--- En la ciudad de Trelew, a los días de julio del año dos mil once, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y presencia de los Sr. Jueces del Cuerpo Dres. Carlos Dante Ferrari y Marcelo J. López Mesa, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“D. S., A. L. c/ C., H. E. s/ Custodia” (Expte. Nº 12 –año 2011 CAT.**) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿ se ajusta a derecho la disposición recurrida? y, SEGUNDA: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 169.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN,** dijo el Dr. Carlos D. Ferrari: ----------

--- **I.** La sentencia definitiva dictada a fs. 122/124 vta. hizo lugar a la demanda entablada y rechazó la reconvención opuesta, acordando la custodia de la menor C. B. C. a la madre, Sra. A. L. D. S.----------

--- **II.** Para formar su decisión en tal sentido, la sentenciante tuvo en consideración los informes del Equipo Técnico Interdisciplinario producidos a fs. 45/vta., 96/vta. (refoliado y 114/vta. (refoliado), así como la audiencia mantenida con la menor y el Sr. Asesor (fs. 86) y demás probanzas obrantes en la causa. Como corolario del examen de dichos elementos consideró la juzgadora, en síntesis, que: a) C. no se encontraba en condiciones emocionales de decidir con quién vivir, decisión que debería ser aportada por los padres; b) que el padre evidencia rigidez, ya que sus criterios de crianza están enmarcados dentro de su práctica religiosa y de su familia de origen; c) que las profesionales expresan que la Sra. D. S. presenta un proyecto de vida que contempla los vínculos básicos de la niña, tiene en cuenta las necesidades evolutivas de la misma y presenta una actitud reflexiva en cuanto a la presentación de C. en el juzgado. Por todo ello concluyó que debía acordarse la custodia de la niña a la madre, con un amplio régimen de comunicación a favor del progenitor y de la familia paterna.----------
---

--- **III.** El fallo es apelado por el padre a través de la pieza recursiva glosada a fs. 136/147 vta., en la que expresa los motivos de agravio que reseñaré seguidamente.-----

--- En primer lugar, señala que la juzgadora, sin haber realizado un exhaustivo análisis de las pruebas colectadas en autos ha llegado a una conclusión errónea respecto de cuál de los progenitores es más idóneo para ejercer la custodia de C. B., no respetando asimismo el interés superior de la niña al tergiversar sus dichos y tomarlos en sentido inverso a lo que manifestara en las entrevistas que tuviera con ella, y sin analizar en detalle la conducta y actitudes asumida por la señora D. S. tanto en el transcurso del proceso como sería el domicilio al que pretende mudarse. Agrega que la sentenciante se basa en citas jurisprudenciales que no guardan relación de fundamentación directa con el comportamiento de las partes, la realidad de los hechos, el interés superior del niño, con una visión muy amplia y genérica y según lo que surge de la lectura del fallo recurrido, fundamentalmente en los informes que produjo el Equipo Técnico

Interdisciplinario, a saber: ""En el informe del Equipo Técnico Interdisciplinario obrante a fs. 45 que se elaboró en base a entrevista mantenida con C. y el Sr. C., éste expresa que la relación conyugal fue históricamente conflictiva, que nunca lograron conformar un proyecto familiar en común y la diferencia de principios religiosos surge como un factor preponderante. Describe a la Sra. D. S. como poco tolerante, fácilmente irritable, destacándola como una buena madre. Asimismo las profesionales intervinientes manifiestan que se observa en C. mecanismos de defensa como negación y evitación del conflicto." Del escueto informe agregado –añade– surge que se tuvieron dos entrevistas con esta parte y una con C. Relatan lo que supuestamente fue diciendo el apelante con relación a la vida matrimonial, y lo resumen en sólo algunos regiones donde no queda plasmado lo que realmente se dijo durante toda la entrevista, sino algunos aspectos que toman en forma selectiva, haciendo hincapié en que nunca se logró conformar un proyecto familiar común y donde los principios religiosos surgen como un factor preponderante. Se pregunta de dónde surge tal aseveración, expresando de inmediato que si realmente hubieran existido principios religiosos tan preponderantes, no se hubiera podido sostener un matrimonio durante tantos años. Hace notar que su parte tuvo que tener la serenidad y tranquilidad para evitar las discusiones, lo que no quiere decir que sea una manera de escapar del problema, afirmando que, por el contrario, siempre trató de remediarlos, pero ello no fue posible porque la actora nunca pretendió ni quiso solucionarlos. Asevera que no es que tenga una sensación de impotencia y de sobreprotección hacia C. (lo que por otro lado se contrapone con el informe del Equipo Técnico Interdisciplinario de fecha 23 de noviembre de 2010, donde dice que evidenció mayor rigidez en los criterios de crianza por cuestiones religiosas) sino que frente a la situación real, al no poder llevar adelante una vida familiar, lo que intentó el recurrente fue proteger a su hija, pero no a sobreprotegerla, haciendo notar además que se trata de una adolescente de 13 años, edad en la cual ya tiene ideas, razonamientos y conductas propias.---------- Luego, respecto de C., se le reconoció que tiene actividades y criterios propios a su edad, y que mantiene buena relación con ambos padres. Según manifiestan las profesionales en dicho informe, hay un mayor acompañamiento paterno e integración a su grupo familiar de origen. También informan que tiene asidua comunicación con su madre lo cual –aduce– demuestra que su parte nunca ha obstaculizado el contacto de la hija con su madre y la familia de ésta, consolidando así una relación que carece de rigidez y que contempla asimismo mantener intacto el vínculo con su madre y su familia) y que desea que su madre se quedara en la zona para tener un contacto más estrecho. Hace notar luego que del informe no surge que el deseo de C. sea irse de la zona; todo lo contrario –enfatiza– el

deseo de la niña es que su madre no se vaya, o sea que siempre C. cuando estuvo frente al ETI ó a la Jueza y al Asesor de Familia manifestó su deseo e intención de no irse de Trelew, lugar donde ha vivido toda su vida y donde tiene no sólo al grupo familiar, sino a sus amistades, compañeros, que forman parte de la red social en la cual se ha movido siempre C.---------- Expresa luego que de conformidad con lo previsto en el art. 30 "f" de la ley 26.061, el centro de vida del niño es el lugar donde hubiese transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia y, constituye una derivación concreta de su interés superior. Destaca que una niña de 13 años de edad y que desde su nacimiento ha desarrollado su sociabilización en la ciudad de Trelew, ya se encuentra integrada al medio social, y su vida de relación y su educación se desarrollaban con normalidad en esta ciudad, por lo que hace al interés superior de la niña evitar el desarraigo abrupto; que la niña ya se encuentra integrada en su medio social, su vida de relación y su educación se desarrollan con normalidad en esta ciudad. Agrega que desde la óptica del principio de continuidad afectiva, espacial y social de la infancia, autores contemporáneos nos previenen acerca de que un cambio de residencia puede representar una injerencia arbitraria en la vida privada del hijo, vedada por la CDN (arts. 2.2.,12.1 y 16.1). Afirma que no surge con claridad ni nitidez cual puede ser la conveniencia para la niña el vivir en una ciudad extraña, lejos de su lugar de origen, dejando no sólo a su padre, sino también su colegio, sus amigos, sus afectos. Lo expuesto –añade– se relaciona con la vinculación afectiva de la niña, que es una necesidad básica, por lo que el juzgador deberá preguntarse si hay motivos de importancia para hacer lugar a un cambio de residencia que implique semejante desarraigo; o lo que es lo mismo, qué beneficio representaría para la niña la vida en la ciudad de 25 de Mayo con su madre; por ello –argumenta– será la madre quien deba justificar porque alterar el statu-quo sería beneficioso para la niña, puntualizando que debe evitarse que al trauma provocado por la desintegración familiar producida por el divorcio, se adune el daño a la salud psicológica que resulta de esta nueva alteración de su régimen de vida.----------

--- Reseña a continuación las incidencias del caso, para luego afirmar que la madre priorizó en forma egoísta irse de Trelew, cumplir (según ella misma lo manifiesta) tanto con su proyecto personal como profesional, prefiriendo dejar todo e irse; que luego pretende volver y recuperar a su hija, y como premio a su conducta desaprensiva respecto de los intereses e ilusiones de la niña obtener la custodia, con ello la convivencia, llevándola lejos de su centro de vida y produciéndole un seguro desarraigo, ya sea desde lo familiar como lo desde lo social, sin importarle si la menor estaba dispuesta a pagar ese precio como consecuencia de conductas que no se le pueden imputar.----------

--- Alude más tarde a las entrevistas e informes del ETI, repasa los hechos sucedidos y aduce seguidamente que la presentación espontánea de C. ante el juzgado no significa un conflicto de lealtades, sino la necesidad de poder expresar claramente lo que desea,

es decir que se tenga en cuenta el real interés del niño que tanto se pregona en toda la sentencia pero que no se aplica de acuerdo a lo que la doctrina entiende. Objeta los cuestionamientos a su parte, señalando que en realidad no se entiende cómo por un lado se puede ser sobreprotector y permisivo en la crianza de C., y por el otro ser tildado a la vez por el mismo Equipo Técnico Interdisciplinario de una mayor rigidez, informada por las integrantes del Equipo actuante (ello con suficiencia de conocimientos) atribuyendo tal rigidez a los criterios de crianza del apelante, por estar enmarcados en su práctica religiosa (práctica que por otro lado nunca obligó ni sugirió a C. profesar). Se pregunta cómo es posible que C. en la primera entrevista realizada, para el Equipo Técnico Interdisciplinario (30 de marzo de 2010) no necesitaba tratamiento psicológico alguno, y meses más tarde (el 23 de noviembre del mismo año) aconsejan necesario que C. inicie un tratamiento psicológico. Hace notar que la jueza de grado no analiza todas las pruebas aportadas; que a fs. 110 se encuentra glosado el informe de la escuela N. A. a la que concurre C., del mismo surge que es llevada y retirada por su padre, que se relaciona tanto con sus compañeros, como con los docentes y directivos en forma excelente, teniendo idéntico comportamiento, que se conduce con amabilidad, respeto y simpatía, que es una alumna responsable y dedicada al cumplimiento de sus obligaciones y su boletín (fs. 109) tiene como notas solamente 8, 9 y 10, el cual es un panorama totalmente diferente al que presentó al actora con el informe de la Escuela N° 85 (fs.04), cuando C. vivía con ambos padres.----------

--- Tras cuestionar las conclusiones del Equipo Técnico Interdisciplinario, afirma que el mismo no ha llevado a cabo su tarea con la seriedad y complejidad que debió hacerlo, efectuando un examen pobre, con total ligereza y sin haber recabado una perfecta información; razón por la cual –dice– se entiende que las conclusiones son las respuestas específicas de los expertos relativas a las cuestiones sometidas a su consideración, pero es claro que como el Equipo Técnico interdisciplinario no es un oráculo, las conclusiones a que se arribe en el dictamen deben ser motivadas y fundadas. Asevera que desde el punto de vista técnico, es imposible obtener la conclusión a la que se arriba sin parámetros comparativos previos que pudieran hacer observar un acabado cuadro de análisis.----------

--- Luego de citar doctrina, hace hincapié en que de nada serviría que la Convención enumere y garantice los derechos del niño y luego, por medio de una supuesta "cláusula abierta" –el interés superior del niño–, le diera la posibilidad al intérprete de decidir independientemente y omitiendo tales derechos. Así aplicado dicho principio –afirma– no tendría sentido, pues, la Convención no habría sido necesaria, ya que por medio de la misma podría evadirse el cumplimento de todos y cada uno de los derechos

allí señalados, en mérito de este principio. O bien, habría sido suficiente una sola norma en la Convención que dijera que el intérprete puede, en cada caso, resolver conforme su voluntad, en aplicación del interés superior del niño. El art. 30 de la CDN –expresa– sería una suerte de cláusula de evasión de los derechos y garantías consagrados. En consecuencia, el interés superior del niño no puede ni debe significar, en el contexto de la Convención, una interpretación libre, sino que la misma debe estar enmarcada en su justos alcances y sentido, cual es el cumplimiento de los derechos y garantías del niño.-

--- Por todo ello, sostiene que la sentencia deberá estar motivada en dichos derechos y garantías, debiendo destacarse cuáles derechos del niño han entrado en conflicto y por qué prevalece, en la especie, uno sobre otro.----------

--- Recuerda que específicamente, la ley 26.061, en su art. 3°, señala las siguientes pautas que deberán observarse: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derechos de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respecto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Hace notar que esas pautas, en la economía general del principio en cuestión, representan el contenido de los derechos y garantías del niños, brindando un perfil delimitado y no abierto al interés superior del niño; todo ello, en protección de los derechos y garantías reconocidas por el ordenamiento jurídico.----------

--- Desarrolla luego extensas consideraciones acerca de los criterios y pautas a tener en cuenta para la atribución y/o cambio de custodia de los hijos en caso de divorcio o separación personal, citando doctrina y jurisprudencia en abono de su postura. Expresa más tarde que la mamá de C. no garantiza casa propia ni manutención y contención de la hija, que la vivienda presentada como de su propiedad se trata de una donación con reserva de usufructo a favor de su madre, motivo por el cual mantiene una relación de discordia con ella y su hermana. Relata que, de hecho, la actora le ha prohibido a C. que se comunique con su abuela y tía materna. A ello se suma –añade– que no cuenta con un ingreso laboral estable ni con una estructura familiar mínima que den garantías de que le menor sea correctamente contenida, a más de 1.500 km de distancia de su ciudad de origen, donde se crió hasta ahora.----------

--- Concluyendo –afirma– la Convención sobre los Derechos del Niño, establece justamente el derecho de los hijos a gozar de una vida familiar equilibrada después de la separación de los padres. Por eso, es una contradicción avalar un proyecto de vida que esté basado en el desarraigo, dado que C. nació y creció en Trelew, desarrollando sus afectos con sus padres, tíos, primos, abuelos, compañeros y amigos, ello sumado a el temor a lo desconocido. Agrega que la contención, afecto y unión que brinda la

familia paterna está siendo descalificada, junto a su capacidad como padre, por una apreciación cuando menos poco razonada de las pruebas y por una valoración tendenciosa sobre los valores de crianza que le brinda a su hija, los cuales considera adecuados para su desarrollo evolutivo.----------

--- Por todo ello, solicito a esta Cámara se revoque la resolución atacada y, por ende, se falle la custodia de la menor C. B. C., a favor del apelante, con expresa imposición de costas.----------

--- **IV.** El traslado es respondido por la actora a fs. 149/151 vta., quien denuncia además como hecho nuevo la promoción de una medida cautelar posterior al dictado de la sentencia, causa que posteriormente fue solicitada al juzgado de origen como medida para mejor proveer y agregada a estos actuados, según constancias de fs. 165.----------

