Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

Autos: **“O., A. B. y F. , A. G. s/ homologación”** (Expte. Nº 22.549 - año 2008)

--- Trelew, 20 de mayo de 2008.-

--- **Y VISTOS:** ---------- El recurso de apelación interpuesto por el padre y los abuelos de la menor a fs. 153 contra la resolución de fs. 148/149 vta., memorial de agravios de fs. 160/159 vta., su contestación de fs. 182/185 vta., constancias del acta de audiencia de fs. 195/195 vta. y dictamen del Asesor de Familia de fs. 195/195 vta. ---------- **CONSIDERANDO:** ---------- **I.-** En la resolución en crisis se otorgó la custodia de la menor M. D. L. Á. F. O. a su progenitora Sra. A. O., dejando sin efecto la resolución 262/01 que establecía que la custodia de la menor quedaba a cargo de sus abuelos paternos A. F. y S. V. . ---------- Al agraviarse de tal decisorio los apelantes expusieron que la resolución apelada carece de sustento jurídico al otorgarle la custodia a la madre de la menor, sin ningún tipo de traslado y sin las pruebas suficientes que acrediten quiénes son los que se encuentran en mejores condiciones para tener dicha custodia. ---------- Afirmaron que no se siguieron los pasos procesales que hubiesen permitido tratar la modificación de la custodia de M. D. L. Á. . ---------- Expresaron que tanto los informes del Equipo Técnico Interdisciplinario, como los que llegaron de Neuquén, como lo dictaminado por el Asesor de Familia Nº 2 eran insuficientes para arribar a una conclusión definitiva respecto de quién se encontraba en mejores condiciones para tener la custodia de la menor. ---------- Manifestaron, en total conformidad con lo expresado por el Asesor de Familia, que la audiencia celebrada en autos a fs. 94 era para tratar un régimen de comunicación, pero que nunca se trató un cambio de custodia. ---------- Alegaron que la Sra. Jueza de la instancia anterior se apoyó en los dichos de la niña como si fuera una ley y basándose en ellos dictó una sentencia en total contradicción con lo dictaminado por el Asesor de Familia. ---------- Expresaron que es equivocado que no pueda ser considerado el criterio económico para decidir la custodia, pues ello contraría totalmente el espíritu de los derechos del niño que la Convención ampara. ---------- Adujeron, en tal sentido, que el niño tiene derecho a una vivienda digna y debe estar protegido su derecho a la salud, a la educación, al

esparcimiento, cuestiones que si bien atañen también a su padre como co-responsable económico, cuando la niña vivía en Trelew gozaba de todo ello. ---------- Se quejaron los apelantes de que la Sra. Jueza “a quo” pese a que aún concurriendo a la Escuela xxx de Rincón de los Sauces, la menor tenga una alta inasistencia a clases, no cumpla con las tareas escolares y su rendimiento haya ido decreciendo. ---------- **II.-** En la actualidad y desde diciembre de 2006, la menor convive con su madre A. O. . ---------- Al considerar una solicitud de cambio de custodia de un menor, es menester analizar diversos factores, que son de dos órdenes. Así debe contraponerse el beneficio que se espera obtener con el cambio, beneficio que ha de probar quien alega la necesidad del mismo, con el daño que el cambio en su modo de vida producirá sobre el menor. Es indudable que la situación ideal sería que una vez otorgada la tenencia a uno de los progenitores, esta situación permaneciera inalterada a fin de no generar mayor inseguridad en el menor; no obstante, no se pretende afirmar con rigidez de criterio que esta solución ideal sea válida para todas y cada una de las múltiples circunstancias en que se reclama un cambio en la tenencia de un menor (confr.: Stilerman, “Menores, Tenencia. Régimen de visitas”, ed. 1997, págs. 131 y 132). ---------- Toda vez que de las constancias de autos no surge comprobado que la menor mejoraría su calidad de vida de modificarse el estado actual, se desestimará el recurso de apelación deducido. ---------- En razón de lo dispuesto por el art. 130 de la ley 4.347, que dispone que la Alzada debe tomar conocimiento personal y directo del grupo familiar, y teniendo en cuenta que el art. 12 de la “Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, que posee jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 C.N.), establece que se garantizará al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho, de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, este Cuerpo procedió a escuchar a la menor que expresara encontrarse a gusto viviendo con su madre y hermanos. ---------- Respecto del agravio referido a que no se

les corrió un traslado específico de la petición de la madre, es de hacer notar que la cuestión referida a la tenencia de los menores se puede debatir tanto por vía incidental de un juicio de separación, divorcio o nulidad de matrimonio, como en una acción autónoma, también estar conectada a cualquiera de los procesos antes nombrados, como "medida cautelar" (art. 231, C.C.), con sus caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, e inclusive los jueces las pueden disponer *ex officio*, cuestión que sin duda se aparta del principio dispositivo imperante como regla en el proceso civil y con arreglo a la norma citada, dándole vida al Principio de Simplificación de los procedimientos cautelares (conf..: Kielmanovich, “Los principios del proceso de familia”, p. 37, Revista de Derecho Procesal de Familia, ed. Rubinzal-Culzoni 2002-2-II; Jáuregui, “Aspectos procesales en los conflictos de “tenencia” de niños, LL Litoral 2005 (agosto), p. 669), por lo que se desestimará el agravio. ---------- Finalmente, cabe señalar que tal como lo sostiene en su dictamen el Asesor de Familia, en la audiencia que da cuenta el acta de fs. 194 pudo conocerse que más allá de los informes previos favorables al mantenimiento de la custodia de la menor por parte de la madre, tanto la nueva localización de la familia en la Ciudad de Puerto Madryn, como el desempeño escolar de la menor, son favorables para ella, lo que refuerza que es correcta la sentencia de Primera Instancia (ver fs. 195/199). ---------- **III.-** Las costas de Alzada se impondrán a los apelantes vencidos (arts. 68 y 69 C.P.C.C.). ---------- En atención a la naturaleza de las presentes actuaciones, la extensión y eficacia de las tareas desarrolladas ante esta Instancia, resultado obtenido y el carácter con el que actuaran, se regularán los honorarios del Dr. R. E. N. en la suma de $ 425, los de la Dra. M. A. O. en la cantidad de $ 250 y los de la Dra. H. R. T. en $ 300 (arts. 6, 9, 14 y concs. dec.-ley 2.200), en todos los casos con más el I.V.A. pertinente. ---------- Por ello, la Sala “A”, de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew; **RESUELVE:** ---------- Confirmar la resolución apelada de fs. 148/149 vta. ---------- Imponer las costas de Alzada a los

apelantes. ----------

--- Regular los honorarios de Alzada al Dr. R. E. N. en la suma de $ 425, a la Dra. M. A. O. en la cantidad de $ 250 y a la Dra. H. R. T. en $ 300, en todos los casos con más el I.V.A. pertinente. ---------- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haber coincidencia de opinión y hallarse vacante la restante vocalía de la Sala (art. 8, ley 1130, to. ley 4550). ---------- Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

Fdo: CARLOS A. VELÁZQUEZ – CARLOS DANTE FERRARI

REGISTRADA BAJO EL Nº 84 DE 2.008 – SIC.- CONSTE.-

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA