

CApel. CC. Salta, Sala III, t. 2019 Def., f° 20/29

Salta, 19 de febrero de 2019.

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados: “A. B., R. E. vs. A., E. J. O. s/Cuidado personal”, Expte. N° 512.301/15 del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de Personas y Familia de 4ª Nominación; Expte. N° 512.301/15/18 de esta Sala Tercera, y _____

_____ C O N S I D E R A N D O _____

_____ El doctor Marcelo Ramón Domínguez dijo: _____

_____ I) Vienen estos autos a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto, a fs. 106, por el demandado, señor E.J.O. con el patrocinio letrado del doctor Diego Pérez Peralta, en contra de la sentencia de fs. 99/103 vta., de fecha 5 de octubre de 2017, que hizo lugar a la demanda instaurada, y otorgó el cuidado personal unilateral de los menores a su progenitora, dejando establecidas las responsabilidades de ambos padres. _____

_____ Para así decidir, la señora Jueza ha tenido presente que, durante el trámite del proceso, la madre ha mudado su domicilio con los dos hijos, a la ciudad de Cachi, modificándose las condiciones en las que había quedado trabada la litis. La sentenciante ponderó si era “justo” que los niños regresaran con el padre al centro de vida en Salta, separándolos de su madre; o si, por el contrario, esa alternativa era injusta para ellos en orden a sus edades de 7 y 4 años al momento de sentenciar, y concluyó que, en base a este último aspecto etario, “es injusto separar a los hijos de la madre”. Consideró que los menores no tienen discernimiento, y que en el desarrollo infantil el apego refiere a un vínculo especial que se genera entre el hijo y la madre, por lo que no es beneficioso separarlos de ella. Entendió, además, que la posición del padre responde a su exclusivo interés. _____

_____ A fs. 114/118, el apelante expresa agravios, por cuanto considera afectados sus derechos y los de sus hijos menores. Sostiene que la decisión objetada ha violado el principio de estabilidad, al modificar el centro de vida de los niños. A su entender, no se ha valorado la prueba producida en autos ni

se ha efectuado una apreciación e interpretación de la normativa vigente. Manifiesta que la sentenciante ha olvidado que el cuidado personal, bajo la modalidad unilateral, es una medida de carácter excepcional y asevera que, al aplicarla, se ha amparado la conducta contraria a derecho que la actora desplegó durante el proceso. Expresa que la demandante no aportó material probatorio alguno que justifique su pretensión inicial la que, encontrándose los autos para alegar, fue modificada unilateralmente, al cambiar su domicilio real por una situación afectiva, sin tener en cuenta las dificultades que ello aparejaría a los hijos de ambos. Refiere que la actora le comunicó, de un día para el otro, que ya había gestionado el pase de la escuela para otra institución educativa en la ciudad de Cachi, y que residirían en una vivienda de servicio puesta a su disposición por el hospital de dicha zona. Dicha situación – agregatampoco fue denunciada por ella en autos. Señala que los menores han presentado cambios psicológicos desde el momento en que la actora ejecutó su propia decisión, dejando de lado el interés superior de los niños. Acota que, en tal sentido, la sentencia ha confirmado la postura antojadiza de la madre y que, si bien se ha concedido su recurso con efecto suspensivo, la decisión de la accionante había sido ejecutada con anterioridad pues, desde junio de 2017 los niños ya vivían en Cachi. _____

_____ En segundo lugar, se siente agraviado por cuanto se dispuso otorgar el cuidado personal unilateral en base a la edad de los hijos y por considerar injusto separarlos de la progenitora, concluyéndose que, para ellos, es más beneficioso que permanezcan con la madre. Dice que, en sólo tres párrafos, se ha adoptado un criterio subjetivo, sin lógica, contradictorio con la legislación nacional e internacional vigente. _____

_____ Puntualiza que la juridicente destaca el vínculo especial generado entre los niños y la madre, para luego advertir que en la actualidad ha tomado importancia la relación de apego del menor con el padre. Advierte el recurrente que, de esa manera, la Magistrada contraría toda la construcción que fundamentaba su decisorio. _____

_____ Expresa que la preferencia materna basada en el “apego” fue

suprimida en el nuevo Código Civil y Comercial y cita, al respecto, los fundamentos de la Comisión Redactora que justificó la eliminación en orden al principio de igualdad. Acota que la sentencia resulta, además, incompatible con las prescripciones de la Ley 26.618. Puntualiza que el nuevo ordenamiento de fondo descartó cualquier criterio basado en el género para resolver el lugar de residencia de los niños, superando así la notoria inconstitucionalidad del principio de no discriminación del artículo 206 del Código Civil. Sostiene que se ha dejado de lado el principio de la autonomía progresiva y las declaraciones de los menores en la audiencia tomada en presencia de la señora Asesora de Incapaces, donde manifestaron su deseo de no mudarse del domicilio del demandado, porque extrañan al resto de sus seres queridos que se encuentran en la ciudad de Salta, sus compañeros de escuela, el contacto con su padre, etc. _____

