<u>AUTOS:</u> "H., C. M. c/ M., G. P. B.s/ Custodia de hijos" (Expte. Nro. 134/08 CANO).----------

------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de marzo del año dos mil nueve, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia de su titular Dr. Jorge Luis Früchtenicht y con la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Günther Enrique Flass, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"H., C. M. c/ M., G. P. B. s/ Custodia de Hijos"*** (Expte. N° 134/08 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

----------Practicado a fs. 282 el sorteo establecido por el art. 268 del C.P.C.C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FRÜCHTENICHT –FLASS.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **<u>PRIMERA:</u>** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 231/240? y **<u>SEGUNDA:</u>** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------ A LA PRIMERA CUESTION EL DR. FRÜCHTENICHT DIJO: ----------

------ Llegan los presentes autos a esta Alzada, por sendos recursos de apelación intentados: por el demandado (v. fs. 242), por la actora (v. fs. 244 pto. I) y por la Defensa Pública por estimar bajos los honorarios regulados en su favor (v. fs. 244 pto. II), todos contra la sentencia definitiva que luce agregada a fs. 231/240, que en lo sustancial y por los fundamentos que detalladamente expone, dispuso (en el mismo orden en que fueron expuestos en aquélla): 1º) Hacer lugar a la demanda y otorgar la custodia de la niña J. A. M. a su madre, la actora Sra. C. M. H.; 2º) La inmediata intervención del Equipo Técnico Interdisciplinario a fin de que elabore un régimen adecuado que provea a la comunicación del demandado con su hija; 3º) No hacer lugar al acuse de temeridad solicitado; y 4º) Imponer las costas al demandado de autos, regulando los honorarios de los profesionales que actuaron durante este proceso.----------

------Los recursos oportunamente deducidos, fueron concedidos a fs. 243 y fs. 245, respectivamente.----------

------2. En ocasión de deducir sus quejas el demandado (v. Memorial de fs. 254/256), se agravia por no haber la sentenciante de fs. 231/240 concedido un régimen de custodia compartida aplicándose las disposiciones relativas al régimen de patria potestad. Expone los hechos y circunstancias que darían razón a su queja e invoca calificada doctrina favorable al régimen de tenencia compartida, para solicitar finalmente se revoque el decisorio apelado y se disponga una custodia compartida.----------

------El memorial referenciado en el párrafo precedente, mereció la réplica de la contraria, la que se agrega a fs. 263/265.----------

------Al deducir las suyas la actora (v. fs. 258/261 y vta.), se agravia en orden a lo resuelto al pto. 3 de la parte resolutiva del decisorio atacado por no haber hecho lugar la judicante a su pretensión de condena por temeridad para con el demandado, planteo que formulara en el devenir de una audiencia que cita. Relaciona diferentes circunstancias acontecidas durante el proceso y que dan base a su pretensión (entre ellas, la realización de falsas denuncias y el incumplimiento de la cuota alimentaria a su cargo), sostiene contradicción en la sentencia, y finalmente solicita se revoque el citado pto. 3 y se sancione al demandado por la temeridad demostrada durante el trámite del presente, no mereciendo sus ofensas la réplica de la contraria (v. informe de la Actuaria de fs. 267).----------

------Por su parte, el Ministerio Público de la Defensa apela por bajos los honorarios (v. pto. II de fs. 244) invocando en su favor un precedente de este mismo Cuerpo y que cita.----------

------3. Puesto en la tarea de considerar los agravios deducidos, debo advertir los criterios de atribución de la tenencia y que surge del régimen constitucional y legal vigente. En tal sentido entiendo trascendente la cuestión en relación a los niños que padecieron el impacto de la desintegración familiar y la modificación del régimen de vida que llevaban al promoverse la relación litigiosa entre sus progenitores, pues en su caso deben existir causas extremadamente serias que afecten la seguridad material y la salud física y psíquica del menor cuya custodia se disputa, debiendo ponderarse cuidadosamente tales extremos fácticos y extrapolarlos con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño, que coloca en igualdad de condiciones a los padres en orden a la crianza, formación y educación de sus hijos, no debiéndose deslizar preferencias abstractas entre ellos, sino debidamente fundadas en la realidad de los hechos y de la interacción familiar, debiendo asumir –como dije – entidad suficientemente graves las causas que habiliten modificaciones en el denominado centro de vida del menor.----------

------Tal entiendo como recta interpretación de la idea de sujeto de derecho asumida por el menor en la mentada Convención, con más el principio rector que surge del art. 3 de aquélla en el sentido de atender al mejor interés del niño, principio que deja en manos del juzgador tomar la decisión conforme a la información que surge del caso concreto, en un todo de acuerdo a las circunstancias de hecho, de lugar y de tiempo que rodean la situación de digresión familiar que desemboca en el litigio.----------

------Este espacio flexible y abierto que se ofrece al magistrado, entiendo, ha sido convenientemente utilizado por la judicante, ponderando adecuadamente tales circunstancias que rodean al caso concreto. Así, nuestro máximo tribunal nacional

y en relación con materias como las del *sub exámine*, ha resuelto en numerosos precedentes que: "*Los jueces no están obligados a ponderar una por una todas las pruebas. No existe arbitrariedad si la sentencia merita con claridad los elementos de juicio que estima relevantes para la solución del pleito*." (C.S.J.N., sala I, 21-6-90, causa 47.051, S., J. D. en j.: "*S., J. D. c/D. T. p/Daños y perjuicios s/Inconstitucionalidad*", L. S. 215-411; íd., 28-6-90, causa 47.695, E., M. y otro en j.: "*V., J. y otros c/A. A. A. p/Daños y perjuicios s/Inconstitucionalidad*", L. S. 216-28; íd., 26-8-91, causa 48.377, Caja Nacional de Ahorro y Seguro en j.: "*S., N. E. c/D. C. y otros s/Daños y perjuicios s/Inconstitucionalidad*", L. S. 222-419; íd., 22-6-92, causa 50.239, G., M. E. en j.: "*G., M. E. c/C. A. Z. G. p/Daños y perjuicios s/Inconstitucionalidad*", L. S. 228-192; íd., 18-3-93, causa 51.145, B., M. y otro en j.: "*B., M. y ot. c/R. B. p/su hijo menor p/Sumario s/Inconstitucionalidad*", L. S. 235-345; íd., 11-4-96, causa 54.359, I. S. A. Compañía de Seguros en j.: "*B. B., C. c/H. B. G. y otro p/Daños y perjuicios s/Inconstitucionalidad*", L. S. 264-95). Por ello, anticipo mi voto por el rechazo de la apelación del demandado, con base –además – en los argumentos que seguidamente expondré.----------

------Así las cosas, de los informes obrantes a fs. 17/18 y 81/84, elaborados por el Equipo Técnico Interdisciplinario de esta circunscripción judicial, su similar de fs. 87/89 en lo referente a los padecimientos psíquicos del demandado, los informes elaborados por las Asistentes sociales con personal del Hospital Rural de José de San Martín, con más lo dictaminado por la Asesoría de Familia e Incapaces en ocasión de llevarse a cabo los alegatos (v. fs. 230) y citado en la sentencia a fs. 234 párr. 9no, me llevan a concluir que en la sentencia hoy en crisis se ha ponderado adecuadamente el mejor interés de la niña y no el de sus progenitores, aunque éste último sí fue tenido en cuenta subsidiariamente y en función del primero, en orden a facilitar una adecuada comunicación de la menor con ambos padres, por lo que lo sustancial de la resolución –a juicio del suscripto – debe ser confirmado. Así lo voto.----------

------Corresponde ahora referir la apelación deducida por la actora. Al respecto tengo dicho que: "*Entiendo por **temeridad** la conducta asumida por la parte que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad. Por lo tanto, la temeridad se configura frente a la conciencia de la propia sin razón*.----------

------"*La **malicia**, en cambio, consiste en la conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación de peticiones destinadas exclusivamente a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso o a retrasar su decisión, pese a que los códigos de rito –en general– asimilan los efectos de ambas figuras. Por ello,*

entiendo que el reclamo de la demandada sobreviene por entender que existió temeridad en la conducta procesal del actor.----------

------"*Así las cosas, y tratándose la del art. 45 del CPCC de una sanción procesal, su interpretación –necesariamente- debe formularse restrictivamente*.----------

------"*Debo advertir que el proceso de formación de la convicción en el juez consiste en crear en su espíritu un estado de convencimiento acerca de la existencia de las circunstancias relativas –en nuestro caso– a un real despliegue de temeridad, ello con los argumentos y la prueba de los hechos, y que adquiera una entidad tal y suficiente para crear en el juzgador la firme convicción de su existencia con la consecuente imposición de la multa prevista en el art. 45 del ordenamiento procesal*." (v. mi voto en "*S., H. J. c/ S. M. A. s/ Laboral" (Expte. Nº 10/07CANO).*----------

------Entiendo que en el *sub iúdice*, no se presentan los extremos expuestos ni el apelante ha podido rebatir el criterio expuesto por el Sr. juez de grado en ocasión de dictar su decisión jurisdiccional de mérito que puso fin a este proceso. Sucede que en la sentencia hoy puesta en crisis, el magistrado expuso extensamente las razones que la llevaron a tomar su decisión, y fundo lo dicho en el criterio restrictivo con que deben ser ponderadas las eventuales sanciones procesales que se pretendan y que no deben quedar libradas al particular enfoque de quién las solicita. Por ello, estimo que el primer agravio no puede prosperar y así lo voto.----------

------En orden a la apelación impetrada por el Ministerio de la Defensa Pública por estimar bajos los honorarios regulados, atendiendo que el presente proceso carece de monto, y las pautas contenidas en los arts. 6 cuya ponderación asiste ea magistrado y los mínimos impuestos por el art. 8, ambos de la Ley del Arancel Nro. 2200, entiendo que los montos regulados aparecen ajustados a derecho por lo que deben ser confirmados. Así lo voto.----------

------Restando considerar la imposición de costas en esta instancia, no habiendo prosperado los recursos intentados y no existiendo parte procesalmente vencida (art. 68 C.P.C. y C.), entiendo que deben ser impuestas por su orden.----------

------ A LA MISMA CUESTIÓN EL DR. FLASS DIJO: ----------

------Habiendo expuesto el Dr. Früchtenicht con suficiente detalle los hechos y planteos efectuado en la causa de marras corresponde analizar los agravios vertidos.----------

------1) La atribución de tenencia:----------

------La a quo después de un meduloso y extenso análisis concluye que lo mas conveniente para la menor es atribuir la tenencia a su madre. Reconoce que en muchos casos la tenencia compartida es lo mejor para el desarrollo de los hijos,

pero que esto es solo un paradigma y no una regla absoluta. Decide apartarse, en el caso, de esta principio general y lo hace en atención a: 1) Que fue imposible a lo largo del proceso llegar a una solución consensuada. 2) Que estando la niña bajo custodia del padre, este obstaculizó el contacto con la madre. 3) Que delante de la niña se refirió a la madre mediante términos descalificantes e incluso obscenos. 4) Que el informe psicológico de fs. 87 surge un estado depresivo en el padre *"que generará en la niña un daño de difícil reversión"*. 5) Que si bien la conducta paterna pudo deberse a la situación de conflicto, el informe de fs. 209 no deja pronosticar un cambio de actitud. 6) Que el concepto relevado de la madre y su grupo familiar ampliado es óptimo. 7) Que la convivencia con la progenitoria permitirá también la vinculación con la medio- hermana de la menor.----------

------El padre recurrente se agravia por entender que las normativas de protección a los derechos del niños permiten acuerdos de tenencia compartida. Que la tenencia unilateral deviene desactualizada. Que la tenencia compartida es un derecho tanto de los padres como del hijo. Invoca el derecho del niño a la coparentalidad. Por último, dice el apoderado del Sr. M., que su cliente le ha confesado haber sufrido influencias negativas en su actuar pero que todo ello fue sin intención, que *"fue impulsado por su angustia y ante comentarios de la gente"*.

------En primer lugar habré de advertir que la tendencia a promover regímenes de custodia compartida no alcanza para calificar de desactualizada a la solución contraria pues en derecho de familia y mas precisamente en lo atinente a la protección de la infancia no existen reglas absolutas, sino que, por el contrario, hay que estar a las condiciones empíricas de cada caso y diseñar decisiones teleológicamente encaminadas a la mejor protección del niño.----------

------Ciertamente que la integración parental es uno de los derechos subjetivos de los menores, pero no el único. El niño también tiene derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias (art. 16); a no sufrir perjuicio mental (art. 19) etc. por eso es que la propia "Convención de los Derechos del Niño" posibilita la separación entre este y sus progenitores cuando sea objeto de maltrato (debemos entender por tal tanto el maltrato físico como las influencias negativas que lesionan la psiquis del menor) y manda a las autoridades que cualquiera de las medidas que adopten sean conforme al interés superior del niño cuyo contenido ha sido suficientemente conceptualizado en la sentencia apelada.----------

------De los propios dichos de la recurrente surge que el padre ha tenido influencias negativas en sus actos y ello es suficiente para avalar la sentencia de la a quo, mas allá de la falta de intención que manifiesta, el resultado pues no se está juzgando aquí ni el dolo ni la culpa del padre sino el resultado que tal conducta puede tener para la menor.----------

------También tiene derecho el niño a una correcta vinculación con su familia ampliada y desde este punto de vistas aparece como oportuno lo decidido en la sentencia sin que fuera ello objeto de rebate por parte del recurrente.----------

------Por último, la a quo se ha fundado en profusos informes técnicos obrantes en autos que avalan su decisión y respecto a los cuales el recurrente ha guardado silencio.----------

------Lo dicho me lleva a coincidir con lo propuesto por el Dr. Früchtenicht y en tal sentido voto por el rechazo del agravio en cuestión.----------

------2) La sanción por temeridad y malicia:----------

------La a quo considera que la conducta procesal del Sr. M. no puede calificarse de temeraria y contra ello se alza la defensa pública quien radica su pretensión en los siguientes argumentos: 1) El pedido de temeridad se funda en que el Sr. M. se defendió con argumentos que no podía demostrar y no en la construcción de un proceso sin fundamentos para su pretensión como consigna la sentencia. 2) Habría contradicción en la sentencia pues por un lado niega la temeridad y por el otro le impone las costas en base a denuncias nunca probadas y "tendientes a enlodar la aptitud materna" 3) Describe como conductas obstruccionistas, además de las ya mencionadas denuncias, el acompañar fotos de la vivienda de ambos progenitores para demostrar la distinta situación económica, el no cumplir con la cuota alimentaria (a la que resalta de manera destacada) y el enviar cartas inadecuadas a su hija.----------

------Previamente es necesario hacer algunas consideraciones.----------

------En primer lugar, y tal como lo tengo dicho es indispensable que la conducta reprochable se registre en el proceso en que se la pide y no fuera de él. En segundo lugar es necesario que la conducta reprochable se traduzca en el ejercicio de una pretensión procesal – ya sea activa, defensiva, recursiva, incidental etc.- En tercer lugar los jueces han de mantener un criterio restrictivo a la hora de aplicar sanciones "p*or cuanto si bien es necesario arbitrar los medios y establecer soluciones que permitan moralizar la tramitación del proceso, ello no puede significar que por el solo hecho de oponer defensas, tal extremo lleve indefectiblemente a que las partes y sus letrados sean sancionados, porque podría acarrear el peligro de ser vulnerada la garantía de la defensa en juicio" (CNECC, IV, 30/9/81 ED 115-483)* queda en claro que *"De todos modos, en caso de dudas, el juez debe inclinarse por la no aplicación de la sanción (CNCiv. A 9/12/76, LL 1977-A-247)*. ----------

------Conforme a lo dicho queda fuera de la calificación de temeridad y malicia, en un juicio sobre custodia de hijos, circunstancias como omitir cumplir el deber alimentario, enviar cartas inconvenientes a los hijos, emitir epítetos descalificantes

para con la madre etc. Pues en algunos casos serán conductas extraprocesales y en otros, aun cuando se emitan en un proceso, no traducirán el ejercicio de una pretensión. Aquí corresponde aclarar que no cualquier actitud indecorosa ha de ser calificada de temeraria o maliciosa sino solamente aquella que responda a tales conceptos.----------

------Resulta oportuno recordar ahora que temeridad es litigar conociendo o debiendo conocer la injusticia de lo que se pide. La actitud de un padre que se opone a que sus hijos queden bajo la custodia exclusiva de la madre no encuadra en tal conceptualización, aun cuando fundamente su pretensión en imputaciones graves, e incluso cuando no logre probar sus dichos. Malicia, por su parte, es la conducta de quien esgrime cuestiones con la sola finalidad de obstaculizar el proceso. Tampoco encuentro que la actitud del Sr. M. pueda ser calificada de tal. Aun cuando no hubiera podido acreditar las imputaciones que hizo, ello no alcanza para deducir que su única finalidad era obstaculizar el proceso, pues si así fuera todo litigante que pierde por deficiencia probatoria debería ser calificado de malicioso.----------

------Concluyo entonces en que aun cuando el comportamiento del Sr. M. pudiera haber sido calificado de indecoroso, inconveniente, vehemente etc. no configuró ni temeridad ni malicia.----------

------Tratamiento aparte merece la contradicción en que, según los recurrentes, habría incurrido la sentencia al rechazar la calificación de temeridad y malicia por un lado, e imponer las costas con un criterio subjetivo de la derrota, por el otro.-----

------No voy a analizar aquí la afirmación de la sentencia en el sentido de que las causas de familias resultan ajenas al criterio objetivo de la derrota pues no es ello *“thema decidendum”* de este recurso, sino simplemente advertir que una conducta puede ser susceptible de generar imposición de costas, desde un criterio subjetivo, sin que por ello revista gravedad suficiente como para ser calificada de maliciosa o temeraria. Dicho de otra forma no siempre que se impongan costas a una parte con criterio puede afirmarse que esa misma parte halla actuado maliciosa o temerariamente y no encuentro contradicción alguna pues estamos frente a distintos grados de reprochabilidad.----------

------3) Los honorarios regulados:----------

------El Ministerio de la Defensa Pública apela por bajos los honorarios regulados en la sentencia.----------

------Debo advertir que se trata de un proceso sin monto, por ello habremos de estar a las pautas contenidas en el art. 6º Dec. Ley 2.200, en consecuencias y atendiendo a la naturaleza y complejidad del asunto (inc. b); resultado obtenido (inc. c); mérito de la labor profesional (inc. d); así como también a los mínimos

contemplados en el art. 8º del arancel, los honorarios regulados en la anterior instancia resultan ajustados a derecho debiéndose rechazar el agravio tal como lo hace el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión.----------

------En cuanto a las costas voy a coincidir nuevamente con el Dr. Früchtenicht en que, no habiendo prosperado ambos recursos y no existiendo por lo mismo parte vencida las mismas, deben imponerse por su orden.----------

------A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. FRÜCHTENICHT DIJO:----------

------Por lo expuesto en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Pleno: **I.- CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia registrada bajo el Nro. 190 Tº II Fª 536/545 Año 2008 que luce a fs. 231/240; **II.- IMPONER** las costas de esta instancia en el orden causado; **III.- REGULAR** los honorarios de los Dres. R. M. y G. T. en la suma de $ 450.- y los Dr. J. A. S. en la suma de $ 340.- (arts. 6, 8 y 14 de la Ley 2200).----------

------ A LA MISMA CUESTIÓN EL DR. FLASS DIJO:----------

------Por lo expuesto en ocasión de votar la primer cuestión, voy a votar por: **I.- CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia registrada bajo el Nº 190, Tº II, Fº 536/545 Año 2008 que luce a fs. 231/240; **II.- IMPONER** las costas de esta instancia en el orden causado; **III.- REGULAR** los honorarios de los Drs. R. M. y G. T. en la suma de $450.- en forma conjunta y proporción de Ley y los del Dr. J. A. S. en la suma de $340.-, con más el IVA pertinente (art. 14 de la Ley 2.200).----------

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente: ----------

---------- S E N T E N C I A ----------

------ Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:*** ----------

------1°)**CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia registrada bajo el N° 190, T° II, F° 536/545, Año 2008, que luce a fs. 231/240.----------

------2°)**IMPONER** las costas de esta instancia en el orden causado.----------

------3°)**REGULAR** los honorarios de los Dres. R. M. y G. T. en la suma de $ 450.- en conjunto y proporción de Ley y los del Dr. J. A. S. en la suma de $340.-, con mas el IVA pertinente (art. 14 de la Ley 2.200).----------

------4°)**REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces del Tribunal, por vacancia de un cargo de Juez de Cámara y haberse alcanzado la mayoría (arts. 8 y 9 Ley 1.130 y 271 último párrafo del C.P.C. y C. texto según Ley 4.550).----------

JORGE LUIS FRÜCHTENICHT **GÜNTHER ENRIQUE FLASS**

REGISTRADA BAJO EL NRO. CANO DEL LIBRO SE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2009.- CONSTE.-

Norma O. Marrero
Secretaria