

Reunida la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial Dolores, en Acuerdo Ordinario, con el objeto de dictar sentencia en causa Nº 98.782, caratulada: "C., M. C/ B., N. S/ TENENCIA DE HIJOS Y REGIMEN DE VISITAS", habiendo resultado del pertinente sorteo (arts. 263 del CPCC; 168 de la Constitución Provincial), que los Señores Jueces debían votar según el siguiente orden Dres. María R. Dabadie y Mauricio Janka . El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes: C U E S T I O N E S Primera cuestión ¿Resulta ajustada a derecho la sentencia apelada? Segunda cuestión ¿Qué se debe decidir? V O T A C I Ó N A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA JUEZA DOCTORA DABADIE DIJO: I. Antecedentes. Viene la causa a conocimiento del Tribunal a tenor de las quejas de ambos progenitores en relación a la sentencia definitiva dictada el 29/6/20 (recursos de apelación del 6/7 y 27/7). La jueza de grado dispuso -a través de aquélla- el cuidado personal compartido bajo la modalidad indistinta de los menores M. E., L. A., D. S. y B. A. C. B., fijando la residencia de manera principal en el domicilio materno. Asimismo ordenó la re-vinculación entre los niños y su progenitor por intermedio de los profesionales del Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del NNyA de la ciudad de Pinamar tendiente a proporcionar las condiciones que permitan restablecer el vínculo, ordenando a los profesionales arbitrar los mecanismos necesarios y estrategias de medidas positivas que lo re-vindiquen frente a los niños, restituyendo su figura, rol y jerarquía perdida. Dispuso que ambos progenitores continúen o inicien, en su caso, sus espacios terapéuticos individuales a los fines de superar, lo que denomina como "graves desencuentros" que perjudican el desarrollo de sus hijos menores de edad, debiendo informar los profesionales mensualmente la asistencia y el informe pertinente; con costas por su orden. II. Postulaciones ante el Tribunal - resumen-. a. El progenitor, accionante, se desconforma del enfoque a través del cual la sentenciante aborda y describe la dinámica del conflicto que se presenta en autos, en relación a la conducta de los adultos. Sostiene que la demandada es la responsable del alejamiento de sus hijos por una "falsa denuncia". Refiere haber cumplido siempre con las mandas judiciales, por lo que no cabe señalarlo como conflictivo y que los niños serían manipulados por su progenitora. Afirma que el SLPPN no es la institución adecuada para intervenir; dado que los niños no querrían relacionarse con sus integrantes, siendo que además el Servicio ya intervino en la causa y no se habrían obtenido buenos resultados. Denuncia que "la sentencia omite lastimosamente la lucha del suscripto", y que "el a quo no sancionó los incumplimientos de la demandada". Además denuncia que la sentencia es poco clara e imprecisa y solicita que la Cámara establezca detalles y modalidades para el cumplimiento de la misma. Finalmente requiere que las costas generadas sean impuestas a cargo de la demandada perdidosa (presentación del 17/7/20). b. La progenitora por su parte afirma que la conflictividad la generó el progenitor y sostiene que la jueza no expuso adecuadamente los hechos de abuso ventilados en la causa penal, omitiendo aclarar el contexto de los dichos de su hija D. S. Asevera que el progenitor ejerce violencia sobre los niños. Requiere que el cuidado sea unilateral, pues sostiene que los niños no quieren ver al padre. Cuestiona la valoración probatoria, específicamente la prueba pericial psicológica. Expresa que no consintió el contacto paterno-filiar que según la jueza interviniente se habría acordado en audiencia del 28/11/18. Requiere, en definitiva, que se revoque la sentencia, se fije el cuidado unilateral y se suspenda todo contacto con el progenitor (presentación del 9/9/20).

c. En último lugar, cabe destacar que el Asesor Tutelar omitió presentar el debido dictamen y la Abogada de los Niños expresó no haber podido conocer el deseo o voluntad real de aquéllos (presentación Dra. García Carricaburu del 2/11/20). III. Escucha de las personas menores de edad

involucradas. Ya en esta instancia fueron entrevistados por el Tribunal, con la intervención del Asesor ad hoc y de la Abogada de los Niños, en forma individual cada una de las personas menores de edad intervinientes en la causa. Teniendo en cuenta, por supuesto, su individualidad, circunstancias y posicionamientos; todo lo cual ha quedado debidamente registrado (conf. acta del 23/2/21).