_____A su criterio, la Magistrada se apartó de lo dispuesto en el art. 653 del Código Civil y Comercial sobre el mantenimiento de la situación existente y el respeto del centro de vida de los niños, lo que había sido observado por la señora Asesora de Incapaces, a fs. 90. Destaca que así, la sentenciante omitió considerar que también es injusto que se separe a los hijos de su padre, con quien tenían contacto diario, así como del resto de los familiares con quienes convivían en esta Ciudad, amigos, compañeros de la escuela, maestros, y entorno diario, todo ello, amparando la egoísta decisión de una madre que decidió “de un día para otro” casarse, y llevarse a los hijos a vivir a Cachi, donde no tienen familiares ni amigos. No es justo que los niños deban padecer por el cambio de su entorno diario, debido a una medida apresurada de su madre. Se queja, asimismo, por cuanto la señora Jueza de grado entendió que los hechos relatados por la actora para desacreditar al padre fueron probados en autos. Al respecto, sostiene que se ha valorado errónea y parcialmente la prueba; que la documental aportada por la contraria no da fundamento a dicha conclusión pues, de ella surge que el apelante ha mantenido contacto con sus hijos, y que en muchas ocasiones tuvo que dejar a los niños, a altas horas, en el domicilio de su madre, quien requería tiempo para llevar a cabo sus asuntos

personales y para estudiar. Aduce que, contrariamente a lo pactado en la mediación de fecha 21/10/15, la contraria no ha contemplado las necesidades superiores de los niños y el compromiso de tomar las decisiones entre ambos progenitores de manera conjunta, cuando se tratara de ellos. Invoca el contenido del informe social de fs. 65/67 y destaca las contradictorias manifestaciones de la actora a lo largo del proceso. _____

_____ Por último, advierte que la sentenciante hizo un análisis errado de las fechas, olvidando que, una vez avanzado el proceso, la actora modificó su domicilio real. Se queja porque para la jurisdicción, el hecho de haber solicitado la homologación del convenio fue un ardid de su parte para dificultar la pretensión de la actora, pues en realidad –dice- el comportamiento procesal de su contendiente dista de ser coincidente con el fundamento expuesto por la Magistrada. Efectúa una cita de la sentencia, y expresa que en ningún momento su conducta fue abusiva o contraria a derecho ni ha tenido el fin de obstaculizar el reclamo de la contraria. Considera que el haber solicitado una mediación para acordar el régimen de comunicación no puede tomarse como una postura antojadiza de su parte, pues sólo pretendía evitar dificultades en el contacto diario con sus hijos. _____

_____ Concluye así, que la decisión es arbitraria y contradictoria, por basarse en una construcción subjetiva, partir de posturas científicas que actualmente se encuentran alejadas de la realidad y no respetar el principio de igualdad ante la ley. Entiende que se ha discriminado su pretensión, que es a favor del resguardo de los derechos de sus hijos, en base a cuestiones de género, con argumentos alejados de los nuevos paradigmas constitucionales y legales. ____

_____ A fs. 124/129, replica el memorial la actora, pidiendo el rechazo del recurso articulado en orden a que los supuestos agravios se reducen a exponer cuestiones irrelevantes que no fueron materia de la litis, y que el escrito no cumple con los requisitos del artículo 255 del Código formal, reduciéndose el planteo a meras protestas, repetición de conceptos y lamentos. Considera que las razones puestas de manifiesto por el recurrente nada tienen que ver con el derecho y la justicia y que fue ella, como madre, quien insertó a los niños en

un ámbito familiar y lejos de la falta de voluntad que siempre manifestó el demandado. _____

_____ Elevados los autos a este Tribunal, a instancias del señor Fiscal de Cámara y de la señora Asesora de Incapaces (fs. 139 y 142), se requieren informes ambiental y escolar en la ciudad de Cachi, a fin de conocer la situación actual de los menores, atento al tiempo transcurrido desde que la actora los llevó a vivir a dicha ciudad (fs. 144), los cuales se incorporan al proceso a fs. 152/155, 157/159 y 169/171. _____

_____ A fs. 163, el recurrente solicita se fije una audiencia a fin de que los niños puedan ser oídos, la que se celebra, a fs. 185, el día 2 de noviembre de 2018 con presencia de los mismos, a quienes se los escucha en primer lugar y, luego, a los padres. _____

_____ A fs. 190/191 y 197/198, ambas partes presentan sus propuestas, conforme al compromiso adquirido en la audiencia. _____

_____ A fs. 204/205, se agregan los resultados de las pericias psicológicas de los progenitores. _____

_____ A fs. 206, se celebra una nueva audiencia con los menores y las partes (8 de febrero de 2019), quienes son escuchados por separado. _____

