

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 21 de diciembre de 2016, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Kogan, Negri, Soria, Pettigiani**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 120.208, "I., L. J. contra L. P., S. D.. Incidente de tenencia".

A N T E C E D E N T E S

La Sala I de la Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata revocó la sentencia de primera instancia que, a su turno, había decidido conferir la tenencia compartida del menor M. I. a sus padres y, en su lugar, dispuso otorgarla en forma unilateral a su progenitora S. P. (fs. 184/188 vta.).

Se interpuso, por el padre del niño, señor L. J. I., recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 192/198 vta.).

En virtud de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial se corrió traslado a las partes (fs. 223), el que fue contestado tanto por el actor como por la demandada (fs. 243/244 y 245/vta., respectivamente).

Oída la señora Procuradora General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en

estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

1. El señor L. J. I. promovió demanda solicitando la tenencia de su hijo menor M. L., que por entonces se encontraba ejercida unilateralmente por la progenitora del niño, la señora S. D. L. P..

Fundó dicho reclamo, por un lado, en el supuesto incumplimiento por parte de la demandada del régimen de visitas oportunamente acordado y, por el otro, en las manifestaciones recibidas por parte de M. en el sentido de no querer vivir con su mamá.

El Juzgado de Familia n° 2 de La Plata convocó a las partes a una audiencia (fs. 41), en la cual no fue posible arribar a un acuerdo respecto del cambio del régimen de tenencia solicitado. En dicha oportunidad, se escuchó al niño y se convocó a las partes a una entrevista con el Cuerpo Técnico del Juzgado (v. acta de fs. 52/vta.).

La perito psicóloga que entrevistó al grupo familiar en su informe destacó, con relación a los

padres, que "las posturas de las partes en torno a su propio posicionamiento en el litigio se mantienen contradictorias e inflexibles, no obstante aparece en ambos marcada preocupación por su hijo considerando que el contexto familiar general es negativo a M.". En cuanto al hijo, observó que "... su relato da cuenta de la sobrevinculación en cuestiones judiciales y adultas, que lo corren de su lugar de hijo y lo ubican en un espacio de simetría en relación a su padres". Sugirió, asimismo, la realización de terapia vincular-familiar, teniendo en cuenta la falta de resultados positivos del tratamiento psicológico individual (fs. 67/vta.).

El juzgado resolvió otorgar la tenencia compartida instando a las partes a la realización de un recorrido terapéutico vincular que ayude al ejercicio de la coparentalidad. También, mantuvo la cuota alimentaria acordada con anterioridad por los progenitores a favor de M. (fs. 119/124).

2. Apelado el fallo por ambas partes, la Sala I de la Cámara Segunda de Apelación departamental lo revocó y, por tanto, dispuso el otorgamiento de la tenencia a favor de la madre, fijando un régimen de visitas a cumplir por el progenitor (fs. 184/188 vta.).

3. Contra dicho pronunciamiento se alza el actor mediante recurso de inaplicabilidad de ley,

en el que denuncia la violación de los arts. 4 de la ley 13.298; 9 y 12 de la ley 23.849 y 15 de la ley 26.061 (fs. 192/198 vta.).

Sostiene que la tenencia a favor de la madre modifica sustancialmente el ámbito de desarrollo actual de M., vulnerando los derechos del menor (fs. 195 vta.).

Aduce que no se ha tenido en cuenta la opinión del adolescente y esgrime que las conductas y circunstancias negativas referidas en el fallo impugnado, han sucedido mientras M. convivía con su madre pero que desde que lo hace con el padre las mismas no se han repetido (fs. 198).

4. El recurso debe prosperar.

a. Comparto y hago propios de los fundamentos vertidos por la señora Procuradora General en el dictamen de fs. 271/277, por considerar que los mismos abastecen adecuadamente la respuesta que cabe dar al asunto traído a decisión de esta Corte (conf. causas C. 113.234, sent. del 9-V-2012; C. 113.235, sent. del 9-V-2012; C. 115.708, sent. del 12-VI-2013; C. 117.084, sent. del 4-VI-2014).

Tal como señala el dictamen, el nuevo Código Civil y Comercial ha introducido importantes modificaciones en la materia incorporando la figura del

cuidado personal como una nueva categoría de deberes y derechos de los padres respecto de sus hijos, aunque restringidos a los actos de su vida cotidiana (fs. 272 vta./273).

El régimen legal derogado aludía a la "tenencia" de menores fijando una pauta etaria como regla principal: en el art. 206 se preveía que si el niño tenía menos de 5 años, debía otorgarse la custodia a la madre mientras que se debía conferir al progenitor que demostrara mayor idoneidad cuando superaba tal edad.

Como reseña Chechile, la ley 26.618 reformó parte del precepto para adecuarlo al matrimonio igualitario, determinando la guarda en consideración al mejor interés del menor en los casos de nupcias celebradas por integrantes de la misma orientación sexual, sin modificar la preferencia materna en los casos de heterosexualidad. Este dispositivo fue criticado por haberse perdido la oportunidad de derogar la preferencia materna y regular "la tenencia" compartida. En consonancia con lo descrito en el ítem anterior, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación previó el cuidado personal compartido como primera alternativa. El cuidado personal puede adquirir distintas modalidades cuando los padres no viven juntos: unipersonal o compartido (art. 649). A su vez, el segundo 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" (art. 650, C.C. y C.N.). El art. 651, y en un todo de acuerdo con el principio de oficiosidad que preside los conflictos familiares cuando se encuentran involucradas personas vulnerables como los niños, niñas y adolescentes, ya sienta una primera pauta para la labor judicial en caso de desavenencias. Dispone: "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". Como puede advertirse, frente a un desacuerdo el juez decide como primera medida compartir la convivencia y labores cotidianas del niño. La posibilidad de que el cuidado sea asumido por un solo progenitor es excepcional (art. 653) y, en ese caso, esa excepcionalidad debe ser probada. El dato más importante es la alta función educativa de la ley y ésta nos dice que se privilegia que ambos progenitores puedan asumir en común las responsabilidades y cuidados que la crianza y educación de los hijos requiere (Chechile, Ana María, "La

responsabilidad parental y el cuidado personal compartidos como principio y el proceso", Revista Código Civil y Comercial, La Ley, Año 1, núm. 5, noviembre 2015, págs. 38-45).

En el mismo sentido, apunta Marisa Herrera que la reforma privilegia el cuidado compartido en la modalidad indistinta, al ser considerado el sistema que mejor asegura el derecho a "mantener relaciones personales y contacto directo de ambos padres de modo regular" en igualdad (arts. 9 y 18 de la CDN); y respeta así el principio de coparentalidad ("Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Director: Ricardo Lorenzetti, T. IV, arts. 594 a 723, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 343).

b. En el fallo impugnado se sostuvo que *"La instancia superadora tenida en cuenta por el magistrado de la instancia de origen, a través de la tenencia compartida, requiere de algo que ambos padres no tienen: diálogo. No existen elementos que permitan vislumbrar que el régimen dispuesto pueda funcionar, por lo que la situación de riesgo psíquico apuntada por el sentenciante aparece muy próxima, lo cual determina que por el momento no sea aconsejable el régimen dispuesto"* (fs. 187).

Dicha conclusión no permite conciliar los principios sobre los cuales se sustenta el nuevo

sistema de la responsabilidad parental, a la vez que vulnera los postulados de interés superior del niño, de su autonomía progresiva y el derecho a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta, máxime considerando que, como lo destaca el Ministerio Público: "... no resulta posible pasar por alto la firmeza de la decisión de M. de querer vivir junto a su progenitor" (fs. 254/5 y ccs.), más aún si observamos que M. es un adolescente para el ordenamiento legal vigente (art. 25 y ccs., C.C. y C.N.; fs. 275 vta.).

Por otra parte, como se puntualiza en el dictamen, la decisión recurrida se ha limitado a argumentar sobre la inconveniencia del régimen compartido, omitiendo tanto analizar los concretos motivos tenidos en cuenta por los magistrados para decretar la "tenencia" a favor de la progenitora como la expresa consideración de la opinión de M. (fs. 276), lo cual descalifica la solución atacada a la luz de lo dispuesto en el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño.

De las constancias de la causa surge evidente la falta de diálogo entre los progenitores que fuera apuntada por la Cámara, así como también la imposibilidad de estos de arribar a acuerdos mínimos en relación con la crianza y el desarrollo de M., mas estos obstáculos no pueden constituirse por sí solos en fundamento de una decisión que privilegie el cuidado

unilateral, sobre todo teniendo en cuenta las conclusiones de la pericia recientemente realizada que ha señalado el "alto grado de reticencia del niño", destacando la necesidad de respetar su decisión al momento actual sin "presionarlo a reunirse con la mamá hasta tanto este sea un deseo propio y no algo impuesto, dado que este último modo podría resultar altamente dañino" (fs. 255).

Asimismo, debo destacar que tuve oportunidad de tomar contacto personal con M. en el marco de la audiencia convocada por este Tribunal al efecto, en presencia de una perito psicóloga y de la señora Asesora de Incapaces (v. fs. 269), a la luz de la cual estimo, valorando también las ya citadas conclusiones de la perito del Cuerpo Técnico Auxiliar (fs. 254/255), que la actual preferencia sobre la residencia de manera principal en el domicilio del padre no puede soslayarse (arts. 384 del C.P.C.C. y 31, CDN).

c. Sobre tal base y considerando que no se observan condiciones que justifiquen el cuidado personal unilateral, con la apoyatura del equipo interdisciplinario del juzgado de familia, en la instancia, se habrá de elaborar un plan de parentalidad que, contemplando las necesidades de M., posibilite concretar un régimen de cuidado personal compartido en modalidad indistinta (arts. 650, 651, 706 y conchs. del C.C. y C.N.).

Asimismo, como se propicia en el dictamen del Ministerio Público (v. fs. 276 vta.), deberá ordenarse la realización -por parte de M.- de una terapia vincular tendiente a proporcionar las condiciones que permitan reestablecer el vínculo con su progenitora.

5. En virtud de todo ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora General, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, revocar el fallo impugnado y disponer el cuidado personal compartido, con modalidad indistinta, de M. L. I. por parte de sus progenitores el que tendrá operatividad una vez cumplido con lo dispuesto en el punto c. Hasta tanto, se mantiene como residencia de M. el domicilio del padre (arts. 650, 651, 706 y conchs. del C.C. y C.N.). Costas a la recurrida vencida (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Voto por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

1. En las presentes actuaciones el señor L. J. I. solicitó la tenencia de su hijo M. L. I. L. de -por entonces- 9 años (v. fs. 5/7; 30/31).

El menor de edad, hasta ese momento, vivía junto a su madre, la señora S. L. P., quien expresamente se opuso a lo requerido (v. fs. 52; 57/58).

2. Ante la conflictiva parental planteada, el juez de primera instancia consideró necesario atribuir la tenencia con carácter compartido y ordenar el inicio de un tratamiento terapéutico vincular urgente (v. sentencia del 6 de agosto de 2014, fs. 119/123).

Para así decidir tuvo en cuenta que, si bien las constancias obrantes en el expediente demostraban la existencia de posturas contradictorias e inflexibles asumidas por las partes, también indicaban una marcada preocupación por su hijo, observando que con ambos padres M. experimentaba seguridad, afecto y contención (v. fs. 120 vta.).

Destacó el juzgador, que tanto el padre como la madre de M. se encontraban en condiciones de ejercer la tenencia de su hijo, no existiendo circunstancias que revelaran la ineptitud de alguno de ellos ni su inconveniencia para el menor de edad, circunstancias que -sumadas a que la residencia de ambos padres estaba en la misma localidad- permitían establecer la tenencia compartida (v. fs. 122).

Esa decisión fue apelada por ambos progenitores.

2. La Cámara, previo a resolver, mantuvo una audiencia con las partes y tomó contacto con el menor de edad.

Luego, a fs. 184/188, dictó sentencia en la que resaltó, tal como lo había hecho el juez de grado, la provisoriedad de las decisiones que se toman en estos casos (v. fs. 185 vta.).

Advirtió la imposibilidad de que los padres llevaran adelante los compromisos que habían asumido voluntariamente (vgr. terapia, acercamientos), y entendió que no resultaba conveniente que ellos compartieran la tenencia, dadas las dificultades que presentaron para coordinar sus esfuerzos y la constante dinámica de oposición en la que se encontraban inmersos.

Señaló que, ante esa conflictiva, el régimen de cuidado personal dispuesto en primera instancia no podría funcionar y, en consecuencia, dispuso que se otorgara la tenencia de M. a su madre, y se atribuyera en favor del padre el régimen de visitas que -específicamente- detalló.

3. Ese pronunciamiento, dictado el 25 de marzo de 2015, fue impugnado por el señor L. J. I. a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley obrante a fs. 192/198.

En el escrito presentado el recurrente pone de relieve que, a diferencia de la postura adoptada por la madre del adolescente, él había aceptado el régimen de tenencia compartida dispuesto por el juez de primera

instancia y que su apelación solo se había centrado en los alimentos.

Subraya que M. desde que fuera dictada esa sentencia se encuentra viviendo con él y que, en todo ese tiempo casi no ha tenido contacto con su madre.

Alega que la decisión de la alzada -al otorgar la tenencia en favor de la madre- modifica sustancialmente el ámbito de desarrollo de M. y viola los derechos del menor de edad al no tener en cuenta su opinión.

4. Ingresaron las actuaciones a esta Suprema Corte en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, por lo que se confirió traslado a las partes para que efectuaran las manifestaciones que estimasen pertinentes (v. fs. 233).

Las contestaciones respectivas obran a fs. 243/244 y 245.

Además, se dispuso la realización de un completo informe psicológico y vincular respecto del adolescente, el que fue acompañado a fs. 254/255.

De dicha pericia, surge que M. "... manifiesta un esforzado rechazo no solo a su madre (a la que después de tiempo vuelve a encontrar en esta sede embarazada y no lo sabía, lo cual le causó gran conmoción), sino a toda intervención judicial o terapéutica tendiente a

revincularlo con ella..." y que se encuentra en un "... proceso identificatorio con su padre al cual se liga de modo hiperafectivo como así también un alto grado de pertenencia al grupo de éste (pareja e hijos de la pareja). Ha organizado su vida de este modo y se niega a modificarlo..."

Finalmente, concluye la perito en que "... observando el grado de alta reticencia del niño sugiero se tenga presente su palabra, respetando su decisión al momento actual sin presionarlo a reunirse con la mamá hasta tanto este no sea un deseo propio y no algo impuesto, dado que este último modo podría resultar altamente dañino..." (v. fs. 254/255).

5. En la actualidad M. L. I. cuenta con trece años de edad y proclama continuar viviendo junto a su padre.

El joven que -ahora- se encuentra transitando la adolescencia, ha tenido una importante presencia durante todo este proceso judicial (asistió a las distintas audiencias a las que fuera convocado y hasta se presentó en el órgano jurisdiccional de manera intempestiva para hablar con el juez, sin autorización ni conocimiento de sus padres, v. fs. 88 y 121).

Tiene autonomía en la decisión de algunos actos de la vida cotidiana y con el correr del

tiempo, atravesando la pubertad, irá adquiriendo mayor autodeterminación.

Por ello, lo que él expresa, lo que él desea: su voluntad, debe ser escuchada.

En ese orden de ideas, luego de efectuar un minucioso examen de todas las particularidades del caso y, especialmente, teniendo en cuenta la capacidad progresiva del menor de edad, entiendo que la solución propiciada por la señora Procuradora General en su dictamen de fs. 271/277 y por la colega que abre el acuerdo, resulta ser la adecuada.

La modalidad indistinta en el ejercicio de la responsabilidad parental compartida es la que corresponde establecer en salvaguarda del superior interés del adolescente, pues sus necesidades actuales son -precisamente- las que en este momento de su vida han de definir ese interés (conf. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño, ley 23.849; 3 inc. f, ley 26.061; 648, 650, 651, 656 y 707 del Cód. Civil y Comercial de la Nación).

En consecuencia, se debe mantener la convivencia de M. junto a su padre y a fin de que el joven tenga contacto directo con ambos padres de modo regular, arbitrar todos los medios que resulten pertinentes para que, con el apoyo terapéutico necesario, se reestablezca el

vínculo de M. con su madre (arts. 652, 706 y ccs., Código Civil y Comercial de la Nación).

6. Por todo lo expuesto, se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido, con costas (conf. arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Voto por la **afirmativa**.