--- **V.** El 16/05/2011 se llevó a cabo en esta sede la audiencia señalada por el art. 130 de la Ley III N° 21 –de lo que da cuenta el acta glosada a fs. 160–, oportunidad en la que el Tribunal tuvo adecuada ocasión de tomar contacto con los litigantes y oír asimismo extensamente a la menor a solas, con la presencia de la letrada adjunta de la Asesoría de Familia e Incapaces de Rawson, Dra. S. G. G., tras lo cual estos autos fueron puestos a sentencia.---------- **VI.** En el abordaje de esta delicada cuestión, estimo necesario expresar que el contacto personal con las partes y, muy especialmente, con C., me han permitido arribar a un convencimiento cabal acerca de la solución que se avizora como más apropiada para la menor en esta etapa de su vida.---------- Como ya he tenido oportunidad de expresarlo en otros precedentes (Expte. 220/2009 – S.D.C. N° 56/09; entre otros), oír a los menores con el fin de conocer su opinión acerca de temas que les son tan propios y con directa repercusión sobre su vida cotidiana, aun sin llegar a erigirse en un factor concluyente para decidir el caso, aquilata indudable importancia y de ningún modo podría soslayarse dentro del marco probatorio, atendiendo razonablemente al grado de madurez y desarrollo propios de la edad de los niños. Esta facultad judicial, prevista en el art. 264 ter, segundo párrafo, Código Civil y en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, suele ser una herramienta valiosísima para dilucidar los hechos controvertidos, y en el caso, el resultado de la entrevista mantenida con la niña, en la que ella puso de manifiesto sus sentimientos acerca de este tópico, refuerza mi convicción acerca de la necesidad de evitarle trastornos innecesarios y asegurarle tranquilidad espiritual, manteniéndola junto al padre en el que fuera el hogar familiar hasta el momento de la ruptura de la pareja.---------- En la entrevista con C. quedó de manifiesto su notable madurez emocional y, al propio tiempo, el impacto que pesaba sobre su conciencia al sentirse en la disyuntiva de expresar una opinión que, de manera directa o indirecta, pudiera inclinar la balanza en

el conflicto sobre la custodia que mantienen sus progenitores. El tribunal se esforzó, por tanto, en hacerle saber que de ningún modo se le requería una manifestación a favor de los intereses de uno u otra, sino que se trataba simplemente de conocer más detalles acerca de su vida cotidiana, sus actividades e intereses, sus relaciones familiares y sociales y demás aspectos que pudieran enriquecer el cuadro informativo necesario para conocimiento del tribunal, en miras a adoptar una decisión acerca de su futuro inmediato. En ese marco, C. adoptó entonces una actitud franca, abierta, expresándose con mucha convicción y notable soltura. Lo hizo además de una manera que evidenciaba su plena libertad de criterio, sin que asomara en ningún momento el menor atisbo de alguna hipotética influencia o presión al respecto por parte de sus padres.----------

--- Así las cosas, debo decir que, en lo personal, no me asalta ninguna duda al afirmar que en la etapa actual, la menor se encuentra muy contenida bajo la custodia de su padre; que goza mucho de la compañía de sus abuelos paternos, que tiene una vida social feliz y un desempeño escolar excelente. También está claro que ama a su madre, pero la perspectiva de tener que alejarse de la zona la provoca mucha angustia, por sentirse muy arraigada a la zona, donde tiene sus amistades y desarrolla todas sus actividades.---- Este último factor, a mi criterio, es decisivo para laudar el caso que nos ocupa. Ya en otros precedentes análogos he expresado la importancia que representa para el desarrollo pleno de la personalidad de un menor, así como desde el punto de vista afectivo, tener en consideración lo que se ha dado en llamar su “centro de vida”. El art. 3 de la ley 26.061 al respecto dispone que "A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: ... f. Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.” Como puede advertirse, la disposición legal impone al juez en forma expresa el deber de respetar este factor, y que a mi juicio no ha sido debidamente tenida en cuenta por la sentenciante de primera instancia en el caso que aquí nos ocupa. En la misma línea interpretativa y atendiendo a un criterio basado en estas premisas, la jurisprudencia ha sostenido: “Dado que el entorno de un menor consiste en su vida familiar, escolar y social, y cualquier modificación a este sistema exige una readaptación por parte del niño, la nueva situación debe ser mejor o igual a la anterior, a efectos de evitar que se vea perjudicado” (conf. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata,

sala II • 09/06/2005 • G.L.E. c. C.M • LLBA 2006, 1021, con nota de Susana Beatriz Antelo; Leonardo Pérez Hegi - DJ 15/11/2006, 774, con nota de Susana Beatriz Antelo; Leonardo Pérez Hegi – conf. mi voto en Expte. 22828 – S.D.C. 22/08).----------

--- En la especie, ha quedado en claro que la anunciada determinación de la madre –según ella misma lo expresara en la audiencia celebrada en esta sede (ver acta, fs. 160– es retornar a la localidad de 25 de Mayo, provincia del Buenos Aires, de la cual ella es originaria y donde piensa desarrollar su actividad como maestra recuperadora. En tales circunstancias, no cabe duda que, de materializarse dicho traslado en compañía de la hija menor, ello vendría a contrariar los expresos deseos de la niña, quien desea fervientemente permanecer en la ciudad de Trelew. En vista de la edad de C. –13 años– considero que esta preferencia, expresada por ella con visible y fervorosa sinceridad, no puede ser desoída. Pesaría sobre la conciencia del suscripto obrar en contradicción con un deseo que se aprecia comprensible, legítimo, manifestado por ella, además, aun con la desgarradora conciencia de que esa opción la alejará –al menos transitoriamente– de su madre.---------- Por lo demás, los informes producidos en la causa y demás elementos probatorios me llevan a concluir que la niña se siente muy bien en su actual entorno, que no sufre ningún tipo de presión o influencia negativa por parte de su padre ni de sus abuelos, y que ha manifestado sus sentimientos en esta sede tribunalicia con libertad de criterio y una apreciable sinceridad.----------

VII. A mérito de los fundamentos expuestos, propondré por tanto la revocación del decisorio apelado, a fin de rechazar la demanda entablada y hacer lugar a la reconvención deducida, otorgando la custodia de la menor C. B. C. a su padre, el Sr. H. E. C. II) Dada la naturaleza de la cuestión planteada, propongo mantener las costas de primera instancia e imponer asimismo las de alzada en el orden causado (conf. art. 69, segundo párrafo –antes 68– del C.P.C.C.; texto según Ley XIII N° 5; su doctrina). III) Finalmente propicio fijar los honorarios de los letrados actuantes en esta sede en atención a la calidad, eficacia, complejidad de las tareas cumplidas y los resultados respectivamente obtenidos (arts. 5, 13, 29, 46 y conc., Ley XIII Nº 4), como sigue: a) para la Dra. H. T., en la suma de $ 700.- y b) para el Sr. Defensor Público patrocinante de la actora, Dr. R. E. N., en la suma de $ 500.- (art. 59, Ley V - Nº 90)---------- ---------- Voto entonces a esta cuestión por la NEGATIVA.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN,** el Señor Juez de Cámara, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ----------

--- Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el distinguido colega de primer voto, motivo por el cual no abundaré en ellas, dando por reproducidos

aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Ferrari. Me concretaré, para el sustento individual de mi voto, a analizar los aspectos relevantes traídos a revisión de esta Sala.----------

--- Ingresando al análisis de tales cuestiones, es dable dejar sentado que esta causa no puede ser fallada como si se tratara de un asunto de derecho privado patrimonial, un problema de imputación de pagos parciales por ejemplo, basándose en las frías constancias documentales obrantes en la litis, sino que ellas deben ser analizadas a la luz de las percepciones directas que los jueces de esta Sala tuvieron de las partes de autos y de la niña, hija de ambos, durante la audiencia respectiva que con ellos tuvieran.----------

--- Desde mi llegada a esta Sala exhorté a mis colegas a hacer de la audiencia de vista que prevé el procedimiento especial de familia (ex ley 4347) una oportunidad para salir del ritualismo curialesco y avanzar en una nueva dimensión de la justicia de familia, más cercana la realidad de las partes. La comprensión de mi propuesta por mis dos colegas de sala alumbró un nuevo procedimiento familiar, que seguimos desde entonces, con resultados notables: la disminución de la conflictividad y virulencia de muchos procesos y una mayor tasa de conciliaciones en otros, en que pudimos entre todos, jueces y partes, correr el eje del conflicto desde los rencores y cuitas del pasado hacia el norte de la sustentabilidad de un acuerdo que baje los decibeles del conflicto y proteja a las personas en conflicto de los sinsabores de permanecer en el enfrentamiento permanente, que cobra altos precios en salud y tranquilidad de espíritu a los litigantes encarnizados y, peor aún, a sus familiares más cercanos.----------

--- La práctica fructífera que hemos tenido en esta Sala desde hace años con las audiencias de familia, que han develado en su transcurso datos gravitantes para su correcta resolución, los que las constancias de autos no mostraban o que estaban ensordinados entre frases dichas al pasar de un testigo o afirmaciones sueltas de las partes, que luego según reconocimientos o afirmaciones de las audiencias tomaban otro color o un nuevo significado.----------

--- Siempre he pensado que la audiencia de vista de causa, aún con los contornos que dotó a la audiencia prevista en el proceso familiar el legislador provincial, era una oportunidad invalorable para que los jueces tomaran contacto con las partes, haciendo de la vista algo más que un soso formalismo a cumplir para aquietar la conciencia de legisladores y jueces. Es, fundamentalmente, una ocasión preciosa para que los justiciables tomaran contacto con sus jueces, esto es, con las concretas personas de carne y hueso que habrían de resolver sus diferendos, aventando prejuicios, preconceptos y hasta mitos urbanos. Pensé siempre que la población, lo que en tribunales en un lenguaje alambicado y críptico para sus destinatarios se denomina “justiciables”, tenían que tener su “día en el foro”, es decir un día en que tuvieran la percepción personal de que el Poder Judicial es mucho más que un conjunto de mostradores ciegos, altos y de difícil acceso. Un día en que cara a cara con sus jueces

pudieran decirles y decirse cosas que muchos de ellos tenían guardadas en lo más recóndito de su alma y no habían podido expresar nunca; ello, aún con el riesgo de algún exceso verbal producto del momento o de las experiencias pasadas. La vida nos ha enseñado que los problemas entre las personas muchas veces derivan de la mala comunicación o de los malentendidos; que una palabra es mejor que el silencio, cuando de construir puentes comunicacionales se trata y que cuando el manto de silencio es más espeso y las partes pierden la capacidad de relacionarse directamente, mediatizando su relación a través de abogados, el conflicto suele escalar, en vez de solucionarse.----------