_____ A fs. 207/208 y 210/212, se expiden el señor Fiscal de Cámara y la señora Asesora de Incapaces, respectivamente, y a fs. 213 se llaman autos para sentencia, el 15 de febrero de 2019, mediante providencia firme. _____

_____ II) Liminarmente, y atento a que se ha cuestionado la suficiencia del memorial de agravios, recordaremos que, de manera reiterada, se ha sostenido que, al efectuarse el mérito de la consideración de su suficiencia, debe seguirse un criterio amplio sobre su admisibilidad, ya que es éste el que mejor armoniza con un escrupuloso respeto del derecho de defensa tutelado por la Constitución Nacional. Ello, a fin de no limitar la más amplia y completa controversia de los derechos de los litigantes, ya que un mero defecto técnico podría conducir a injustas soluciones en su perjuicio, pues son quienes recurren en procura de Justicia, buscando ser oídos y que se les brinde la posibilidad de ejercer así su legítimo derecho de defensa en juicio (CSJN,

Fallos 306:474; CJS, T. 44:1109/1113). Tal criterio también ha sido receptado por esta Sala en numerosos precedentes, entendiendo que, en caso de duda sobre los méritos exigidos para la expresión de agravios, debe estarse a favor de su idoneidad; y aunque el escrito adolezca de defectos, si contiene una somera crítica de lo resuelto por el juez, suficiente para mantener la apelación, no corresponde declarar desierto el recurso (CApel. CC. Salta, Sala III, t. 2014, fº 837/839; t. 2015, fº 341/347, 418/425 y 611/615; t. 2017, fº 673/677, 761/763; t. 2018, fº 373/374, entre muchos otros). Por lo expuesto, y teniendo en cuenta el contenido del memorial presentado en el que, se ponen de resalto los motivos de los agravios que el apelante estima ocasiona la sentencia en crisis, no puede decirse que no exista una crítica suficiente para dar respaldo al reclamo de revisión. _____

_____ III) Previo a ingresar al análisis del tema venido en revisión, cabe dejar establecido que, tratándose de un tema relativo al cuidado personal de los padres respecto de sus hijos, se impone la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial, por cuanto “se está en presencia de una situación jurídica que se venía gestando, que no se ha consumido y que perdura en el tiempo” (Cámara de Familia de Mendoza, S., S.L. Incidente de modificación de convenio, octubre 01-2015, La Ley Online: AR/JUR/65570/2015). Se trata de la aplicación del artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación que dispone que “a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes” (CApel. CC. Salta, sala III, t. 2018, fº 315/320). _____

_____ IV) Sabido es que la responsabilidad parental es el conjunto de deberes o derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral, mientras sea menor de edad y no se haya emancipado. Existe una diferencia entre la titularidad de la responsabilidad parental y su ejercicio; la primera de ellas es el conjunto de los derechos y deberes que corresponden a ambos padres; en tanto que el ejercicio es la facultad de actuar concretamente en virtud de esos derechos y deberes, y que puede corresponder, según el caso, a uno o ambos progenitores.

La titularidad es poseída por sendos progenitores, sin que dependa de que los hijos sean matrimoniales o extramatrimoniales, ni de que convivan o no con ellos. El ejercicio supone ámbitos de actuación práctica, delimitados por la ley, que permiten a uno y otro titular o a ambos, desarrollar un conjunto de facultades que la titularidad confiere. Este ejercicio de la responsabilidad parental refiere al actuar de los deberes y derechos de los padres, tanto en los actos cotidianos, como en las decisiones trascendentes del hijo, y corresponde a ambos padres, matrimoniales y extramatrimoniales, convivan o no, con independencia de la residencia diaria del hijo (Lloveras, Nora, glosa al artículo 641, en Tratado de Derecho de Familia, dirigido por Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2014, tomo IV, pág. 45; CApel. CC. Salta, Sala III, t. 2016, fº 559/566; t. 2016, fº 713/720). _____

_____ El nuevo Código Civil y Comercial tiende a que la no convivencia o el cese de la convivencia, en relación a los hijos, tenga la menor incidencia jurídica posible, y luego de conceptualizar la responsabilidad parental en el artículo 638, en el 639 establece que la misma se rige por los principios del interés superior del niño, la autonomía progresiva del hijo, y el derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. _____

_____ La Convención Internacional de los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes privados de libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad), son los instrumentos jurídicos que constituyen la llamada Doctrina de las Naciones Unidas de Protección Integral de la Infancia. Estos instrumentos rompieron con el paradigma dominante a lo largo del siglo XX, dejando de considerar al “menor” como objeto de compasión, tutela y represión, y reconociendo a los niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos. Sus lineamientos constituyen un marco renovado, que obliga a repensar y modificar el derecho de menores a la luz de estas nuevas fuentes normativas. De tales instrumentos,

y de otros como la Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración de los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y de las “leyes que por debajo de ese techo se encuentran vigentes”, surgen normas que receptan, para resolver conflictos en los que los menores se vean involucrados, la consideración primordial del “interés superior del niño”. Así, tan sólo para citar algunos ejemplos, encontramos que en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el artículo 3 establece, en su primer párrafo: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que atenderán, será el interés superior del niño”. Además, el artículo 9, indica: “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño ...” . _____

_____ Entre los principios que rigen la responsabilidad parental, se plasma en el Código Civil y Comercial el precepto del interés superior del niño, normativa de jerarquía constitucional, a partir de la reforma constitucional de 1994. Su importancia y trascendencia jurídica resulta indiscutida en el estado actual de las leyes, así como en la doctrina autoral y jurisprudencial. En cuanto al interés superior del niño, esta Sala recientemente dijo: “la Corte Federal, refiriéndose al primero de ellos, ha dicho que se intenta que este principio proporcione un parámetro objetivo que permita resolver los

problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño (CSJN, agosto 02-2005, S 1801.XXXVIII, “S., C. s/Adopción”, especialmente considerando 5º). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva N° 17, del 28 de agosto de 2002, dijo que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste, y el ejercicio pleno de sus derechos, deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de las normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. De este modo, el principio analizado ostenta un contenido normativo específico que supone que, determinados derechos de los niños, sean un “interés superior” al contraponerse con otros derechos individuales e intereses colectivos (conf. Bellof, Deymonnaz, Freedman, Herrera y Terragny, Convención sobre los Derechos del Niño, comentada, anotada y concordada, La Ley, Buenos Aires, 2012, págs. 37 y 38; CApel. CC. Salta, Sala III, tomo 2016, fº 559/566).

_____ También en un precedente de esta Sala, se dijo: “Es una premisa necesaria en la materia el consagrar en los casos traídos a decisión de la judicatura el principio rector reconocido en numerosos precedentes, consistente en el interés superior de los menores. Tal es el criterio que, por lo demás, ha adquirido rango constitucional con la incorporación al texto de la Carta Magna de la Nación (artículo 75, inciso 22, texto según Reforma de 1994), de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 3º lo consagra expresamente (Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Editar, t. III, págs. 619), en cuanto prescribe que en todas las medidas concernientes a los menores que tomen los tribunales, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño, autor que señala que si bien dicha Convención había sido incorporada al derecho interno antes de la Reforma de 1994, a partir de esta última y mediante su inclusión dentro de la lista de instrumentos

internacionales con jerarquía constitucional, se ha elevado al vértice de nuestro ordenamiento en el mismo nivel de la Constitución. Ello no sólo implica el reconocimiento por parte del Estado de los derechos enumerados en la Ley Fundamental, sino que genera la obligación hacia éste de no dictar normas que la contradigan, de no aplicar disposiciones violatorias de la Convención, ni omitir su cumplimiento, y por último, de adecuar su derecho interno infraconstitucional a sus postulados ... Este mandato supedita cualquier interés individual, y se traduce en la protección y defensa de sus derechos que relegan en una medida razonable los de los mayores...” (CApel. CC. Salta, Sala III, del voto del doctor Marcelo Ramón Domínguez tomo 2014, fº 483/486). _____

_____ La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando refiere al interés superior del niño, señala que debe entenderse como la máxima satisfacción, integral y simultánea de derechos y garantías reconocidos en la ley. Y, en su artículo 1º, establece que los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño; en el artículo 3º, dispone que “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”, señalando "Cuando existan conflictos entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros". A su vez, el artículo 33 de nuestra Constitución Provincial establece que el Estado asegura la protección de la infancia, cubriendo sus necesidades afectivas, ambientales, de educación, salud, alimentación y recreación. _____

_____ Por su parte, el artículo 706, inc. c) del Código Civil y Comercial dispone que “la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas”. _____

_____ Vale decir que tal sería la pauta que debe observar el juzgador, en

cada caso, valorando los derechos y garantías que se hallan en juego específicamente y decidiendo cuál de ellos deberá prevalecer para integrar el principio bajo análisis. Principio éste que no solamente resulta aplicable a las cuestiones de fondo que atañen a la niñez sino que también irradia sus efectos a las cuestiones formales y de procedimiento. _____

_____ V) De la responsabilidad parental derivan distintas figuras legales, conteniendo el Código un capítulo especial dedicado a los derechos y deberes de los progenitores, regulando el cuidado personal del hijo por los progenitores (artículo 640, inc. b). Dice Marisa Herrera (Código Civil y Comercial de la Nación, Director Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal Culzoni Editores, año 2015, tomo IV, pág. 329) que “en su relación o interacción con los hijos, el cuidado personal es una figura de gran relevancia práctica y por ello el Código no sólo dedica varios artículos a regularla, sino que además introduce un cambio terminológico que no se queda sólo en el lenguaje, sino también que implica modificaciones sustanciales en el contenido o fondo de lo que antes se mal llamaba tenencia”. _____