El señor Juez doctor **Soria**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Negri, votó también por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

I. Comparto los fundamentos vertidos por los colegas preopinantes.

1. La cuestión relativa al cuidado personal de los hijos menores es sin duda una medida que no sólo concierne a los padres, sino que esencialmente interesa a los niños, cuyo superior interés debe en consecuencia ser evaluado y satisfecho en todos los casos (en sentido análogo, Ac. 78.728, sent. del 2-V-2002; C. 118.503, sent. del 22-VI-2016; entre otras).

En particular, el punto de partida debe situarse justamente en la remanida pero no superada fórmula del "interés superior del menor", que en su más prístina enunciación, este verdadero postulado quedó expresado en los siguientes términos: "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 condición primordial a la que se tenderá será el interés del niño" (art. 3 párrafo 1º, Convención sobre los Derechos del Niño -"CDN").

Establecido como uno de los valores fundamentales, el Comité de los Derechos del Niño sostiene que el art. 3, párrafo 1, enuncia uno de los cuatro principios generales en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño: el interés superior del niño se aplicará a todos los asuntos relacionados con el niño y se tendrá en cuenta para resolver cualquier posible conflicto entre los derechos consagrados en la Convención o en otros tratados de derechos humanos (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 -2013- sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 33).

Subraya asimismo que dicho interés superior debe ser entendido como un concepto triple: por un lado, (i) un derecho sustantivo, consistente en que sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se

pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño. Por otro lado, (ii) un principio jurídico interpretativo fundamental (si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño). Y finalmente, (iii) una norma de procedimiento, en tanto siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño, el proceso de su adopción deberá incluir una estimación de sus posibles repercusiones (positivas o negativas) en el menor, así como su justificación debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, cit., párr. 6).

El objetivo del concepto "interés superior del niño" es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño, abarcativo de su aspecto físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5 (2003) sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 12; Observación General N° 12 (2009) sobre el Derecho del niño a ser escuchado, párr. 2; y Observación General N° 14, cit., párr. 4).

Ahora bien, en la práctica, la

apreciación del interés superior del niño es una cuestión compleja y su contenido debe determinarse caso por caso. De este modo, puede definirse al "interés del menor" como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, por lo que debe quedar excluida toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, sent. del 31-III-1998; Ac. 73.814, sent. del 27-IX-2000; Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003), máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad, en tanto lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (Ac. 66.519, sent. del 26-X-1999; Ac. 71.303, sent. del 12-IV-2000; Ac. 78.726, sent. del 19-II-2002).

Así, la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del menor de que se trate, como su edad, su sexo, su grado de madurez, su opinión, su experiencia, su

pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y su contexto social y cultural, por ejemplo, la presencia o ausencia de sus padres, el hecho de que viva o no con ellos, la calidad de su relación con su familia o sus cuidadores, su entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores, entre otras (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nro. 14, cit., párr. 48).

Al evaluar y determinar el interés superior de un niño debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurarle la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. Los términos "protección" y "cuidado" también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa, sino en relación con el ideal amplio de garantizar el bienestar y desarrollo del niño (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nro. 14, cit., párr. 71), abarcando sus necesidades materiales, físicas, educativas, culturales, espirituales y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto, seguridad, pertenencia, estabilidad y proyección.

Se ha dicho que deben considerarse, al evaluar y determinar el interés superior del niño, en la

medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate, (i) su opinión, (ii) su identidad, (iii) la preservación del entorno familiar y mantenimiento de sus relaciones, (iv) su cuidado, protección y seguridad, (v) su situación de vulnerabilidad, (vi) su derecho a la salud y a la educación (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, cit., párr. 52).

El tiempo constituye un factor esencial al momento de hacer operativo el "interés superior del menor". La exigencia de que ese interés sea analizado "en concreto", como también el situar que el "conjunto de bienes necesarios" para el menor se integre con los más convenientes en "una circunstancia histórica determinada", responden al lugar e incidencia trascendental que el factor temporal tiene en la vida de los menores.

Por demás, la consideración del interés superior del niño como algo "primordial" requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, cit., párr. 40.).

Los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un

grupo de niños o los de los niños en general tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado. Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, cit., párr. 39).

En este aspecto, el principio **favor minoris**, con expresa recepción en los arts. 3° y 5° de la ley 26.061 y 4° de la ley 13.298, conforme al cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de los menores, en oposición a otros derechos e intereses igualmente legítimos, han de prevalecer los primeros, adquiere una mayor preponderancia objetiva, en tanto el principio de precaución exige valorar primordialmente los riesgos, daños futuros y otras consecuencias de la decisión, en la seguridad de los niños. Por ello, en aras

de ese interés superior del menor y de la protección y defensa de sus derechos, quedan relegados en una medida razonable los que pudieren invocar los mayores, y el proceso de tenencia despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta, aún mucho más resaltada a partir de la incorporación de la CDN en nuestro texto constitucional por imperio de la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22).

Es que no se trata de decidir una mera adjudicación de derechos sobre un objeto inanimado o sobre un bien abstracto, cuya substancia permanecerá insensible o inalterada frente al paso del tiempo, sino sobre el destino de una persona de carne y hueso, que vive, piensa, tiene sentimientos, experimenta emociones, ríe, llora y va forjando día a día su identidad y la personalidad con la cual afrontará el resto de su existencia (mi voto, Ac. 78.446, sent. del 27-I-2001). La forma en que se resuelva el conflicto aquí ventilado no debería ser demostrativa de la medida en que el derecho, enfocado como pura forma, puede llegar a deshumanizarse perdiendo de vista su objetivo final: establecer un orden social justo.

2. Así las cosas, en este caso, el interés superior de M. -tal como lo sostienen los colegas que me preceden en el orden de votación- consiste hoy en

que su cuidado personal -a más de la conjunta responsabilidad parental sobre su persona- sea ejercido por ambos progenitores en forma indistinta más allá de que mantenga su convivencia junto a su padre y su nuevo grupo familiar (arg. arts. 3, 9 y 12, CDN; 1º, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes. Const. nacional; 639, 648, 649, 650, 651, 656, 706, 707 y ccdtes., Cód. Civ. y Com.; 2, 3 y ccdtes., ley 26.061; 1º, 11, 15, 36.2 y ccdtes., Const. provincial; 4, 5, 6, 7 y ccdtes., ley 13.298; 384 y 853, C.P.C.C.).

A. En efecto, el otorgamiento del cuidado personal compartido e indistinto resulta consecuente con los sucesivos planteos que los progenitores -a su turno- han formulado en estas actuaciones, en las que ambos han reclamado la custodia de su hijo, acreditando -cada uno por su parte- la idoneidad moral y las materiales posibilidades de ejercerla (fs. 120 vta./121 y citas).

Así como, por otro, tal como lo dispone en nuevo texto del Código Civil y Comercial, es posible afirmar que inicialmente el establecimiento de un régimen de cuidado personal compartido indistinto constituye la mejor manera de resolver el problema de desmembramiento de la guarda, pues posibilita que el niño mantenga un trato fluido y significativo con ambos padres (conf. arts. 651 y 656). En el mismo sentido, el art. 9.3 de la CDN establece que los Estados partes deben respetar el derecho del niño

que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario a su superior interés.

Con la custodia compartida se reconoce y se le otorga la relevancia que merece al derecho que tienen los niños a ser educados por ambos padres dentro de un sistema que permita el ejercicio de la coparentalidad (conf. Polakiewicz, Marta, "El derecho de los hijos a una plena relación con ambos padres", en *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, Grosman, Cecilia -Dir.-, Universidad, Bs. As., 1998, pág. 190).

Se han señalado las ventajas que presenta el cuidado compartido frente al unipersonal. Se ha dicho -entre ellas- que permite al niño mantener un estrecho vínculo con ambos padres; promueve la participación activa de ambos progenitores en las funciones de educación, amparo y asistencia de su hijo; 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 (Grosman, Cecilia, "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias

en la materia", LL, 1984-B, 806); evita que existan padres periféricos; posibilita que el menor conviva con ambos padres; reduce problemas de lealtades y juegos de poder (Chechile, Ana M., "Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental", JA, 2002-III-1308); la idoneidad de cada uno de los padres resulta reconocida y útil; fomenta una mayor y mejor comunicación entre padres e hijos (Medina, Graciela y Hollweck, Mariana, "Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como alternativa frente a determinados conflictos familiares", LL Buenos Aires, 2001-1425); el hijo se beneficia con la percepción de que sus padres continúan siendo responsables frente a él (Schneider, Mariel, "Un fallo sobre tenencia compartida", LL Buenos Aires, 2001-1443); se compeadece más con el intercambio de roles propio de la época actual (Mizrahi, Mauricio L., Familia, matrimonio y divorcio, Astrea, Buenos Aires, 1998, pág. 422); se promueve y alienta la participación del hombre y la mujer en pie de igualdad en lo que se refiere a la crianza de los hijos, generando así una mayor equidad genérica en el interior de la familia (Zalduendo, Martín, "La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño", LL, 2006-E, 512; conf. mis votos en C. 87.970, sent. del 5-XII-2007; C. 108.748, sent.

del 9-XII-2010).

Y todo ello es lo que hoy precisa M..

B. Ciertamente es que el equipo técnico que abordó inicialmente la situación vincular del grupo familiar originario sostuvo la imposibilidad del ejercicio de la coparentalidad por los progenitores, habida cuenta de la ausencia de todo diálogo entre ellos, quienes por demás colocan a su hijo en un forzoso espacio de desdoblamiento, en el cual para ser hijo de uno necesariamente debe dejar de serlo del otro, puesto que en las estructuras familiares que se han conformado sobrevinientemente no hay espacio para su coexistencia con la relación originaria (conf. informe de fs. 67 y vta.), lo que implica que el niño debe -en cada oportunidad- incorporarse sucesivamente a la dinámica de cada nueva familia constituida por sus padres, enterrando momentáneamente la figura del progenitor ausente.

Esta situación incluso llevó a que desde el año 2013, M. se encuentre conviviendo solamente con su padre y su nuevo grupo familiar (a pesar de la tenencia dispuesta en favor de su madre). Pues ante la disyuntiva planteada por los propios progenitores, el chico se alió al posicionamiento paterno (fs. 67). Al día de hoy, M. ha transcurrido completamente un proceso identificatorio con su padre y posee un alto grado de integración con el

nuevo grupo familiar de éste (pareja e hijos de la pareja, conf. informe de fs. 254/5).

Cierto también es que M. es un niño estereotipado y carece de matices afectivos. Por un lado, está sobre-involucrado en las cuestiones judiciales mantenidas entre sus padres, las que lo sacan de su lugar de hijo, colocándolo en un espacio de simetría en relación con ellos (fs. 67 y vta.). Por otro, rechaza fuertemente a su madre y todo intento jurisdiccional por relacionarlo con ella (fs. 254 vta.), bien que manifiesta dolor psíquico por el recuerdo de los espacios y tiempos con ella, posicionándose como siendo perdido de vista por ésta, quien -un poco por la programación adulta que connotó negativamente al niño en su contra y otro por su incapacidad de coagular lo laxo de la relación, fs. 255- no ha sido capaz de soportar el peso de una relación que al día de hoy luce distante (por ejemplo, el menor desconocía hasta bien entrado en término, el nuevo embarazo de su madre).

Pues bien, aun cuando el vínculo entre los padres del menor se encuentra deteriorado por falta de diálogo, se observan esfuerzos de los progenitores por procurar el bienestar de su hijo, incluso a través de la voluntad manifestada en común para profundizar una terapia vincular del grupo familiar originario (fs. 109, 130, 148

vta.). Entiendo en este sentido, a partir de dicho acuerdo basal, que el régimen de cuidado personal compartido de M. será favorecido por su edad actual (13 años a la fecha), ya que los problemas y dificultades que pueden presentarse como consecuencia de la instrumentación de este mecanismo suelen ser sensiblemente menores cuando mayor es la edad de los hijos (conf. Mizrahi, "Familia...", cit., pág. 418 y sigtes.).

C. Asimismo, el deterioro del vínculo desarrollado en el último tiempo entre M. y su madre exige adoptar una estrategia de medidas positivas que la reivindiquen frente al niño, restituyendo su figura, rol y jerarquía perdida. En este aspecto, una de tales medidas es la devolución equitativa de su intervención efectiva en el ejercicio de los deberes de cuidado de su hijo (arts. 1, 2, 3, 16, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 1, 16, 75 inc. 22 y 23, Const. nacional; 1, 10, 11, 36.4 y ccdtes., Const. provincial).

