecuada comunicación con sus hijos y participar activamente en su formación y educación, con el correlativo deber de la Sra. B. de *"arbitrar todos los medios necesarios y razonables para que sus hijos mantengan una comunicación fluida y constante con el progenitor no conviviente, y que éste participe activamente en la formación y educación de sus hijos"*.

Consignó, además, que analizó la contienda *con perspectiva de género* en base a lo cual visibilizó la situación de vulnerabilidad en que se encontraba M. C. B., conforme a los argumentos que expone (cuestión que no viene discutida ni es controvertida); mas lo cierto es que ello en modo alguno se traduce ni cabe interpretar que los deseos y preferencias personales de la mamá haya sido motivo dirimente del caso ni que estén por sobre el interés superior de S. y D..

Desde el inicio el juez dejó en claro que la cuestión a resolver era el cuidado personal de los niños y su lugar de residencia, sin dejar de considerar por ello que el planteo de la Sra. B. estaba directamente encajado y que tendría ineludible incidencia en las personas con quienes convive.

Entiendo, en definitiva, que no se trata de atribuir culpas ni de cumplir deseos personales de los padres ni sus eventuales influencias negativas en la opinión de sus hijos. El tema, repito, no son los adultos que podrán solucionar o no sus conflictos, sino que en esa conflictiva familiar los progenitores, consciente o inconscientemente, involucraron al niño y a la adolescente y, en ese contexto sí adquiere singular importancia el derecho de estos de ser escuchados y que su opinión sea tenida en cuenta a la hora de resolver por cuanto la decisión les compete de modo directo.

Los informes de la causa son elocuentes en señalar que tanto D. como S. quieren vivir con su mamá, que no la ven feliz en esta ciudad y que sí lo serían si se mudaran a Chivilcoy; por tanto, sin perjuicio que, como dice la asesora, ello puede ser una mirada idealizada, lo cierto es que así lo expresaron en todas las oportunidades en que ejercieron su derecho de participación.

Interpreto, por ende, que no es necesario citar hojas ni fechas, ni circunstancias, ni oportunidades o contextos, por cuanto se trata de una postura, y ello se verifica con la lectura de la causa, que se ha mantenido invariable a lo largo del tiempo. Así lo han expuesto ante la psicóloga, lo han repetido al juez de la anterior instancia, al defensor de los derechos del NNyA

(cfe. lo informa en presentación 1130685 de fecha 20/9/2021) y también a las integrantes de esta Sala de Cámara en oportunidad de la audiencia personal realizada.

Es más, el propio apelante, no obstante el cuestionamiento realizado a tales efectos, así también lo admitió al manifestar no desconocer lo expresado por sus hijos en la audiencia del 19/2/2019, aun cuando lo condicionara al análisis de la autonomía progresiva y al margen de toda influencia.

La opinión del niño y la adolescente no solo implica un derecho de ser "oídos", sino también un deber de escucha por parte de los operadores del sistema. Precisamente, el derecho a ser "escuchado" se enmarca dentro del derecho de participación y, como tal, se erige en un baluarte fundamental para efectivizar el reconocimiento del NNA como "sujeto de derecho". Postulado que recepta la denominada "Doctrina de la Protección Integral" (a diferencia de la anterior "Doctrina de la Situación Irregular" que lo reducía a objeto de protección) y que fue consagrada por la ley 26061.

En el contexto aludido deviene menester recordar que dicho ordenamiento establece (en su art. 3°), que se debe entender por "interés superior del NNA" la: *"... máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías"* que la ley le reconoce y que para ello se debe *"respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. 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"*.

Determina, asimismo, que dicho *"...principio rige en materia de patria potestad..."* (se recuerda que el término se relaciona con la época de su dictado: 2006), y que a dichas pautas se debe ajustar su ejercicio, como así *"...toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse"*; a lo que agrega: *"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"*.

El apelante, por su parte, si bien comparte tal línea directriz, disiente con el criterio que adoptó el juez para determinar cuál era el "centro de vida" de S. y D. y, al hacerlo, insiste en una postura que, sin perjuicio de estar fundada en los antecedentes de la causa (elementos estos objetivos y verificables), se ciñe a la literalidad del concepto antes expuesto (inc. f); esto es, que esta ciudad es el lugar donde los niños transcurrieron en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia, pero sin contextualizar que, justamente, se trata de una pauta

más dentro de una serie que conforman el "interés superior" de sus hijos que consiste, vale reiterar, en: *"la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías"* que la ley les reconoce.

Satisfacción integral que, destaco, debo compatibilizar con el resto de las pautas que marca la ley y entre las cuales se encuentra el deseo genuino de sus hijos de convivir con su madre en la ciudad de Chivilcoy. Y digo "genuino" porque dicho término es el que mejor representa lo que oportunamente nos transmitieran en la audiencia celebrada por ante esta Cámara y porque así se halla expresado y surge de los diferentes informes agregados a la causa, cuya evaluación contextual no puedo (ni debo) soslayar.

Los niños, dice la Corte, *"...tienen derecho a una protección especial que debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que ante un conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los infantes debe tener prioridad por sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso en concreto, aún frente al de sus progenitores (conf. doctrina Fallos: 328:2870; 331:2047 y 2691; 341:1733)."*

Expresó también y como directriz: *"La configuración de ese "interés superior" exigirá examinar en cada caso las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquélla que contemple -en su máxima extensión- la situación real del infante"* y que en esa labor el juez no debe limitarse a decidir *"...mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley manda valorar (Fallos: 331:147, 2047, entre otros)".* (causa "B., E.M. s/ reservado s/ adopción s/ casación").

La claridad conceptual de los párrafos antes transcritos constituyen, por un lado, una contundente directiva a la tarea judicial y, por el otro, da soporte argumental suficiente a lo fallado en la anterior instancia, a la par que brinda adecuada respuesta a los cuestionamientos efectuados toda vez que, en palabras atinadas del Tribunal cimero: *"...a la hora de definir una controversia, los jueces no deben omitir atender a las consecuencias que se derivan de ellas a fin de evitar que, so pena de un apego excesivo a las normas, se termine incurriendo en mayores daños que aquellos que se procuran evitar, minimizar o reparar (confr. doctrina Fallos: 326:3593; 328:4818 y 331:1262), conclusiones que -valga remarcar- adquieren ribetes especiales cuando se trata de niños, niñas y adolescentes"*.

En consecuencia, en base a lo hasta aquí analizado considero que la decisión del juez de primera instancia no es dogmática, sino que, por el contrario, ha efectuado una adecuada recreación de los hechos, ha valorado la prueba producida y aplicado el derecho vigente y acorde a la realidad sobre la que se tuvo que expedir; es decir, se trata de una decisión

razonablemente fundada, prudente y firme en las directivas expresadas; razón por la cual me expido en igual sentido y, por tanto, propicio desestimar el primer cuestionamiento.

IV.-b) El apelante también se queja de que se haya otorgado el "cuidado personal unilateral" a la Sra. B. porque no puede vislumbrar, dice, de qué forma él podría materializar el cuidado cotidiano de los niños a más de 430 km de distancia.

Este enunciado, si bien adecuado en cuanto crítica, pues se halla en consonancia a la postura asumida y defendida a lo largo del proceso, no logra sin embargo desarticular eficazmente el argumento inicial y conforme al cual, tal como él mismo lo admite en su presentación de fecha 15/9/2021 (antes referida), el permanecer sus hijos en esta ciudad y en contra de sus deseos expresos, tampoco le garantizó efectivizar, por el motivo que fuera, el "cuidado compartido" convenido.

De ello resulta que el razonamiento del magistrado es lógico, no dogmático, por cuanto si el "centro de vida" de los niños, de acuerdo a su escucha, es en convivencia con su madre, ante el traslado de ésta a la ciudad de Chivilcoy, de ello deriva que se otorgue a su favor el cuidado personal unilateral, ya que su progenitor no lo va a poder materializar.

En tal orden de ideas el juez manifestó (siguiendo lo resuelto por esta misma Sala en la causa "M., W. J. C/ T., G. F. S/ Cuidado Personal", Expte. N° 20480/18 r.C.A.): *"el otorgamiento del mismo con la modalidad compartida indistinta a ambos progenitores resulta, una solución dogmática, ya que como se señaló este cuidado se refiere a lo atinente a la vida cotidiano de los niños, y no se advierte como o de que forma el demandado reconviniente, Sr. A. M. O.; aún cuando desde lo discursivo expresara su voluntad, podría, fáctica y cotidianamente, ejercitar ese cuidado "compartido e indistinto" si su lugar de residencia se encontraría distante a mas de 430 Km. del centro de vida de sus hijos..."*.

Deviene claro para mí que tal razonamiento resulta adecuado a los parámetros analizados; máxime cuando precisamente por ello destacó que en esta causa no había un ganador o perdedor y que *"Ni la Sra. M. C. B. a quien se le otorga el cuidado personal de los niños puede considerarse 'progenitor principal', ni el Sr. A. M. O., quien no convive con sus hijos debe ser considerado "progenitor visitante" y por ello retaceado en su responsabilidad parental..."*.

No se trata, en suma, de propiciar ni validar conductas irregulares del pasado, sino de evaluar si en las circunstancias particulares del caso, la permanencia de los niños en esta ciudad ha dejado de ser el ambiente socioafectivo adecuado a sus necesidades y deseos.

Bajo tal perspectiva lo sentenciado se presenta respetuoso del principio del interés superior del niño y la adolescente en tanto les garantiza, en la medida que la progenitora cumpla el *"plan de parentalidad"* con los recaudos mínimos requeridos por el juez, cierto

equilibrio emocional y finiquitar una situación de angustia e incertidumbre que lleva demasiado tiempo.

El trasladarse a una ciudad donde compartirán con sus abuelos, primos y donde su mamá se verá contenida en sus afectos, no significa que el papá quede desvinculado de la vida de sus hijos, sino que se modificará la cantidad de tiempo; quizá lo logre en calidad.

Se traduce, en definitiva, en lograr una convivencia con la mamá en otro escenario (Chivilcoy) que aparece como más estable y evita nuevos conflictos o espacios de incertidumbre que tanto el niño, y de modo más claro la adolescente, nos expresó en su oportunidad. Dijeron estar cansados de esta situación y que quería que "la justicia" le ponga fin.

Esa escucha de S. y D. y la entrevista posterior con sus padres, como así también lo que resulta de lo informado por el defensor Meacca me llevan a la conclusión que lo sentenciado, más allá que no conforme a A. M. O., resulta la respuesta judicial más adecuada a la naturaleza de los derechos involucrados, y así me expido.

Concluyo, en suma, que la decisión de disponer el cuidado unilateral en cabeza de la Sra. B. y el cambio de residencia de los niños a la ciudad de Chivilcoy es la que más se condice con el interés superior de aquellos, cuya consecución es el norte que debe guiar toda decisión que los afecte por expreso mandato convencional (art. 3 CDN).

IV.-c) Por su parte, la crítica vinculada a la omisión de ponderación del dictamen de la asesora de NNyA no ha de prosperar.

En efecto, si bien no desconozco la función que le compete en las presentes actuaciones a tenor de lo prescripto por el artículo 103 del CCyC (su actuación "es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida") y la consecuencia de su falta intervención (nulidad relativa del acto), que no es el caso, ello no significa que su opinión sea *vinculante*.

El impacto que el cambio de residencia de la mamá ocasionaría en la estabilidad emocional y desarrollo integral de los niños no tienen en el expediente reparos ni se han producido ni acercado pruebas que informen de su inconveniencia. La asesora escuchó al niño y a la adolescente (tanto en esta instancia como en la anterior), y si bien puedo compartir que quizá se trata de una imagen idealizada de un futuro mejor y sin conflictos, lo cierto y concreto es que el deseo fue expresado en sentido categórico y sin titubeo.

IV.-d) A tenor de lo expresado en los puntos anteriores propongo desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios.

V.- De las costas de segunda instancia

En cuanto a la imposición de costas en este tipo de procesos, comparto la opinión de Mizrahi quien ha dicho: *"En lo que se refiere a las costas del proceso, fundamentalmente en relación con causas que atañen a niños de índole no patrimonial (como las cuestiones de cuidado personal del hijo y régimen de comunicación), no rige como regla el principio objetivo de la derrota previsto en el art. 68, parte 1º, del Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación. Se ha entendido que es lógico y hasta plausible que el progenitor aspire a tener el cuidado personal de su hijo, o a lograr un mejor régimen de comunicación [...] en estos procesos no se estiman adecuadas las nociones de vencedor y vencido, ya que los juicios no deberían ser transitados como una lucha por la conquista de trofeos personales. Téngase presente que, en este tipo de actuaciones, los afectados son los niños por las disputas que se producen entre los adultos"* (cfr. Mizrahi, Mauricio Luis; "Responsabilidad parental"; 1ª. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2015, ps. 206/207).

Línea argumental que se halla en consonancia con lo argumentado por el juez y que refiero más arriba (pto. IV.-b) y a la que adhiero por compartir dicho fundamento.

Propongo, en consecuencia, imponer las costas de esta instancia recursiva en el orden causado (artículo 62, 2º pfo. del CPCC).

La juez GANUZA, dijo:

Adhiero al voto que antecede por compartir sus fundamentos.

Del régimen comunicacional provisorio frente a las fiestas de fin de año y vacaciones estivales

I.- El señor A. M., mediante actuación SIGE N° 1269286 de fecha 30/11/2021, pidió a esta Cámara la fijación de audiencia a fin de acordar un régimen comunicacional que prevea, por lo menos, las festividades de fin de año y las vacaciones de verano; ello por cuanto había tomado conocimiento que C. tenía pensado irse a Chivilcoy el 15 de diciembre del corriente año.

Tras desestimarse su pedido por Presidencia, atento el estado de la causa (a estudio del expediente) y la oposición formulada por la actora, el demandado comunicó a este Tribunal que el día 20/12/2021, constató personalmente que la Sra. B. habría abandonado la ciudad con sus hijos S. y D., sin poder comunicarse en forma telefónica con los mismos.

Refirió al respecto: *"El hecho en el que ha incurrido C. B. frustra e incumple groseramente una vez mas el convenio suscripto en el ámbito de Mediación en el año 2015 – vigente en todas sus partes– en el cual se pactara que nuestros hijos pasarían una fiesta de navidad y año nuevo de manera alternada con cada uno de los padres como así también las vacaciones de verano (la mitad de los días con cada progenitor)"* (actuación 1311050).

II.- La situación descripta amerita, dada la proximidad de las fiestas de navidad y fin de año, como así también de las vacaciones estivales, esta Sala (más allá que confirma la sentencia de primera instancia en su integridad y, por ende, el "plan de parentalidad" allí dispuesto que contempla esta situación) dispone el siguiente régimen comunicacional provisorio: S. y D. pasarán una de las fiestas de "navidad" o "año nuevo" con cada progenitor, en tanto que respecto al período vacacional estival, debe ser motivo de propuesta acordada y que mejor satisfaga el interés superior del niño y la adolescente quienes deben colaborar en la consecución de tal fin.

Por ello, la **SALA 1** de la Cámara de Apelaciones, por unanimidad.

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de Primera Instancia dictada el día 7 de septiembre de 2020 (fs. 466/479) en lo que fue objeto de agravio, por los motivos explicitados en los considerandos.

II.- Imponer las costas de segunda instancia en el orden causado (art. 62 CPCC) y, a tales fines, regular los honorarios profesionales de Esteban Torroba, en su carácter de patrocinante de la actora, en el 28% y los de Diego A. Masoero, patrocinante del demandado, en el 28%; porcentuales a calcular sobre lo regulado, respectivamente, a cada uno de los profesionales en la instancia anterior, con más IVA de así corresponder (art. 14 ley 1007).

III.- Disponer un régimen de comunicación provisorio para las fiestas de navidad y fin de año, en los términos explicitados en los considerandos.

IV.- A los fines de la publicación de la presente sentencia, de conformidad con lo dispuesto por Acuerdo N° 3468 del STJ, procédase a reemplazar los nombres y apellidos de las partes tanto en la carátula como en el texto de la presente por sus iniciales.

V.- Regístrese, notifíquese la parte dispositiva (art. 461 del CPCC). Oportunamente, devuélvase al Juzgado de origen.

Firmado: Laura B. TORRES (juez de Cámara) - Carina GANUZA (jueza de Cámara Sustituta)

Juan Martín PROMENCIO (secretario)