Esquel, de octubre de 2.010.-

------**VISTO:** ----------

------El recurso de apelación interpuesto subsidiariamente en el punto IX de fs. 24 vta./25 vta. del presente legajo de apelación, por la Dra. A. C. A., en representación del demandado Sr. D. J. C., contra la providencia simple, de fecha 4 de mayo de 2010, obrante a fs. 17 y vta., y que fuera concedido a fs. 32; y ----------

------**CONSIDERANDO**: ----------

------1. Que en el decreto recurrido y en su parte pertinente, la Sra. Juez de Familia dispone otorgar la custodia provisoria como medida cautelar de los niños M., D. y J. C. a su madre Sra. C,. F. D..-

------2. Que al concretar su disconformidad respecto a lo decidido, el apelante explicita que los hechos narrados por la actora no se ajustan a la realidad y describe lo que –a su entender–, sucedió, indicando que lo resuelto por la Sra. Juez de grado no se encuentra debidamente motivado, y describe aspectos que considera se debieron tener en cuenta al momento de disponer la custodia de sus hijos a favor de la madre de los niños y solicita que se revoque dicha medida (punto IV de fs. 24 vta./25 vta.).----------

------3. Que corrido el pertinente traslado respecto a los agravios, a fs. 27/28 y vta. la actora rebatió el mismo, recordando que se está recurriendo una medida cautelar, describe los presupuestos para su procedencia y menciona los alcances que éste tiene en el procedimiento. Asimismo detalla circunstancias que se desprenden de los informes del expediente de violencia familiar Nº 480/2009 que le permiten concluir que la medida adoptada por el *a quo* es la correcta, solicitando se rechace la revocatoria con apelación en subsidio y se impongan las costas al demandado.----------

------4.Que entrando en el estudio de la cuestión planteada, en primer lugar, aclaramos que este Cuerpo concibe al proceso cautelar como aquel que tiene por objeto una verdadera pretensión de tutela anticipada y provisional del derecho o en interés de las personas involucradas en el proceso –contencioso o extracontencioso–, diversa de la pretensión o petición definitiva que se discute en el mismo. Compartiendo la enseñanza del maestro Lino Enrique Palacio, entendemos *"... que se trata de un*

proceso que goza conceptualmente de autonomía, por su peculiar estructura, grado de conocimiento diferenciado y particular impuesto para la adopción de las medidas cautelares –a partir de una superficialidad que se distingue, en este aspecto, del conocimiento fragmentario y exhaustivo característico o propio de los procesos de ejecución y conocimiento, respectivamente y de los extracontenciosos-, y por la provisionalidad de sus resoluciones".- (conf. *"Derecho Procesal Civil"* de Lino Enrique Palacio Edit. Abeledo Perrot, Tomo VIII, pág. 18).----------Que, aclarado ello, entendemos que de los agravios del demandado no se desprende que en este caso existan causas que hagan necesaria una modificación en la tenencia que la actora detenta, pues si bien es cierto que la situación que se plantea -por la radicación de la actora en otra ciudad- no es la ideal, no es menos cierto que un cambio de tenencia en las actuales circunstancias en nada beneficiará a los niños, toda vez que ello significará apartarlos de su madre, con la cual han vivido desde hace varios meses (D. desde fines del año pasado y M. y J. desde el comienzo del presente ciclo escolar) y del medio en el que se han desarrollado últimamente, en el que se han insertado escolar y socialmente, manifestando agrado y alegría en la audiencia celebrada en esta Alzada (fs. 48).----------

----------Que, en definitiva se trata de preservar la estabilidad de los niños para posibilitarles un desarrollo armónico de su personalidad, sin grandes cambios que puedan resultarles nocivos, es decir, conservar su *status quo*.----------Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia quien ha dicho al respecto: *"Cierto es que en materia de tenencia de hijos debe prevalecer, como factor decisivo de toda determinación al respecto, el interés de los menores, su conveniencia moral y material, sobre cualquier otra circunstancia que pueda ocurrir en cada caso, sin perjuicio (claro está) de que se contemplen los intereses y afectos de los padres, en cuanto no se opongan al de los hijos. Todas las orientaciones más modernas en materia de familia, convencidas de la necesidad de privilegiar el vínculo de los niños con ambos padres, señalan que el progenitor más apto para ejercitar la custodia de los hijos -léase tenencia- es aquél que más facilitará la vinculación con el otro padre."* (L. 22268/96, autos: "B. Mariano c/B. Graciela s/ Tenencia de hijos" - CNCIV - SALA B – Sentencia de fecha

09/08/2001).----------
------Que asimismo ha señalado que *“ … En cuanto a las pautas a tener en cuenta para definir la tenencia de un hijo, pueden señalarse entre otras: el principio de mantenimiento de la situación existente, la improcedencia de innovar sobre estados de hecho consolidados de alguna manera por diversos motivos respecto a la tenencia, salvo razones de real importancia; la preservación de la convivencia con los hermanos; la incidencia de factores económicos; la edad, el cumplimiento de las obligaciones por el progenitor no ejercitante, la opinión del Ministerio Público; la opinión del menor; el necesario informe del equipo interdisciplinario* (Lloveras, Nora, *“Tenencia de Menores en “Enciclopedia de Derecho de Familia*”, director Lagomarsino y Salerno, Edit. Universidad, Buenos Aires, año 1994, Tº III, pág. 749).----------
------Que, por aplicación de estos principios, nuestros tribunales han resuelto que *“ … planteada la necesidad de decidir el otorgamiento de la tenencia a uno de los progenitores, debe buscarse aquello que en ese momento particular, les permita a los hijos lograr la mejor orientación o formación posible que los habilite para una preparación para su vida, teniendo en cuenta que dado el fracaso del matrimonio, no es factible que crezcan bajo el mismo techo junto con sus dos progenitores.”* (conf. C.N.Civ., Sala G, L. 40643 en *“M., P.R. c/ V. De M., P. S/ divorcio”* y en Expte. Nº 231081 - *"Cazayous, Marta Etel y otros c/ Della Santina, Héctor Oscar s/ Tenencia de hijos"* CNCIV - Sala H - 11/02/1998).----------
------Que, así ello, y en función del contacto personal que se ha tenido en la audiencia llevada a cabo con el grupo familiar (fs. 48) en la cual las partes se expresaron al respecto, donde se ha escuchado a los niños, al licenciado D. S. del Equipo Técnico Interdisciplinario y al Sr. Asesor de Familia e Incapaces Dr. H. S., quien asimismo se expidió en la vista que contestara a fs.48 vta., este Cuerpo entiende que lo resuelto por la Sra. Juez de primera instancia se encuentra ajustado a derecho, por lo que debe confirmarse la providencia simple atacada.----------Que corresponde imponer las costas de esta Instancia al demandado en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCC), y regular los honorarios de los abogados de la Defensa Pública, Dres. Alba María Rechene y Pablo Moyano, en conjunto y proporción de ley en la suma de $ 300 (pesos

trescientos) por la labor desarrollada en esta Alzada y establecer para la Dra. A. C. A. la suma de $ 150 (pesos ciento cincuenta), con más el IVA que pudiere corresponder (art. 13 Ley XIII Nº 4 DJP).----------

------Por ello, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ---

---------- **R E S U E L V E** ----------

------1º)**CONFIRMAR,** en cuanto ha sido materia de recurso la providencia simple, de fecha 4 de mayo de 2010, obrante a fs. 17 y vta., por las consideraciones expuestas precedentemente.----------

------2º)**COSTAS** de esta Alzada al demandado (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. Alba Rechene y Pablo Moyano, en conjunto y proporción de ley en la suma de $ 300 (pesos trescientos) por la labor desarrollada en esta Alzada y a Dra. A. C. A. en la suma de $ 150 (pesos ciento cincuenta), con más el IVA que pudiere corresponder (art. 13 Ley XIII Nº 4 DJP).----------

------3º)**REGISTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente resolución es dictada por dos Jueces de Cámara por encontrarse de licencia el Dr. Claudio Alejandro Petris y haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V Nº 17).----------

GÜNTHER ENRIQUE FLASS **JORGE LUIS FRÜCHTENICHT**

REGISTRADA BAJO EL Nº CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS AÑO 2010. CONSTE.-