D. A su vez, la necesidad de intervención paterna en su vida cotidiana responde al fuerte deseo expresado por el menor en las diversas instancias en las que ha sido oído (fs. 52, 130, 163, 254/5, 269, conf. arts. 12, 13 y ccdtes., CDN; 75 inc. 22, Const. nacional; 639 inc. "c", 707 y ccdtes., Cód. Civ. y

Com.). Si bien es sabido que su opinión debe ser analizada con un criterio amplio y pasada por el rasero que implican su edad y grado de madurez, para lo cual es imprescindible que el juez pondere cuidadosamente las circunstancias que lo rodean, y las balancee mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presente el caso, y particularmente con la índole del derecho en juego (Ac. 78.728, sent. del 2-V-2002; entre otras), se ha aconsejado, en beneficio de su salud emocional, que su fuerte parecer sobre la cuestión de su residencia sea respetado (fs. 255).

Al respecto, concuerdo con la opinión de los peritos actuantes de que se mantenga su residencia junto a su progenitor y su nueva familia, con quienes se halla integrado en forma consolidada (fs. 254/5), incluso desde la óptica de la mayor autodeterminación del menor a la luz del principio de la autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos (arts. 5º, CDN; 639 inc. "b", Cód. Civ. y Com.; 24 inc. "b", ley 26.061).

E. Habiendo asistido a la audiencia fijada al efecto (fs. 269), tuve oportunidad de tomar conocimiento de la persona del menor, escuchando sus opiniones y percibiendo sus expectativas, las que me permitieron auscultar su realidad actual y llegar a la convicción de que la solución propuesta es la que a todas luces resultaría más funcional en la armonización de todos

los apreciables intereses puestos en juego (arg. arts. 3, 9 y 12, CDN; 1º, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes., Const. nacional; 639, 648, 649, 650, 651, 656, 706, 707 y ccdtes., Cód. Civ. y Com.; 2, 3 y ccdtes., ley 26.061; 1º, 11, 15, 36.2 y ccdtes., Const. provincial; 4, 5, 6, 7 y ccdtes., ley 13.298; 384 y 853, C.P.C.C.).

F. Claro está que, naturalmente, el cuidado personal compartido exige por parte de todos los miembros de esta tríada -padre, madre e hijo- un mayor compromiso. Por ello, concuerdo con mis colegas en cuanto disponen que se arbitren los medios pertinentes para que en la instancia los progenitores elaboren -con apoyo del equipo interdisciplinario del tribunal- un nuevo Plan de Parentalidad que contemple las necesidades actuales de M. y permita el efectivo y eficiente ejercicio del cuidado personal compartido en modalidad indistinta del niño (incluyendo un espacio terapéutico común del grupo originario, conf. fs. 109, 130, 276 vta.); así como que el menor inicie una terapia vincular tendiente a proporcionar las condiciones que permitan intentar un restablecimiento efectivo del vínculo con su madre (conf. arts. 650, 651, 655, 706 y ccdtes., Cód. Civ. y Com.).

II. Por lo expuesto y adhesión formulada, voto también por la **afirmativa**.

Con lo que terminó el acuerdo,

dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora General, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, se revoca el fallo impugnado y se dispone el cuidado personal compartido con modalidad indistinta de M. L. I. por parte de sus progenitores, modalidad que resultará operativa una vez que en la instancia de origen, con apoyatura del equipo interdisciplinario, se haya elaborado un plan de parentalidad que, contemplando las necesidades del joven, posibilite la concreción del régimen decidido, arbitrándose los mecanismos necesarios para la iniciación por parte de M. L. de una terapia tendiente al restablecimiento del vínculo con su progenitora. Hasta tanto, se mantiene la residencia del adolescente en el domicilio de su padre (arts. 650, 651, 706 y conchs. del C.C. y C.N.).

Las costas se imponen a la recurrida vencida (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.

HILDA KOGAN

HECTOR NEGRI

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

DANIEL FERNANDO SORIA

CARLOS E. CAMPS

Secretario