--- Hemos escuchado a esas personas que han venido a las audiencias y hemos aprendido de ellas. En vez de adoptar una actitud admonitoria o reprensiva, optamos los tres jueces de la sala por aplicar herramientas comunicacionales y reemplazar la orden por la sugerencia, la advertencia por la motivación. Nobleza obliga a reconocer la notable capacidad de comunicación del distinguido juez que me precede en el voto, Dr. Carlos D. Ferrari, en lo que a comunicación con los menores comporta, por lo que suele ocuparse él de llevar adelante la charla con ellos.----------

--- Y muchas veces nos ha pasado que personas que llegaban a la audiencia, incluso con una postura corporal endurecida, crispada, luego de poder expresarse –*con la contención y la tranquilidad que da el marco de una audiencia procesal llevada por jueces con oficio y experiencia*-, se abrían para dar paso a una posibilidad de acercamiento o un compás de espera, que luego pudiera dar paso a una conciliación, sea ella parcial o total, la que en muchas ocasiones hemos obtenido.----------

--- En resumen, la audiencia de familia que hemos adaptado un tanto a nuestro propio criterio le ha dado a esta Sala, que me honro de integrar, un resultado fantástico. Pero si cabe decir ello en general, mucho más ocurre en este caso, en que encontramos en el trato con las partes en conflicto en autos y con la menor C. la mejor solución al problema humano encorsetado en estos papeles, sin que ello implique embarcarse en una actitud al estilo escuela del derecho libre, ni cometer herejías jurídicas, claro.---------

--- Más aún, la menor cuya custodia se disputa en autos, luego de terminada la audiencia pidió hablar con los tres jueces nuevamente, lo que nos causó cierta sorpresa, y cuando la recibimos, nos dijo con las buenas maneras y gran soltura y educación que tiene esta niña, que nos agradecía, porque durante el conflicto de sus padres había siempre tenido ganas de hablar con alguien de su situación y sus vivencias y no había encontrado la persona o el momento y que sentía que durante su comunicación con nosotros tres se había podido expresar y se sentía aliviada de una carga que llevaba hacía largo tiempo.----------

--- Creo, y coincidirá el distinguido colega de primer voto conmigo, que cuando los diversos sinsabores que a veces la tarea judicial trae aparejada lamentablemente, dan paso a momentos de esta clase e intensidad como el que vivimos con C. en “su día en el foro”, uno siente que la función que desarrollamos tiene un destinatario concreto, que uno puede mirar a los ojos a una niña con la limpieza de alma de quien hace todo lo que puede y lo mejor que puede y que orienta sus decisiones a lo que en su buena conciencia cree lo mejor. Y esa es la mejor retribución que puede tener un juez.----------

--- Pues bien, en esta causa hemos asistido a la audiencia establecida por el art. 130, Ley III, Nº 21, ex Ley 4347, nos hemos tomado el tiempo para escuchar extensamente a los padres, a sus abogados, a los abogados de los ministerios públicos y a la niña, cuya vida podemos ayudar o afectar con la decisión que tomemos aquí, lo que nos obliga a ser muy concientes de lo que está en juego y las consecuencias de lo que se decida y prestar especial atención a su interés superior, por sobre cualquier otra consideración.--

--- En mi voto de la causa "V., R. O. c/ R., A. C. s/ Tenencia" (cfr. Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, 15/12/2009, (Expte. 220 - Año 2009 CANE) ya he dejado sentado que soy de la opinión de que el derecho del menor a ser oído es bastante más que un mero formalismo. La cuestión se encuentra regida por diversas normas; entre ellas, la Convención de los derechos del niño (art. 12), los arts. 3 y 24 de la Ley 26061 y el art. 185 de la Ley provincial 4347.----------

--- El art. 24 de la Ley nacional 26061 establece que "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: ----------

--- a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;----------

--- b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.----

--- Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo".----------

--- A tenor de esta norma queda claro que resulta valioso oír al menor, teniendo en cuenta su edad, en el proceso judicial que lo afecta personalmente; ello, claro, sin que dicha opinión se constituya en el fundamento de la sentencia (C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 08/07/2002 -C., M. A. v. C., M. A.) JA 2003-I-661).----------

--- Bien se ha dicho que la voluntad del menor, libremente expresada en entrevistas desarrolladas sin la presencia de sus progenitores y con la asistencia de la Asesora de Familia e Incapaces, reviste particular importancia para la decisión del Tribunal, quien debe garantizarle a aquél, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez (C. Nac. Civ., sala K, 29/11/1995 -M. de C., S. E. v. S. de S., R. N. s/ régimen de visitas) JA 1999-IV-síntesis, RDF 1998-12-222).----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

--- Y en un voto anterior de mi autoría (cfr. mi voto, en sentencia de esta Sala del 18/9/08 in re "S., L. M. c/ L., E. G. s/ Solicita autorización" – Expte. 22828 – Año 2008" (Expte. Nº 22.828 - año: 2008), sostuve que la Convención de los derechos del niño, que establece el derecho de éstos a ser oídos y su recepción en el art. 3 y cctes. de la ley 26061, pueden juzgarse utilizando una aguda expresión del Prof. Yves BENHAMOU quien dijera que "Este instrumento internacional no hace más que poner en ejercicio en su art. 12, premisas de una nueva ciudadanía, el derecho de expresión del niño quién ahora cada vez que es dotado de un discernimiento suficiente debe ser oído, entendido y defendido en todos los procedimientos contenciosos o administrativos que le conciernan" (BENHAMOU, Yves, « Réflexions en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant », en Recueil Dalloz 1993, sec. Chroniques, p. 103).----------