IV. Consideraciones y decisión que propongo.

a. El principio rector. En primer término se debe destacar la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes (en adelante, NNYA), debe tener en cuenta el interés superior de esas personas (art. 706 inc. c CCyCN). La ley de protección integral de los NNYA establece que, por esa expresión se debe entender "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos" en la norma. Debiéndose 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.

Dejándose aclarado que, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las NNYA frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (art. 3 Ley 26.061). He aquí el eje rector y guía para la decisión de esta causa.

b. El cuidado personal. En este apartado me referiré al instituto que regula los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana de los hijos (art. 648, CCyCN). Debemos partir como paso ineludible por el imperativo principio de realidad, por señalar que hasta ahora, los niños han estado de hecho viviendo prácticamente bajo un régimen de cuidado unilateral por parte de la progenitora, teniendo aislados contactos con el progenitor, asistidos por terceros. Es decir que, más allá del tiempo trascurrido y diversas intervenciones llevadas a cabo, referidas por la sentenciante de grado, que surgen de la causa y de las audiencias ante esta sede, es lo cierto que el contacto con el progenitor en el último tiempo, ha sido realmente escaso, hasta podría decirse casi nulo. Sentado ello y considerando que la causa ha tenido inicio en el año 2012, la multiplicidad de intervenciones, los vaivenes vividos, avances y retrocesos, sumado a las importantes modificaciones que en materia del cuidado personal de los hijos se han incorporado a través de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, se impone trazar algunas líneas de lectura fundamental para ambos progenitores, recurrentes en autos. Al respecto, la doctrina más destacada recalca que la sociedad recién comienza a advertir la magnitud de la reforma legislativa, ya que el verdadero desafío que el Código Civil y Comercial plantea a los padres y madres que no conviven es aprender a compartir el cuidado de sus hijos; y compartir implica colaborar, participar, comunicar, acompañar la crianza. En una palabra, cooperar con el otro en un esfuerzo conjunto para que niños y adolescentes crezcan en forma saludable y alcancen un desarrollo pleno. En ese marco, se impone destacar que la noción de coparentalidad responde a un sistema familiar democrático en el que cada uno de sus miembros ejerce su rol sobre la base de la igualdad y el respeto recíproco. Y lo más importante es que padres y madres deben aceptar que la ley no asigna preferencias para el cumplimiento de las funciones parentales por razones de género; atrás quedaron los padres con derechos sobre sus hijos, victoriosos sobre los otros, que solo parecen tener obligaciones (conf. Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. "Una visión transversal de la ley, la sociedad y la praxis judicial en la responsabilidad parental. el desafío de compartir" La ley 09/10/2015 , 1 º La ley 2015-E , 1137, Cita Online: AR/DOC/2970/2015). La transformación que implica el cambio de paradigma en esta materia no es menor, de ahí la importancia que adquiere

la comprensión de los cambios legislativos por el ciudadano a quien en definitiva le afecta y repercute; no es una cuestión que se limita al cambio terminológico y que suena a juego de palabras (antes tenencia, ahora cuidado personal), los progenitores tienen el deber - prácticamente inexcusable- de orientar a sus hijos a la autonomía y propender a liberarlos de sus conflictos maritales o de pareja; el mensaje es claro, los NNyA deben quedar afuera de esa conflictividad. La idea que subyace en esta temática es la necesidad de que los hijos mantengan un contacto fluido y constante con ambos progenitores, motivo por el cual el eje es elegir los modelos que permitan alcanzar este objetivo (conf. SCBA causa C. 122.501, "R., V. S. contra D., G. J. Tenencia de hijo"). En concreto, se debe insistir aquí que el cuidado personal puede adquirir distintas modalidades cuando los padres no conviven, unipersonal -pretendido por la progenitora- o compartido (art. 649 del CCyCN). Y con ese piso de marcha es que a pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido de los hijos con la modalidad indistinta -como ha sido receptado en la sentencia cuestionada-, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para los menores. Es decir, que frente al desacuerdo e intentando dejar ya atrás las peleas pasadas y luchas sin un sentido propio para la causa, porque aquí, por los intereses superiores que se deben preservar, no se va a presentar frente a los niños y adolescentes involucrados un vencedor y un vencido, ni un triunfador/a versus un/a subyugado/a; es que siempre va a ser excepcional que el cuidado sea asumido por un solo progenitor (art. 653 Cód. cit.). Además, en ese caso, la circunstancia o razón que -en la opinión de una parte- justifique esa excepcionalidad debe ser debida y acabadamente probada, pues el sistema privilegia e intenta plasmar un régimen en el que ambos progenitores puedan asumir en común las responsabilidades y cuidados que la crianza y educación de los hijos requiere. Y aquí debe señalarse que esa excepcionalidad invocada por la progenitora no ha sido acreditada, máxime teniendo en cuenta que más allá de su alegada desinterpretación o malentendido de lo acordado en la audiencia del 28/11/18, lo cierto es que existía allí un piso de acuerdo para el retome del contacto paternofamiliar debiéndose considerar como una especie de hito en esta causa, circunstancia debidamente detallada por la Lic. Demicheli del 20/3/19 -quien intervino en la causa por sorteo-. En función de ello y más allá del resultado de esa intervención, comparto la solución que sobre este apartado ha dado la sentenciante de la instancia anterior; así pues, para la mejora de la dinámica familiar y más saludable relación de progenitores e hijos no resulta menor que el poder de iniciativa respecto a las decisiones de aquéllos se comparta, evitando que recaiga en manos del conviviente. Y ello, nunca va a ser impuesto como castigo, sino como pauta de colaboración y lazo que siempre va a unir a los padres, más allá de sus diferencias, por los hijos que forjaron en común. De ahí la gravitación y nota característica del cuidado personal compartido indistinto: más allá de la permanencia más prolongada de los hijos con un progenitor, no se ven alteradas las funciones de cuidado que seguirán siendo compartidas. Por lo que, en este punto - como adelanté-, se impone el rechazo del planteo traído por la progenitora. c. Régimen de comunicación. Sentado lo anterior, lo cierto es que allí no se cierra por completo la cuestión, pues esos deberes y funciones propios del cuidado personal también comprenden la garantía de un adecuado contacto y comunicación con el progenitor que no convive o que lo hace por un lapso de tiempo significativamente menor al otro.

Así pues, ante el escenario que se presenta en autos, entiendo que le asiste razón al progenitor de los menores, al cuestionar la modalidad de re-vinculación establecida por la sentenciante de grado. Aquí se impone también considerar el resultado de las audiencias con los menores

involucrados, quienes se han expresado por la negativa rotunda del contacto con su progenitor con excepción de uno de ellos, quien claramente deja una puerta abierta a un posible y futuro diálogo. Y si bien esa escucha no implica un mandato para los jueces, pues sus dichos siempre deben ser pasados por el rasero de la razonabilidad y prudencia judicial, considerando la edad, grado de madurez, autonomía y contexto de los involucrados, estamos ante testimonios que no deben ser desatendidos, pues la manda legal es lo suficientemente clara, además y aunque resulte obvio señalarlo, no es lo mismo entrevistarse con una persona de 3, 7 o 15 años, o con un niño que con un adolescente, por supuesto, de ahí cada uno con su individualidad, ha sido atendido y entrevistado por este Tribunal. Al mismo tiempo debo considerar que el status quo (estado de cosas actual) es una de las circunstancias cardinales a considerar en la vida de NNyA, ya que se parte de la base de que, en lo posible, la alteración en las condiciones de hecho en las que viven los menores no sean bruscas ni invasivas. Con todo, no es posible obligar y forzar una re-vinculación sin afectar gravemente la salud psíquica y emocional de una persona humana, máxime de un niño o de un adolescente, sino que se trata de allanar el terreno para permitir el contacto; y para eso, inexorablemente debemos echar mano de la interdisciplinariedad, debiendo además existir un fuerte compromiso por parte de los adultos. En función de ello, considero que el régimen de comunicación a favor del progenitor que funcionará de forma progresiva y en la medida en que ambos padres efectúen terapia psicológica de orientación para acompañar en este proceso a sus hijos además de focalizar en la debida resolución de su conflicto vincular, del siguiente modo: los primeros treinta (30) días se comunicarán una vez por semana a través medios telemáticos (Zoom, Microsoft Teams, WhatsApp, o similar) y en el supuesto de resultar satisfactorio y cumplido el procedimiento comunicacional durante el período establecido, se continuará durante treinta (30) días más con la frecuencia de dos veces a la semana por los mismos medios, pudiéndose ampliar hasta lograr una adecuada comunicación, conforme los resultados de progreso que se deberán comunicar al Juzgado en relación a las terapias ordenadas. En relación a una re-vinculación presencial, considerando las expresiones de los menores y el tiempo transcurrido estimo que deberá llevarse a cabo una vez que los indicadores que surgen de los informes de los psicólogos tratantes de los progenitores, a presentarse en la causa, resulten conducentes y en tanto los encuentros virtuales se lleven a cabo en forma progresiva, acordada y con la intervención de un psicólogo ajeno a los progenitores, el cual podrá ser propuesto por las partes o bien designado de oficio por la jueza de la causa. V. Costas. Atento la forma en que propongo se decida la cuestión, entiendo que al igual que las de la instancia anterior, las generadas por el trámite ante esta alzada deben ser impuestas en el orden causado (art. 68 del CPCC). CON LAS MODIFICACIONES PROPUESTAS, VOTO POR LA AFIRMATIVA. EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JANKA ADHIRIÓ AL VOTO PRECEDENTE POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS. A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA JUEZA DOCTORA DABADIE DIJO: En atención a los argumentos dados, dejo propuesto al Acuerdo confirmar la sentencia apelada en relación al cuidado personal compartido dispuesto y modificarla en relación al régimen de comunicación a favor del progenitor que funcionará, de forma progresiva y en la medida en que ambos padres efectúen terapia psicológica de orientación para acompañar en este proceso a sus hijos además de focalizar en la debida resolución de su conflicto vincular; tal como se detalla en el Considerando IV última parte. Las costas de ambas instancias se imponen en el orden causado atento la forma en que ha quedado resuelta la cuestión (arts. 68, 242, 375, 384 y cc. del CPCC; 3 ley 26.061;3, de la CDN, art. 75, inc. 22 de la CN; 638, 639, 641, 648, 658, 706 y cc. del CCyCN).

ASI LO VOTO. EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JANKA ADHIRIÓ AL VOTO PRECEDENTE POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS. CON LO QUE TERMINÓ EL PRESENTE ACUERDO, DICTÁNDOSE LA SIGUIENTE S E N T E N C I A Por los fundamentos expuestos en el Acuerdo que antecede, los que se tienen aquí por reproducidos, este Tribunal confirma la sentencia apelada en relación al cuidado personal compartido dispuesto y la modifica en relación al régimen de comunicación a favor del progenitor que funcionará, de forma progresiva y en la medida en que ambos padres efectúen terapia psicológica de orientación para acompañar en este proceso a sus hijos además de focalizar en la debida resolución de su conflicto vincular, bajo la modalidad establecida en el Considerando IV última parte. Las costas de ambas instancias se imponen en el orden causado atento la forma en que ha quedado resuelta la cuestión (arts. 68, 242, 375, 384 y cc. del CPCC; 3 ley 26.061;3, de la CDN, art. 75, inc. 22 de la CN; 638, 639, 641, 648, 658, 706 y cc. del CCyCN). Regístrese. Notifíquese. Devuélvanse por la vía que corresponda. Suscripto y registrado por el Actuario firmante en la ciudad de Dolores, en la fecha indicada en la constancia digital de la firma (Ac. 3975/20 SCBA).

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 16/03/2021 09:16:48 - JANKA Mauricio - JUEZ

Funcionario Firmante: 16/03/2021 09:46:57 - DABADIE María Rosa - JUEZ

Funcionario Firmante: 16/03/2021 10:09:32 - FERNÁNDEZ Gastón Cesar - SECRETARIO DE CÁMARA
235000118004255308

CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL - DOLORES NO CONTIENE ARCHIVOS
ADJUNTOS