_____ El cuidado personal está conceptualizado como “... los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo” (artículo 648 del ordenamiento civil y comercial). En los Fundamentos del Anteproyecto se indica que el término “cuidado personal” reemplaza el de “tenencia”. Consiste en el ejercicio atenuado de la responsabilidad parental derivada del contacto con el niño cuando los padres no conviven” (Ursula C. Basset, Código Civil y Comercial Comentado, Director Jorge H. Alterini, Thomson Reuter La Ley, tomo III, pag. 755). El nuevo sistema reemplaza el término “tenencia”, que da una idea de una relación de poder sobre una cosa, por la expresión cuidado personal del hijo. Cuidado, “significa poner diligencia, atención y solicitud en la ejecución de algo. El cuidado personal, entonces, implica poner diligencia, atención y solicitud en el ejercicio de los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo” (Nora Lloveras, ob. citada, pág. 104). _____

_____ El cuidado personal del hijo es considerado como uno de los deberes y

derechos de los progenitores e integran el concepto “los actos de la vida cotidiana de los hijos, como ser todo lo relativo a la educación, recreación o incluso salud cuando se trata de actos de rutina, por citar los más comunes” (Marisa Herrera, ob. citada, pág. 327). _____

_____ El actual régimen legal prevé que “cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos” (artículo 649), denominándose el primero “cuidado personal unipersonal” y el segundo, “cuidado personal compartido”. _____

_____ Cuidado personal compartido configura la regla general. Se trata de un mecanismo que permite que los progenitores, aún viviendo en forma separada, participen de “la cotidianeidad del hijo, compartiendo todas las tareas y los requerimientos relativos a la conducción de su educación y a la toma de decisiones, de manera que el niño sienta la presencia de ambos en su desarrollo y crianza. Se fundamenta en la conjugación de dos derechos básicos: por una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la responsabilidad familiar” (Nora Lloveras, ob. citada, pág. 105). _____

_____ Por su parte, el artículo 650 prevé que el cuidado personal compartido puede tener dos modalidades: alternado o indistinto. “En el cuidado alternado el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado”. En los fundamentos del Anteproyecto se señala que se privilegia la modalidad indistinta “por considerar que es el que respeta mejor el derecho constitucional del hijo a “mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular” (artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño) reafirmandose el principio de coparentalidad” (Ursula C. Basset, ob. citada, pag. 758). Y tan es así que el artículo 651 establece como regla general que “A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el

juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo”, en tanto que el artículo 656 reitera el principio de que el juez debe priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado. Es decir, que sólo en caso de que la modalidad indistinta no fuere posible o resulte perjudicial para el hijo, se establecerá el cuidado compartido modalidad alternada y excepcionalmente se puede otorgar un cuidado personal unilateral (artículo 653). _____

_____ En el régimen actual, cuando se presenta un conflicto entre los progenitores, ellos pueden presentar un plan de parentalidad que aluda al cuidado del hijo y, en el caso de que no se pongan de acuerdo, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos, priorizando -como ya se señaló- la modalidad compartida indistinta. _____

_____ Para que se otorgue el cuidado unipersonal, resulta indispensable que el progenitor demuestre que detenta un conjunto de cualidades que lo hacen más apto para la convivencia cotidiana con el menor, tratándose de una modalidad excepcional, aunque en todos los casos el otro progenitor tiene el derecho-deber de colaboración con el conviviente (artículo 653, último párrafo). _____

_____ VI) Asimismo, y atento a que el hecho que ha motivado la decisión apelada se ha basado en una modificación del centro de vida de los menores, debe recordarse que otro de los principios aplicables en las relaciones familiares, es el procurar el mantenimiento de la situación existente, respetando el centro de vida del hijo, o sea, el mantenimiento del status quo, conforme lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley 26.061. Así se ha dicho: “toda modificación en las condiciones de vida de un niño, cuando de tenencia se trata, debe encontrar su justificación en la falta de idoneidad de quien la ejerce, o bien cuando la convivencia con uno de ellos consulta su mejor interés y resulta más beneficioso para el menor” (Nora Lloveras, ob. citada, pág. 136). También se ha dicho que el respeto del status quo implica que “no

procede innovar sobre situaciones de hecho consolidadas, salvo que importantes razones así lo aconsejen. Consideramos que dicho principio opera en el caso por cuanto no se ha invocado y menos aún acreditado que de acuerdo al normal desarrollo y evolución del niño sea conveniente a su interés un cambio en el ejercicio del cuidado personal” (Cámara de Familia de Mendoza, “S., S. L., Incidente de modificación de convenio”, octubre 01-2015, La Ley Online AR/JUR/65570/2015)._____

_____ VII) Como se ha mencionado precedentemente, la señora Jueza de la anterior instancia decidió otorgar la tenencia unilateral de los niños a la actora, considerando más justo no separarlos de su madre, en virtud de las edades de ambos. _____

_____ El artículo 206 del Código Civil disponía que, separados los cónyuges por sentencia firme, se aplicarían respecto a los hijos las disposiciones relativas al régimen de patria potestad. Los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquél a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos. El proyecto de reforma de 1998 conservó la preferencia materna en la custodia de los hijos menores de cinco años, en tanto que, la misma ha sido suprimida en el nuevo Código Civil y Comercial, estableciendo su artículo 649 que “cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos”. A su turno, el artículo 656 dispone que, si no existe acuerdo de los padres, “el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que, por razones fundadas, resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado. Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición”. _____

_____ Lo resuelto por la señora Magistrada no luce totalmente irrazonable desde que, en la mayoría de los casos, se observa la necesidad o conveniencia de atribuir el cuidado personal unilateral, a la figura materna, aunque Nora Lloveras advierte que no es excluyente ni definitiva esta indicación (en glosa al artículo 653 del Código Civil y Comercial, Tratado de Derecho de Familia, ed. Rubinzal Culzoni, Tomo IV, Santa Fe, 2014). Sin embargo, aparece como un argumento insuficiente, si se tiene en cuenta que debió observar las otras pautas señaladas por el artículo 653 del Código Civil y Comercial que prevé la excepción a la regla general del artículo 650, sólo para cuando el cuidado personal compartido de los hijos no pueda llevarse a cabo -como el supuesto de autos- o perjudica eventualmente a los niños. _____

_____ Conforme al ordenamiento actual, en principio, debe seguirse la voluntad de los padres plasmada en los convenios. Cuando no sea posible el cumplimiento del acuerdo, es el juez el llamado a decidir, a cuyo fin el magistrado cuenta con las pautas señaladas por la norma, siendo la mayor premisa la del “interés superior del niño”. Se debe elegir al progenitor que esté en mejores condiciones de garantizar y asegurar el pleno desarrollo y crecimiento armónico del hijo, sin perjuicio de todos los deberes-derechos que le corresponden al padre no conviviente. Ello importa, adoptar aquella decisión que más convenga moral y materialmente a los niños en su calidad de sujeto de derechos. Es por ello que las resoluciones que se dicten respecto al cuidado personal de los hijos no causan estado, desde que el interés de los mismos puede exigir en cualquier momento la modificación de aquella, si les resulta en beneficio. _____

_____ La resolución del recurso en estudio impone tener presente que la decisión sobre el cuidado personal de los niños, por la trascendencia que implica para los afectados, exige obrar con prudencia, atendiendo a la naturaleza de la medida y a la necesidad de consultar el interés superior de los menores, principio que debe primar al decidir la cuestión que nos convoca. De allí que resulte necesario ponderar las condiciones que rodean el caso, las edades de los hermanitos, el entorno familiar y sus propias opiniones sobre lo

sucedido, y sus expectativas puestas de manifiesto en la oportunidad de ser oídos por el Tribunal. _____

_____ VIII) En la demanda de fs. 9/10, presentada el 03/06/2015, la actora solicita, entre otras cosas, se la faculte a fijar el domicilio de sus hijos. Al contestar (fs. 33/36), el demandado acompaña un acuerdo celebrado por ambos progenitores el 21 de octubre de 2015, en el ámbito de una mediación, homologado el 26 de mayo de 2016 (fs. 61/62), y reconviene, solicitando se disponga el cuidado personal compartido, bajo la modalidad indistinta, con residencia principal en el domicilio de la madre. _____

_____ El 2 de junio de 2017 (ello es, transcurrido un año y ocho meses desde la celebración del convenio), el demandado se presenta ante la señora Asesora de Incapaces y le comunica que se enteró por terceros, que la madre de sus hijos se iba a casar y se iban a vivir a Cachi, y que en el colegio les hicieron a los chicos una despedida porque la progenitora gestionó el pase a una escuela de esa ciudad, en donde empezarán las clases el lunes. Manifestó su expresa oposición a que sus hijos cambien su domicilio de esta manera, a escondidas, sin comunicarle a dónde piensa llevarlos, sumado a que ello afectará emocionalmente a sus hijos (ver acta de fs. 79). Posteriormente, pone los hechos en conocimiento de la Magistrada (fs. 81/83), por cuanto la actora se mudó del domicilio con los niños, sin su consentimiento, en contra de lo convenido, y priorizando sus intereses personales por sobre el de los hijos de ambos. Peticionó, como medida cautelar la restitución de los menores a su centro de vida, ofreciéndose para ejercer el cuidado personal de los mismos, lo que fue denegado a fs. 84, el 9 de junio de 2017. _____

_____ A fs. 89, se agrega el acta labrada el 22 de junio de 2017 en cumplimiento a la convocatoria de fs. 84 apartado "B", tercer párrafo, en la que la actora asume los gastos de traslado de los niños desde Cachi a Salta los fines de semana, pudiendo el padre y su familia ampliada ir a visitarlos cuando quisieran. El demandado, mediante la palabra de su apoderado, solicita se le otorgue a su favor el cuidado personal unilateral de los menores en Salta. _____

_____ A fs. 90, la señora Asesora de Incapaces dictamina entendiendo que

debe hacerse lugar a lo solicitado por el padre de los niños, con amplio régimen de comunicación a favor de la madre. _____

_____ IX) De lo expuesto, surge, en primer lugar, que la voluntad de los padres, plasmada en el acuerdo agregado al proceso, y lo convenido en tales términos, fue incumplido. En segundo lugar, se desprende que, al decidir, la sentenciante no ha escuchado a los menores, ni tuvo presente el mantenimiento de la situación existente y el respeto de su centro de vida, pautas previas a tener en cuenta para atribuir su cuidado unilateral, como así tampoco advirtió la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro. Más bien, ha basado su argumentación en la edad de los niños y el apego que deben tener con su madre, sin respetar el principio de razón suficiente. Al respecto, con claridad se ha expresado que “toda modificación en las condiciones de vida de un niño, cuando de tenencia se trata, debe encontrar su justificación en la falta de idoneidad de quien la ejerce, o bien cuando la convivencia con uno de ellos consulta su mejor interés y resulta más beneficioso para el menor” (JFam. N° 4 Córdoba, 6/6/2003, en Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, 2004-I-142 y ss.) _____

_____ A todo evento, no se ha meritado tampoco la omisión en el deber de informar al padre una cuestión tan elemental como el cambio de domicilio y de escuela de los hijos de ambos (artículo 654 del Código Civil y Comercial).

_____ X) Arribados los autos a esta sede, se requirieron diversos informes, expedidos en julio de 2018, favorables en cuanto a la adaptación escolar de los menores en la ciudad de Cachi. _____

_____ Asimismo, las opiniones de los niños fueron escuchadas en dos audiencias teniéndose en cuenta su capacidad progresiva, y éstos, sin la presencia de sus padres, pudieron explayarse sobre sus temores, sus expectativas y el amor que ambos les tienen. Por otra parte, los adultos también fueron oídos, y cada uno presentó una nueva propuesta de cuidado personal y de comunicación, pero ninguna fue superadora de la situación actual (fs. 190/191 y 197/198). _____

_____ En base a todos los elementos de la causa (incluidos los informes psicológicos de ambas partes agregados a fs. 204/205), no puede dejarse pasar por alto que, al haber modificado la actora unilateralmente su domicilio y el centro de vida de los menores, llevándolos a vivir a Cachi con su nueva pareja, un régimen de cuidado personal compartido, sea en su modalidad alternada o indistinta, no se vislumbra como de posible concreción. En este punto, la demandante ha olvidado que cualquier cambio en el régimen de vida de los niños en los juicios de cuidado personal debe evitarse, salvo razones graves que, en autos no han sido acreditadas. Y ello obedece a la necesidad de procurar una estabilidad que resulta necesaria para la formación equilibrada de la personalidad de los infantes. _____

_____ Luego, tanto con la decisión inconsulta de la madre, como con lo resuelto por la sentenciante, se ha contrariado el principio general aplicable en la materia, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia en forma unánime, relativa al statu quo conforme al cual no procede innovar sobre situaciones de hecho consolidadas, salvo que importantes razones así lo aconsejen. En el caso, lo que se avizora como desaconsejable, es permanecer en esta nueva situación en la que los menores todavía no se sienten totalmente adaptados (más allá de que sí lo estén en la vida escolar) y que los ha alejado de su centro de vida, sintiéndose responsables de las decisiones que se tomen, en el sentido de que se malinterprete como una preferencia por alguno de los dos progenitores. _____

_____ De allí que, a pesar de haber transcurrido un año y medio desde que la actora se ha llevado a los niños a vivir a la ciudad de Cachi, modificando el statu quo, no puede considerarse que en la actualidad ya se encuentra establecido un nuevo statu quo o centro de vida cuya modificación resulte a estas alturas inconveniente. _____

_____ En virtud de las pautas que establece el artículo 653 del Código Civil y Comercial, luego de haber oído a los padres y de ponderar las características de cada uno de ellos y de sus familias ampliadas, de haber escuchado a los menores, quienes espontánea y libremente manifestaron su preferencia por

vivir en esta ciudad con su padre, sus sentimientos hacia la nueva esposa y el nuevo hermanito, los relatos sobre el trato dispensado hacia ellos por el nuevo esposo de su mamá, y después de analizar los comportamientos de todos los integrantes de la familia, se concluye que lo más conveniente en este estado para el superior interés de los menores es que se otorgue el cuidado personal unilateral de ambos, al recurrente. _____

_____ Ello, sin desconocer y destacar el esfuerzo de ambos padres por allanar el camino de los niños y demostrar el amor que sienten por ellos. _____

_____ Lo aquí decidido no exime a ambos progenitores de arbitrar todos los medios necesarios y razonables para que los dos pequeños mantengan una comunicación fluida y constante, derecho inalienable e irrenunciable del padre/madre no conviviente, en tanto fomenta y fortalece la subsistencia de un lazo familiar y afectivo de peso en la conformación de la psiquis de los niños como asimismo de informar al otro progenitor sobre las cuestiones de salud, educación y otras relativas a los niños (artículo 654 del Código Civil y Comercial). _____

_____ Y es que, frente a una problemática familiar como la aquí planteada, se exige de parte del Tribunal acciones firmes y decididas que garanticen la eficacia de una acción dirigida a devolver a los infantes la subjetividad captada como modo de facilitar a futuro la sana construcción de sus personalidades. Es que lo que se pone en juego es el alcance de la efectiva vigencia de los derechos de los menores a no ser separados de sus padres y a tener una adecuada comunicación con ellos. Modificada esta situación que ya estaba instalada en la dinámica familiar, los niños se vieron abruptamente separados del contacto cotidiano con su padre y de su centro de vida. En este punto, cabe recordar que los deberes fundamentales que tiene el padre o madre que se encuentra al cuidado de un hijo, es el de favorecer y estimular la libre comunicación del niño con el otro progenitor no conviviente, y cualquier obstrucción y desidia a la hora de propender a ese vínculo, resulta incompatible con los deberes a cargo de quien pretende ejercer el cuidado de los hijos. Por ello, la conducta de la actora, quien inconsultamente se llevó a

los niños a vivir en otra ciudad obstaculizando así la cotidiana comunicación personal que estos mantenían con su padre, da muestras de que ha priorizado sus intereses personales en desmedro del de los niños y del otro progenitor. ____

____ XI) Finalmente, cabe reiterar que, en todo lo relacionado al tema en debate, cualquier decisión resulta provisoria y en caso de que se avizore la probabilidad de un perjuicio para los niños, deberá asumirse otra postura. Y ello, por cuanto las resoluciones relativas al cuidado de los hijos son circunstanciales y sujetas a modificación conforme a los cambios que se pueden suscitar en la vida de las familias (Marisa Herrera, ob. citada pág. 368), desde que el interés de los hijos puede exigir un cambio, si es que éste le resulta beneficioso. _____

____ Como corolario de lo expuesto, corresponde revocar la sentencia de Primera Instancia, objeto de la apelación, y disponer otorgar al recurrente, el cuidado personal unilateral de los menores E. A. A. y A. A. A., con la obligación de facilitar el derecho a mantener un trato regular con la madre de los niños, cuyos términos deberán ser convenidos conjuntamente con la señora Asesora de Incapaces, y presentados al proceso para su eventual homologación. _____

____ XII) En relación a las costas, en materia de cuidado personal de los hijos no resulta conveniente la aplicación rígida del principio de la derrota, pues es un deber de ambos padres ejercer dicha función y, en definitiva, al decidirse la cuestión, se atiende a lo que más convenga a los menores. En orden a ello, se ha sostenido que el criterio de distribución causídica sólo debe ceder cuando al progenitor que resulta perdidoso, le sea reprochable su conducta en relación con los deberes que tiene respecto de sus hijos (CNCiv., Sala A, 27/02/1990; E.D., 137-313; id., Sala C, 26/04/1984; Rep. L.L. XLIV, A-I, 595, sum. 105), situación que no se verifica en autos. Consecuentemente, se impondrán las costas por el orden causado en ambas instancias. _____

____ La doctora María Inés Casey dijo: _____

____ Que adhiere al voto del doctor Marcelo Ramón Domínguez. _____

____ Por ello, _____

_____ LA SALA TERCERA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SALTA, _____

_____ I) HACE LUGAR al recurso de apelación interpuesto, a fs. 106, por el demandado, con el patrocinio letrado del Dr. Diego Pérez Peralta. En su mérito, REVOCA la sentencia de fs. 99/103 vta., y DISPONE otorgar al recurrente, el cuidado personal unilateral de los menores E. A. A. y A. A. A., con la obligación de facilitar el derecho a mantener un trato regular con la madre de los niños cuyos términos deberán ser convenidos por ambas partes, en presencia de la señora Asesora de Incapaces, y presentados al proceso para su eventual homologación. CON COSTAS POR EL ORDEN CAUSADO en ambas instancias. _____

_____ II) CÓPIESE, regístrese, notifíquese y REMÍTASE. _____