--- El derecho del menor a ser oído no debe llevarse a extremos inconvenientes, como sería tornar a ese solo elemento en el único factor dirimente de disputas que los involucren. No se trata de establecer en el proceso de familia una dictadura del menor, ni la supremacía absoluta de la voluntad de éste. Pero, en aquellas ocasiones en que se aprecia en el menor a un ser juicioso, bien plantado, cuyo juicio no aparece como manipulado o inducido, debe tenerse en cuenta su preferencia, máxime cuando objetivamente aparece ella como la solución más conveniente a sus intereses (cfr. Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, 15/12/2009, "V., R. O. c/ R., A. C. s/ Tenencia" (Expte. 220 - Año 2009 CANE).----------

--- Y en ese tren, la comunicación con C., muy especialmente, ha permitido forjar un clarísimo panorama de por qué coordenadas transita la mejor solución de la causa y el interés superior de la menor, al menos en lo que a esta etapa de su vida se refiere.---

--- Bien ha puntualizado el Dr. Ferrari en su voto que en la entrevista personal con C., la niña se expresó con convicción, libertad de criterio y soltura, haciendo gala de un juicio propio sobre lo que ella deseaba y lo que entendía era lo mejor para ella.----

--- La niña nos contó diversas circunstancias de su vida actual, su escolaridad, sus amistades, sus deseos para el futuro y hasta la expectativa de estudiar derecho, al término de su escuela secundaria. La vimos como una niña bien plantada, con una madurez infrecuente, que va de la mano de una cultura, educación y vocabulario, que tampoco son corrientes en niños de esa edad, en estos días.----------

--- Departiendo con la niña advertimos que el traslado de ella con su madre a un lugar de la Provincia de Buenos Aires, que nada significaba en concreto para ella y que la obligaría a comenzar su vida desde cero en cuanto a amistades, raíces, etc, le significa una cierta angustia, que iba más allá de una mera ansiedad por el cambio posible de destino.----------

--- Nos quedó claro que nada tenía que ver la historia del conflicto entre sus padres con la expresión de una preferencia en cuanto a permanecer con su padre, en la ciudad donde había vivido toda su vida y en la que tenía armado su centro de vida. La niña expresaba un juicio propio, emitido desde la mente de una niña de trece años, que no evidenciaba ni influencias externas, ni trasuntaba un adoctrinamiento de parte de nadie. Queriendo a ambos padres, sin tener rispideces con ninguno, simplemente se limitaba la niña a expresar que no quería cambios traumáticos en su vida y que trasladarse a más de mil kilómetros a una ciudad en la que había estado de a ratos, no le causaba precisamente placer, sino inquietud, angustia y desasosiego.----------

--- Analizada la cuestión sub lite encuentro, en concordancia con lo propuesto por el Dr. Ferrari, que *–al menos en la etapa actual-*, C. vive una infancia bastante feliz *–y concedo el bastante, porque esta disputa de sus padres no ha sido neutra para ella, aunque la ha podido sortear relativamente entera-* bajo la custodia de su padre en la Ciudad de Trelew; que expresa que disfruta de la compañía de sus abuelos paternos, que tiene lazos sociales armoniosos con sus compañeros y amigos y hemos podido comprobar por nosotros mismos –y lo han reconocido sus padres- un desempeño escolar sobresaliente, a la par de una amplia cultura y fina educación, los que sería deseable ver en todos los niños de esa edad, pero es extremadamente infrecuente.------

--- En tal situación, viendo que mantener la decisión de otorgar la custodia a su madre implicaría obligar a la niña a un desarraigo que no le causará más que inquietud y hasta dolor, y siendo que es su madre la persona que se aleja –para continuar con su carrera profesional- de la zona, no me parece razonable que la menor sea la variable de ajuste de la situación.----------

--- El centro de vida de la menor está en esta ciudad, donde vive una vida que ella siente como feliz y plena; y cambiar a un menor de su centro de vida es una decisión que solo se debe tomar en circunstancias extremas, que no aprecio que puedan ser las de esta causa, al ser tal modificación vital última ratio de la dinámica familiar.----------

--- He dicho en anteriores votos de mi autoría que adscribo al criterio de la Corte de Casación francesa sobre que las decisiones que implican cambios trascendentes en la vida de niños y menores deben ser tomadas con toda prudencia y evaluadas suficientemente las ventajas del cambio antes de decidirlo (cfr. mi voto, en sentencia de esta Sala del 18/9/08 in re "S., L. M. c/ L., E. G. s/ Solicita autorización" – Expte. 22828 – Año 2008" (Expte. Nº 22.828 - año: 2008), con cita de la Corte de Casación, 2ª Sala civ., 25 de Mayo de 1993, en Recueil Dalloz 1993, sec. Informations rapides, p. 163).----------

--- En vista de la edad de la menor, su madurez de juicio, su moderación y claridad de análisis de su propia situación, la clarísima preferencia, expresada por ella sobre su permanencia en esta zona, y su angustia por la mudanza a extraña jurisdicción lejana más de mil doscientos kilómetros de su “centro de vida”, considero que no ha sido una decisión conveniente para ella la de grado, de disponer el cambio de custodia de la

menor, en las condiciones que se dan en autos, y con las consecuencias –ciertamente más extremas que en otros casos por la radicación de la niña y su madre en una provincia lejana-. Una decisión como la que revisamos no consulta el interés superior de la menor, por lo que implica una razón valedera en este tipo de procesos, para dejarla sin efecto.----------

--- Una causa judicial es, jurídicamente, un marco de decisión abierto a varias posibilidades legítimas; y son legítimas todas las que la ley autoriza al juez. Pero hay una mejor solución en cada causa, que en terminología cossiana, podría llamarse la “mejor situacional”, esto es, la mejor solución para el caso concreto y ella surge de la conjugación de la abstracción de la norma aplicada con las circunstancias del caso concreto.----------

--- Por mi parte, viendo los informes obrantes en la litis que acreditan que la niña es feliz en su actual entorno, que no evidencia presiones o influencias de su padre o abuelos, apreciando las diversas probanzas arrimadas a autos y la comunicación personal de estos magistrados con las partes y la niña, que expresara sus preferencias y sentir con libertad de criterio y gran sinceridad ante nosotros, fuerza es concluir que la sentencia que dispone un cambio traumático en la vida de la niña no puede mantenerse en pie, debiendo ser derribada para dar paso a un pronunciamiento que tutele el interés superior de C. en el concreto caso de autos, en vez de plasmar cartabones abstractos o circular por arcanos inasibles.----------

--- Del contacto personal con la partes extraigo como conclusión que todos los involucrados en la litis, la menor y sus padres, son buenas personas, que cada uno a su manera quiere lo que entiende como la mejor solución. Desafortunadamente sus intereses, por circunstancias de la vida, están inmersos en un conflicto que no tiene términos medios ni transita por escalas de gris. La niña se va lejos o se queda en su centro de vida, porque su madre se va –y es una decisión inconmovible según apreciara en la audiencia- y su padre se queda, con lo que la decisión no es apta para declamaciones ni para medias tintas.----------

--- Y en tren de elegir un interés a tutelar, la normativa vigente es clara sobre que el interés prioritario a proteger es el interés superior del niño, en este caso, de la niña C., a quien debe evitarse cambios traumáticos de su centro de vida; cambios que, además, ella no desea.----------

--- Por tales fundamentos, habré de acompañar la propuesta del Dr. Ferrari de dejar sin efecto el pronunciamiento de grado, para dar paso al rechazo de la pretensión contenida en la demanda, haciendo lugar a la par a la reconvención promovida por el demandado, Sr. H. E. C., a quien se otorgará la custodia de la menor C. B. C.----------
---

--- La esencia de la cuestión traída a juzgamiento, lleva a disponer el mantenimiento de la imposición de costas de grado tal como fueran dispuestas allí y a imponer las correspondientes a la alzada en el orden causado (art. 69 2º párrafo, Ley XIII, Nro. 5, ex art. 68 C.P.C.C.).----------

--- También propiciaré la regulación de los emolumentos de alzada en las siguientes sumas: para la Dra. H. T., en la suma de $ 700 y para el Sr. Defensor Público patrocinante de la actora, Dr. R. E. N., en la suma de $ 500; tales sumas se justifican en atención a la extensión, mérito, calidad y resultado de las respectivas tareas cumplidas en la alzada (arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46, Ley XIII N° 4).----------

--- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO POR LA NEGATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Carlos D. Ferrari expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponderá por tanto: I) REVOCAR el fallo apelado, y en consecuencia, rechazar la demanda entablada y hacer lugar a la reconvención deducida, otorgando la custodia de la menor C. B. C. a su padre, el Sr. H. E. C.. II) Mantener las costas de primera instancia e imponer asimismo las de alzada en el orden causado. III) Fijar los honorarios de los letrados actuantes en esta sede como sigue: a) para la Dra. H. T., en la suma de $ 700.- y b) para el Sr. Defensor Público patrocinante de la actora, Dr. R. E. N., en la suma de $ 500.---------- Así lo voto.----------
---

--- A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Señor Juez de Cámara, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Ferrari en su voto a esta cuestión.----------

--- Tal mi voto.----------

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 8 Ley V - Nº 17).----------

--- Trelew, de julio de 2011.----------

--- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

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

--- REVOCAR el fallo apelado, y en consecuencia, rechazar la demanda entablada y hacer lugar a la reconvención deducida, otorgando la custodia de la menor C. B. C. a su padre, el Sr. H. E. C.---------- MANTENER las costas de primera instancia e imponer asimismo las de alzada en el orden causado.----------

---------- FIJAR los honorarios de los letrados actuantes en esta sede como sigue: a) para la Dra. H. T., en la suma de $

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

700.- y b) para el Sr. Defensor Público patrocinante de la actora, Dr. R. E. N., en la suma de $ 500.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

MARCELO J. LOPEZ MESA
JUEZ DE CAMARA

CARLOS DANTE FERRARI
JUEZ DE CAMARA

REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.011 – SDF.- Conste.-

cg

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA