



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUEN, 15 de Agosto del año 2019

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**W. A. E. C/ J. A. M. S/ INC. DE MODIFICACIÓN DE CUIDADO PERSONAL (E/A: 74698/2016)**" (**JNQFA3 INC 1267/2017**) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y

CONSIDERANDO:

1. La incidentista deduce recurso de apelación contra la resolución dictada en hojas 235/238vta.

Expresa sus agravios en hojas 241/244.

Entiende que no se ha valorado de manera cabal e integral la prueba producida en autos, en especial la pericial psicológica.

Señala que de la prueba psicológica se desprende que ambos niños carecen de defensas adecuadas para enfrentar presiones y conflictos.

Refiere que de las expresiones de la perito se advierte la inmensa presión que padecían los niños en virtud de la lealtad que es requerida por el progenitor conviviente y su familia paterna en extenso.

Sostiene que los niños, luego de la pericia, debieron volver a su domicilio en el que habitan junto a su padre y abuelos paternos, por lo que es evidente que no se encontraban plenamente libres para expresarse y ello pudo ser advertido por la psicóloga.

En virtud de ese extremo, se agravia de la lectura parcial de la pericia, en tanto no pondera la ausencia de libertad para expresarse por parte de M. y T.

Entiende que solo se ha tomado como relevante la manifestación verbal relacionada al deseo de los niños, sin considerar la imposibilidad manifiesta -advertida por la experta- de poder enfrentar una eventual represalia por parte del progenitor.

Además, señala que la juzgadora no ha considerado el informe pericial psicológico del Sr. J. (hojas 194/195).

Luego, alude al testimonio de la hermana de los niños, A. R. W., en relación al deseo del niño T. de vivir en Olavarría.

Por otra parte, manifiesta que la magistrada no se ha expresado respecto de las condiciones de ambos progenitores para estar a cargo de los niños. Entiende que no ha evaluado este extremo en consideración del deseo expresado por los niños, en el convencimiento que el deseo exteriorizado constituye su máxima satisfacción, insistiendo que, sus manifestaciones estuvieron condicionadas. Por ello, concluye diciendo que, no leer de manera integral la pericia llevará a convalidar la presión enorme a la que están sometidos los niños.

El segundo agravio se centra en la falta de consideración respecto de las condiciones de la recurrente para ejercer su rol materno y la manera en que lo hace el demandado.

Sostiene que en la causa se ha acreditado que ella se encuentra en condiciones de continuar el cuidado de sus hijos, que se viera frustrado por la separación de las partes y posterior denuncia en los términos de la ley 2785.

Agrega que de las declaraciones testimoniales de hojas 121 y 123/124 se desprende el vínculo afectivo que tiene

con ambos niños y la relación distante que poseen con su progenitor.

Por último, solicita que se realice una nueva escucha a los niños M. y T. con la efectiva presencia de la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente. Entiende que debe hacerse lugar a esta escucha toda vez que ambos niños fueron entrevistados por la Sra. Jueza en septiembre del año pasado, sin la presencia de la Defensora del Niño.

Sustanciado el recurso, el mismo es contestado en hojas 248/250vta.

La Sra. Defensora de los Derechos del Niño contesta la vista conferida en hojas 246.

2. De las constancias del expediente principal "J. A. M. C/ W. A. E. S/ CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS" (JNQFA3 EXP 74698/2016) surge que en hojas 90 las partes acordaron establecer la modalidad de cuidado personal compartida indistinta respecto de sus hijos comunes M. y T., manteniendo la residencia de éstos con el progenitor en el domicilio de la ciudad de Neuquén (11/04/2016).

Luego, en hojas 106 y vta. (29/09/2016) se homologó con fuerza de sentencia el acuerdo presentado por las partes en hojas 98/99 en punto al régimen de comunicación de los niños con su progenitora con posterioridad a las vacaciones de invierno del año 2016, en atención al traslado de la residencia de aquélla a la ciudad de Olavarría, Provincia de Bs. As.

Posteriormente, en fecha 21/02/2017, la Sra. W. inició el presente incidente de modificación de cuidado personal peticionando el cuidado personal unilateral de los niños, en los términos del art. 653 del CCyC (cfr. hojas 6/11).

En el sistema del nuevo Código Civil y Comercial el cuidado personal unilateral solicitado por la Sra. W. constituye la excepción.

En efecto, el art. 651 recepta el criterio que ya era mayoritario en la doctrina y jurisprudencia que aceptaba el régimen de cuidado personal compartido, fundado ello en que, frente a la ruptura de una familia se debe priorizar la estabilidad emocional de los hijos y el mantenimiento del vínculo con ambos padres. (Grosman, Cecilia, "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", LA LEY, 1984-B-816).

Así, el precepto dispone 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".

Es claro que el sistema establecido como regla por el legislador tiene ventajas, en tanto permite a los niños mantener un estrecho vínculo con ambos padres; promueve la participación activa de ambos padres en las funciones de educación, amparo y asistencia; atenúa el sentimiento de pérdida de quien no tiene la guarda estimulando las responsabilidades del progenitor no guardador; atenúa el sentimiento de pérdida padecido por el hijo; incentiva a ambos padres a no desentenderse de las necesidades materiales del niño; facilita el trabajo extradoméstico de ambos padres; evita que existan padres periféricos, posibilita que el menor conviva con ambos padres; reduce problemas de lealtades y juegos de poder; la idoneidad de cada uno de los padres resulta reconocida y útil; fomenta una mayor y mejor comunicación entre padres e hijos; el hijo se beneficia con la percepción de que sus padres continúan siendo responsables

frente a él; se compadece más con el intercambio de roles propio de la época actual (Nuevamente, Grosman, Cecilia, "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", LA LEY, 1984-B, 806"; Zalduendo, Martín "La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño", LA LEY, 2006-E, 512; Chechile, Ana María, "Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental", J.A., 2002-III-1308; Schneider, Mariel, "Un fallo sobre tenencia compartida", LA LEY BA, 2001-1443; Mizrahi, Mauricio L., "Familia, matrimonio y divorcio", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 421).

En esta línea, el art. 650 del Cód. Civil y Comercial se refiere a las "modalidades del cuidado personal compartido", y dispone que "el cuidado personal compartido puede ser 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 personal.

La excepción está contemplada en el art. 653, el cual, justamente, califica el cuidado personal unilateral como un supuesto "excepcional".

Para atribuir el cuidado personal excepcional por decisión judicial deben tenerse en cuenta las pautas establecidas por el mismo artículo: a) la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro; b) la edad del hijo; c) la opinión del hijo y d)

el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo.

Ahora bien, analizando este caso concreto a la luz de las pautas reseñadas, entendemos que lo pretendido por la recurrente no puede prosperar.

Es que, toda vez que la decisión que aquí se adopte impactará directamente en la vida de M. y T., su interés debe ser priorizado al de la progenitora.

En primer lugar, no puede soslayarse la edad de los niños y la consideración que debe tenerse sobre sus opiniones, *"máxime cuando el propio Código explicita que a mayor edad y grado madurativo, más fuerza debe dársele a las manifestaciones del niño o adolescente. Ambas pautas se vinculan y retroalimentan, no sólo es la aplicación lisa y llana del principio de autonomía progresiva y del interés superior del niño, sino también la consolidación de una línea jurisprudencial firme en la que se revaloriza la participación activa de los niños y adolescentes en los conflictos relativos a su cuidado, tanto en la disputa por la "tenencia" como cuando se debate el régimen de comunicación, mal llamado "visitas"..."*(LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. IV, pág. 363, 1ra. Ed. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015).

Es que, "El niño, niña, adolescente o persona con capacidad restringida que es capaz de formarse su propia opinión tienen derecho a expresar libremente sus puntos de vista en todos los aspectos que le afecten y ese derecho debe ser reconocido mediante la oportunidad de expresarlo procesalmente.

"...En vista a la autonomía progresiva, la opinión del niño, niña o adolescente se valorará de conformidad con su edad y grado de madurez. El principio de autonomía progresiva

esta receptado en los arts. 3°, 5° y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 3°, 24 y 27 de la ley 26.061" (MEDINA, Graciela - RIVERA, Julio C. "Código Civil y Comercial de la Nación", Comentario de Mariela PANIGADI, Ed. La Ley 2014).

En ese orden, cabe señalar que los niños M. y J. fueron debidamente escuchados por la jueza de grado (hojas 227, 228) y también por la perito psicóloga interviniente (hojas 199/203), por lo que este derecho ha sido debidamente garantizado bajo las pautas citadas, no advirtiéndose que sea necesario volver a citar a los niños en esta instancia.

Luego, cabe considerar que la pretensión de la progenitora implica la modificación del centro de vida de los niños.

Al respecto, el Código establece como cuarta pauta a considerar, el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo, es decir, el respeto por la situación de cuidado y crianza que el niño viene ostentando.

"En este sentido, se ha expresado que "Toda modificación en las condiciones de vida de un niño, cuando de tenencia se trata, deben 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"..."

"Como se puede observar, el mantenimiento del statu quo es una pauta aceptada por la incidencia en el interés superior del niño de toda modificación en la situación de convivencia, pero ello no quiere decir que sea una variable rígida o no pueda ser revisada. Es sabido que todas las

decisiones relativas al cuidado de los hijos son, de hecho, circunstanciales o, al menos, siempre están sujetas a verse modificadas. Esta flexibilidad es acorde con los cambios que se pueden suscitar en la vida de las familias.”(conf. LORENZETTI, op. cit. pág. 368).

Luego, respecto de la valoración de la prueba pericial psicológica, entendemos que, pese a los esfuerzos argumentativos de la recurrente, el agravio no puede ser admitido.

La recurrente sostiene que los niños no se encontraban plenamente libres para expresarse y que ello pudo ser advertido por la psicóloga.

Al respecto cabe señalar que estos extremos no surgen de las constancias de lo actuado. Si bien la psicóloga interviniente alude a temores en los niños (cfr. hoja 201 y 203), la experta no refiere a la ausencia de libertad en ellos para expresarse.

Luego, la valoración de esta prueba debe efectuarse en el contexto de las actuaciones, y en forma conjunta con otros elementos, como son las manifestaciones que surgen de las actas reservadas de las audiencias celebradas en hojas 227 y 228.

En tal sentido, no se advierte que se haya realizado, solamente, una lectura parcial o literal de la pericia, como señala la recurrente.

En punto al segundo agravio, cabe señalar que la perito psicóloga indicó en hojas 203 que *“no es posible establecer cuál de los progenitores es más idóneo, ya que ambos poseen aspectos que pueden ser positivos y así como otros que pueden ser negativos para ejercer el rol”*. Estas conclusiones no fueron cuestionadas por las partes.

Luego, en cuanto a la relación de los niños con su progenitor, corresponde considerar otros elementos probatorios en conjunto, y no solamente la declaración testimonial de hojas 123 que cita la recurrente, que alude a una relación afectiva "distante".

Así, nótese que en hojas 88, respecto de la relación entre los niños y el Sr. J., el testigo D. A. R. dijo que *"es una relación normal de padres e hijos, con afecto, salidas, nada raro, salen en bicicleta los tres a pasear por el barrio, salen a pasear la perra, los he visto que salen a comer a patios de comida, cuando suelo pasar lo he visto a A. hacer tareas con T., he notado que los lleva y los trae continuamente a las actividades, apoyo escolar, los veo que salen continuamente. Nunca noté agresiones, nunca noté ninguna rareza..."*

Por su parte, la testigo G. I. J. señaló: *"A. mantiene un muy buen vínculo con sus hijos, con M. es con quien quizás tiene una relación de conversaciones más fluidas, por la madurez de M.. Con T. una relación más de juego, de diálogo pero más de diversión por la personalidad de T..."* (hojas 90).

En definitiva, no se puede concluir, en forma categórica, como refiere la recurrente, que la relación de los niños con el progenitor sea distante.

A más de ello, debe estarse a lo expuesto precedentemente en punto a lo expuesto por los mismos niños, valorando sus manifestaciones de acuerdo al grado de discernimiento y madurez (art. 707 del CCyC).

En definitiva, tras valorar los antecedentes y pruebas producidas en autos, no se advierten razones suficientes que determinen modificar el pronunciamiento de grado, imponiéndose su confirmación.

Esto, sin perjuicio, claro está, que, por el carácter provisional que la cosa juzgada tiene en esta materia, pueda adoptarse una decisión diferente ante la modificación de la plataforma fáctica aquí ponderada: todas las decisiones relativas al ejercicio de los derechos de cuidado sobre el hijo así como a su vinculación, en fin, lo referido al ejercicio de la responsabilidad parental, revisten carácter mutable y no definitivo, son esencialmente revocables de acuerdo a la conveniencia de los hijos menores y las circunstancias en que se fundó su dictado frente a las actuales (STJ Tierra del Fuego, 08/10/1997, "B.A.B. v. T., M.H.", LL 1998-F-571, AR/JUR/23/1997).

No obstante el resultado del recurso, las costas de Alzada se imponen en el orden causado en atención a la naturaleza de la cuestión debatida.

En situaciones de familia, en aquellos casos en donde no se encuentran comprometidos intereses patrimoniales, hemos señalado (EXP N° 57391/2012): *"Deviene así aplicable el principio general que impera en esta materia y que receptamos en causas anteriores (por unanimidad en INC N° 140/12, EXP N° 46004/10 y conformando mayoría la Dra. Pamphile en EXP N° 53134/2012 y más recientemente en el Expte 65135/2014), en circunstancias de encontrarse apeladas las costas: "...donde se trató de conciliar entre los progenitores el derecho y las obligaciones de cada uno con relación a los menores, y el derecho de estos"..."En cuestiones de derecho de familia no patrimoniales, con excepción del divorcio y los reclamos alimentarios, en principio no corresponde imponer las costas con fundamento en el principio de la derrota, pues la intervención del juez es una carga común, necesaria para componer las diferencias entre las partes. Sólo cabe imponer las costas a uno de los cónyuges en estos asuntos, cuando su*

conducta fuera irrazonable, gratuita o injustificada y la consiguiente intervención de la justicia obvia..." (Sumario N° 15370 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°11/2003). (Sala H. - Fecha: 06/03/2003 - Nro. Exp.: R.361215, en LDT, id. PI-2007, T° II, F° 392-394), (Sala I, EXP N° 60153/2013).

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1. Desestimar el recurso de apelación deducido por la incidentista y, en consecuencia, confirmar la resolución de hojas 235/238vta. en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada por su orden y regular los honorarios de las letradas intervinientes en esta etapa en un 30% de lo que corresponde por la labor de primera instancia (art. 15, LA).

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente a las partes y a la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA