En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de mayo del año dos mil once, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas y asistencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"R. H., M. A. c/ P. N. N. s/ Custodia " (Expte. N º 183 Año 2010)** venidos del Juzgado de Familia N ° 1 **(Expte. N ° 1277/08)**, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 225/226.

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda promovida por el Sr. M. A. R. H. para obtener la custodia de los hijos menores M. R. y M. D. y la otorgó en forma provisoria a la madre de los niños, Sra. N. N. P.. La Sra. Jueza instó en su pronunciamiento a los padres para que continúen y/o recomiencen las terapias psicológicas tendientes a que el Sr. R. analice los conflictos emocionales que perjudican la comunicación con la madre de sus hijos y a la Sra. P. tendiente a una mejor organización y vinculación con sus hijos. Impuso las costas en el orden causado.

Para así decidir la magistrada evaluó los informes del Equipo Técnico Interdisciplinario, las testimoniales rendidas, ponderó las entrevistas personales que tuvo con los niños, consideró el dictamen de la Asesoría Civil de Familia y el informe socio ambiental de fs.165/166, concluyendo con apoyo en doctrina y jurisprudencia adecuada al caso y con referencia al interés superior de los niños que la Sra. P. "...es más idónea para asumir la

custodia de los niños, en tanto ha logrado superar los conflictos conyugales y se presenta como la progenitora que mejor garantiza el derecho de éstos a mantener contacto con el padre no conviviente, priorizando el bienestar de los niños por sobre los desentendimientos conyugales...".

2.

La sentencia fue apelada a fs.182 por la representación letrada del Sr. R. H. y la expresión de agravios se agregó a fs.191/197 sin réplica de la contraria.
A fs.218 obra acta de la audiencia celebrada en los términos del Art. 130 de la Ley III N ° 21. A fs. 220 dictamina la Asesoría de Familia e Incapaces ratificando la opinión vertida a fs.174/175.

3. <u>Los agravios de la actora</u>.

Sustenta la parte su queja en dos agravios centrales, el primero en tanto la selección del material probatorio para formar convicción, soslayando las conclusiones del Equipo Técnico Interdisciplinario y el segundo en tanto la decisión adoptada afecta el principio jurídico que impone respetar el centro de vida de los niños y no innovar a su respecto, siempre que no existan razones de peso graves que autoricen la modificación del estado de cosas.
En orden al primer agravio señala que el Informe del Equipo Técnico elaborado en el año 2008 y que se valoró, no concuerda con la realidad imperante; que de la prueba se desprende que ambos padres se encuentran en perfectas condiciones para ejercer la tenencia de los hijos sin que exista mérito para descalificar a uno de los progenitores en beneficio del otro; que tampoco surge de los dictámenes que el padre no favorezca o en el futuro pueda entorpecer el contacto con la madre; que el informe socio ambiental no resulta suficiente para determinar el ámbito de residencia de los niños ni se ha evaluado el eventual perjuicio que los hijos deberá soportar ante la mudanza a la ciudad de Sarmiento ni la aptitud del nuevo grupo familiar

de la señora P., que tal noticia le imposibilitó solicitar medidas probatorias al respecto. Señala al respecto que no existen elementos que permitan concluir a la Sra. Jueza que los chicos no tengan continuidad afectiva, espacial y social calificando la decisión de arbitraria. Indica que este Tribunal debe considerar que los niños, luego de la separación de los padres, han continuado la convivencia con el padre en forma continua, estable y no perjudicial para ellos y que no existen elementos contundentes relacionados con el interés de aquellos que demuestren la necesidad de mutar el estado de las cosas al momento de emitir un pronunciamiento definitivo. A esos fines merita la prueba y señala que por sobre la prueba testimonial de la demandada debe primar la pericial, en definitiva que asumió la responsabilidad en el cuidado de los chicos brindándoles estabilidad emocional, siendo la madre una persona inestable que se alejó voluntariamente de los hijos lo que se tradujo en un peligro para su salud psíquica.

En cuanto al segundo agravio, sostiene que la decisión adoptada vulnera el centro de vida de los niños, que los niños poseen su residencia habitual en esta ciudad y que la jueza escuetamente expuso que esta ciudad no lo era. Cita jurisprudencia en apoyo de su posición y que la demandada no acredito causas graves que ameriten que se revierta la situación imperante.

4.

Luego de culminar la breve relación de los agravios he de proceder a su tratamiento, no sin antes anticipar el sentido que daré a mi voto: el de propiciar que se rechace la apelación y se confirme la resolución recaída por ser un pronunciamiento adecuado a derecho.

Brindaré las razones que provocan el aserto.

a) La sentencia en crisis es elocuente por sí, a todas las cuestiones que motivaron el recurso que se ha deducido.

En efecto, la Señora Jueza expuso en forma suficiente las razones en que apoyó la conclusión de la sentencia, explicando porqué considera en mejores condiciones para ejercer la tenencia de los niños M. y M. a su madre y no se advierte que en la valoración de la prueba se hayan vulnerado los derechos de los niños involucrados en la resolución en crisis.

En este marco, para dilucidar la cuestión se debe partir del principio que exige dar primacía al interés superior del niño, pues de lo que se trata es de separar el interés de M. D. y M. R. como sujetos de derecho de "…otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres" (CSJN, "A, F", fallo del 13 de marzo de 2007, publicado en La Ley del 13 de abril de 2007), a fin de arribar a una solución que proteja en forma integral la persona y los derechos de los chicos.

Ello es así, por cuanto el principio aludido -que es una máxima de insoslayable seguimiento por todas las autoridades que debemos resolver cuestiones que atañen a menores, atento lo establecido por el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño- apunta a dos finalidades básicas, "…cuales son las de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio, pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños, en el sentido de que la decisión se define por lo que resulte de mayor beneficio para ellos" (CSJN, "S, C", fallo del 02 de agosto de 2005, publicado en Revista de Derecho de Familia, LexisNexis, 2006 – I, Pág. 13/28).

Determinar judicialmente la idoneidad del progenitor para ejercer la custodia de los niños implica la elección de aquel que esté en mejores condiciones para satisfacer los requerimientos que apunten a garantizar el pleno e integral desarrollo de los hijos, a partir del cumplimiento acabado de aquellos deberes que dimanan de la patria potestad junto con la aptitud de garantizar los derechos que en el marco de la CDI le corresponden a la

infancia que no es otro que lograr su autonomía personal en el marco de un proceso sociabilizador y educativo. La Sra. Jueza incorpora como pauta valorativa de aquella idoneidad, la vinculada al resguardo del derecho de la coparentalidad que resulta un derecho básico de la niñez.

b) Cuestionada la valoración de la prueba cumplida en autos, se analizará la misma, a fin de poner en evidencia que los argumentos de la actora más que demostrar el yerro de la sentenciante, resultan un mero disenso en aquella.

En el informe del ETI agregado a fs.34/35 y suscripto por la psicóloga de ese organismo y de fecha febrero de 2009, se consignó que ambos padres se encuentran en condiciones y con capacidad necesaria para llevar adelante la crianza de los hijos y dio alguna pautas (sugerencias) en orden a la custodia de los chicos. Señaló que a ese tiempo, los Sres. R.- P., habían alcanzado acuerdos para reanudar la convivencia. Sin perjuicio de ello resulta relevante a mi criterio, que la sicóloga señalara "sería conveniente que la pareja parental... pudieran acordar que de vivir, en forma conjunta o separada, es importante que los hijos, no sean involucrados en los conflictos parentales y conyugales, ni siendo observadores de discusiones entre ellos, ni recibiendo mensajes (implícitos o explícitos) negativos sobre el otro progenitor." Agregó allí que "Debido que al momento actual la pareja R.-P. se ha reconciliado se sugiere que si en un futuro vuelven a separarse no se defina la custodia hasta que no se cuente con mayor información sobre los resultados de los tratamientos psicológicos sugeridos y establecidos previamente para los adultos (Expte.1339- Año 2008) y también, de acuerdo a la flexibilidad y capacidad que cada padre comience a presentar en cuanto a favorecer el vínculo con el otro padre/ madre respectivamente". La Lic. O. adjuntó como complemento de ese informe, el de interacción familiar cumplido en el mes de enero de 2009 en el marco de la denuncia que por

violencia doméstica había formulado la Sra. P.. A fs.40/41 se agregó el informe socio ambiental.

A fs. 45 y frente a la manifestación del actor en el sentido de no haber reiniciado la convivencia, la AFI solicitó previo a expedirse sobre la medida cautelar, informaran los progenitores sobre los tratamientos psicológicos sugeridos y establecidos en el Expte. 1339/08 y la convocatoria a audiencia, agregándose copia de la cumplida en el expediente referido y a fs. 55 se agrega acta de la celebrada en autos. La Sra. P. justificó con sendos certificados la admisión psicológica extendidos por el Servicio de Salud Mental para ella (fs.65 y 66) y los hijos (fs.70); a fs 72 lo hace el Sr. R.. A fs.77/78 obra informe socio ambiental.

A fs.90/91 obra informe de los psicólogos del Servicio de Salud Mental de fecha 01 de julio de 2009, donde manifiestan que el motivo y eje de la consulta de R. giró en torno de los avatares de su autoestima, los problemas relacionados con su grupo familiar y aspectos jurídicos legales vinculados a la demanda por la tenencia de sus hijos y que transcurrido el tiempo consignado se acordó concluir con las entrevistas considerando que no habían logrado establecerse las condiciones necesarias para iniciar un tratamiento posible. Por su lado la Sra. P. concurrió a la consulta en relación con la separación de la pareja y con el alcance de la situación respecto de los hijos, trabajando esas circunstancias y requiriendo la atención sicológica de sus hijos. Frente a esta demanda espontánea de la madre, dicen que se recibió a los niños, marcando que en la segunda entrevista se observa " una descalificación, desautorización, desacuerdos y desvalorización permanente entre los cónyuges, auspiciando una red familiar poco continente, pero intentando demostrar y convencer en todo momento que son buenos padres".

La Sra. Jueza, en la audiencia de vista de causa cuyo registro obra a fs.107, dispuso la intervención a una profesional psicóloga del Equipo Técnico

Interdisciplinario a fin que conforme las constancias de autos, y previo tomar vista de los videos con la grabación de la audiencia de vista de causa realizada, amplíe los informes expidiéndose en relación a los siguientes puntos: 1) Cuál de los progenitores se presenta como el más apto para detentar la custodia de los niños, 2) Nivel de flexibilidad o rigidez en cada uno de ellos para acordar cuestiones vinculadas a los niños 3) Capacidad para enfrentar la frustración que podría generar las situaciones inesperadas o expectativas no cumplidas. 4) Cuál de los progenitores se presenta como el más facilitador del vínculo y contacto de los niños con el padre o madre no conviviente, 5) quién presenta mejor predisposición a revisar sus conductas mediante tratamiento terapéutico.

Las conclusiones de la Lic. F. se agregaron a fs 118/120. En las mismas dio respuesta a los puntos requeridos por la señora jueza. Así dio cuenta que ambos progenitores se encuentran en condiciones de detentar la custodia; que R. presenta mayor rigidez para acordar aspectos vinculados con los niños; que ambos padres esperan un fallo favorable pero que es la madre la que más ha elaborado las dos alternativas; que ambos padres tienen predisposición para que el contacto paterno filial se mantenga; que la Sra. P. ha modificado aspectos conflictivos a través del tratamiento psicológico iniciado y que se advierten en el Sr. R. que aún persisten en él aspectos conflictivos sin resolver. Agrega finalmente que resultaría importante que los padres se esfuercen para evitar que los niños se vean involucrados en aspectos personales de adultos.

Al tiempo de contestar la vista previa al dictado de la sentencia definitiva, la Sra. Jueza fija audiencia para oír a los menores. Se deja constancia de ello a fs.139. Allí en acta resumida, la Sra. Jueza y la Sra. Abogada adjunta de la AFI Dra. Z. señalan que en fecha 29 de diciembre y con la presencia de la Lic. F., los chicos fueron escuchados y que se observa la influencia paterna en el discurso de los niños en aspectos tales como con quien deseaban vivir

y lo que debían manifestar a la jueza sobre el particular. La AFI solicita una nueva audiencia con los niños, la que se celebra en fecha 8 de marzo y se agrega acta a fs.148 y a cuyas constancias me remito. Luego de ello y a fs.149 se solicita informe socio ambiental en el domicilio de la madre en la ciudad de Sarmiento el que se agrega a fs.156/168. A fs.172 la Lic. F. ratifica su informe de fs.118/120.

c) Los informes del Equipo Técnico Interdisciplinario constituyen un soporte para la decisión jurisdiccional del que los jueces no podemos apartarnos sin justificar que los mismos resultan objetivamente reñidos con principios lógicos o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia. "Desplegar el rol de Juez de Familia demanda abrir los ojos y los oídos a la interdisciplina, estar atento a lo que los Equipos Técnicos sugieren, a sus recomendaciones y a sus razones, trabajar con ellos, siendo que por imposición legal el apartamiento de sus dictámenes debe ser fundado bajo pena de nulidad (Art. 82, Ley III, N ° 21, antes Ley N ° 4347)" (STJCH SDRE 02/10).

La parte actora, toma del informe de fs.118/120, lo que ha su criterio resulta el argumento dirimente en el conflicto" ambos progenitores se encuentran en condiciones de detentar la custodia", sin hacerse cargo de las observaciones que en el mismo se efectúan respecto de la actitud del padre en la conflictiva familiar, tampoco se hace cargo que la modalidad de vincularse con los niños respecto de su madre ha sido expuesta tanto por la señora jueza como por la Asesoría, en orden a la influencia en las expresiones de los niños, lo que de algún modo persistió en la audiencia celebrada en esta Cámara. A mi criterio fueron indicadores de esa percepción: la negativa cerrada al preguntárseles sobre si conocían la finalidad de la audiencia, cuando surge del expediente y audiencias anteriores que tienen internalizada la cuestión de "con quién van a vivir";

la reserva del niño frente a la realidad familiar que percibí como cuidando de no decir nada que pueda trasuntar la influencia del padre; el cambio de actitud frente a las actividades corrientes y la preeminencia que ambos le han dado a su participación en las propuestas por la Iglesia, donde- no obstante desenvolverse con mayor espontaneidad-, me atrevo a señalar que lo he percibido como un discurso armado (ambos niños utilizaron las mismas palabras, las mismas secuencias y cuando se les desestructuró el mensaje entraron en contradicciones, apelando al "no me acuerdo bien").

En definitiva ninguna critica razonada y concreta se alza respecto a que la Señora P. ha logrado superar los conflictos conyugales y que ello la presenta como la progenitora que mejor garantiza el derecho de los niños a mantener contacto con la madre.

No hay reparo que hacer a tales conclusiones.

Los niños necesitan siempre de ambos padres y tal afirmación debe estar registrada no solo como una abstracción sino en el hacer cotidiano, del progenitor que ejerce la custodia. El derecho a la coparentalidad se vincula estrechamente con el interés de los niños y los lazos con los padres pueden y deben ser preservados con independencia de la relación de los padres. Los chicos necesitan sentirse libres y autorizados a amar a ambos padres, siendo perjudicial para su desarrollo el sentirse forzados a ser partícipes de la disputa entre los adultos. Frente a esa realidad incontrastable y de la que han dado cuenta los informes del equipo técnico, no puede permanecerse ajeno y puesto el conflicto a resolver, la señora jueza ha priorizado el interés de los niños por sobre la consolidación de una situación de hecho que en forma evidente -para mi-, ha tendido ha prescindir de la madre. "Se advierte como saludable que para la determinación de la tenencia de los hijos se considere, a partir de las actuaciones del expediente, a aquel de los padres que dé mayores garantías de respetar la vinculación de aquellos con el otro..." (C Nac. Civ Sala E 31/5/1988).

Agregaré que no logro convicción en que la actitud del padre pueda revertirse, hasta tanto éste admita la importancia que implica para la salud de los chicos el contacto con la madre y que debe someterse a tratamiento psicológico que le permita, como han señalado también los informes, a obtener herramientas que le permitan superar su propia conflictiva. Esto también se advirtió en la audiencia celebrada en esta sede, un discurso donde no pudo desentenderse de aquélla y con el cual persiste en presentar a la madre no solo como poca idónea para ejercer su rol sino que él es quien - con ayuda de los miembros de la iglesia a la que pertenece- el único que puede garantizar el bienestar de los niños. Agrego entonces, que comparto lo resuelto por la Dra. P. en que la conducta del Sr. R. lo coloca en la posición de progenitor no idóneo para ejercer la custodia.

c) En cuanto al segundo agravio y la modificación del centro de vida de los niños sin causas graves que lo ameriten, no me es ajeno que dentro de las pautas relativas al interés del menor y a tener en cuenta en materia de atribución de la custodia, es el mantenimiento del lugar físico, situación existente en cuanto a escolaridad y vínculos, a donde se encuentran integrados los menores. Esta directiva que expresa la jurisprudencia cede cuando existan razones objetivas que lo determinen.

La señora jueza, aunque la parte tilde de escueta fundamentación, ha dicho que no puede precisarse que esta ciudad sea el "centro de vida" de los niños. Es la misma parte quien señala en su agravio la circunstancia de tiempo que justifica la posición de la señora magistrada. Dice " que ambos niños poseen su residencia ahora habitual en esta ciudad". Los niños han manifestado en audiencia los vínculos familiares en la ciudad de Sarmiento, las actividades que allí han desarrollado, no han siquiera dado indicios que permitan sostener que los dichos del padre -en cuanto a su negativa o condicionamientos que se plasmaron en el acta- sean ciertos. La madre ha

manifestado su voluntad de resguardar la adecuada comunicación con el padre y ha dado pautas de organización para el traslado de los niños. El informe socio ambiental es suficiente en esta instancia.

Concluyo entonces, en que la señora Jueza de familia ha valorado las circunstancias concretas de la causa teniendo en miras el interés superior de los niños, encontrando el equilibrio en la resolución que más los beneficia, salvaguardando sus derechos y que tiende al restablecimiento de la relaciones familiares y sin desconocer que, en definitiva, las resoluciones que se adoptan en la materia no causan estado.

Por todo lo expuesto y como adelantara al inicio de este voto, propongo al acuerdo la confirmación del fallo en todo lo que ha sido materia de agravios.

5. En cuanto a las costas en esta instancia, tengo presente que en la discusión sobre tenencia de hijos no resulta conveniente la aplicación rígida del principio de la derrota, porque es lógico y hasta plausible que ambos progenitores procuren esa función y en definitiva, al decidirse la cuestión se atiende a lo que mejor convenga a los hijos menores. Por ello opino que deberán imponerse en el orden causado. Los honorarios de la Ab. M. S. A. se regulan en el 25 % de los fijados en la instancia anterior y los de la Ab. C. T. S. por su participación en la audiencia en pesos doscientos cincuenta ($ 250).

Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, **VOTO POR LA AFIRMATIVA**

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

1.

La Sra. Vocal preopinante se ha expedido suficientemente sobre los antecedentes fácticos de la presente causa.

Y tal como lo adelantara la Sra. Jueza de primer voto, los agravios centrales se reducen a dos: a) el apartamiento, por parte del decisorio, del informe del Equipo Técnico Interdisciplinario; b) la sentencia ha transgredido el principio jurídico según el cual, no habiendo razones fundadas, se aleja a los menores del centro de vida.

En cuanto a la primera de las quejas, es dable destacar que se formula una mera discrepancia con la sentencia en crisis, ya que interpreta que el ETI –a cuyo informe se remite el decisorio- ha aconsejado que la custodia de los niños pueda quedar bajo la órbita de cualquiera de los progenitores.

Y sostengo tal aseveración, pues, el hecho de que cualquiera de los padres sea idóneo para ejercer la custodia de los menores, ninguna razón expone el agravio para sostener que la balanza deba inclinarse a favor del padre.

Además, no se advierte que el mentado apartamiento del informe técnico al que hace referencia, sea tal.

En síntesis, en ningún pasaje de sendos dictámenes de fs. 36/41, 77/78, 79/80, 118/120, se recomienda que sea el actor quien ejerza la custodia pedida.

El déficit recursivo se patentiza por ejemplo en la falta de refutación de varias afirmaciones centrales de la sentencia cuestionada. El recurrente ha dejado incólume el argumento según el cual ambos padres son idóneos para hacerse cargo de dicha custodia. De tal suerte que su discurso se encuentra cargado de subjetividad, en tanto reitera la conveniencia de que sea el padre quien la detente en definitiva.

Frente a tal panorama, no me queda más que señalar que, para que un recurso sea idóneo como tal, no bastan las palabras o frases enfáticas, sino que debe realizarse en él una ponderación razonada de la sentencia cuestionada, atacando la misma con fundamentos distintos a los expuestos

en el fallo y no solamente con meras palabras que, en definitiva, no constituyen una exposición jurídica y lógica que demuestre que la sentencia es injusta y agraviante y no debe mantenerse (cfr. Cám. Apel. Trelew, Sala A, 22/10/08, Expte. N º 27- año 2008).

"Para que la expresión de agravios cumpla con los requisitos del Art. 265 del Cód. Procesal (Adla, XLI-C, 2975), no basta el "quantum" discursivo, sino la "qualitae" razonativa y crítica. Por ello no basta el disentimiento con la sentencia, pues disentir no es criticar, al punto que el recurso debe bastarse así mismo". (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 23/10/1986, Aulesa, José D. y otro c. Instituto Geriátrico Constitución, LA LEY 1987-A, 601, AR/JUR/212/1986). Consecuentemente, soy de la opinión que el primero de los agravios no merece tratamiento, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 268 del CPCC.

2.

Con respecto al segundo de los agravios, la quejosa sostiene que la sentencia en crisis ha vulnerado el "centro de vida" que consagra la inmutabilidad de la situación existente de los menores.

Para analizar este acápite de la queja, entiendo que es menester realizar algunas reflexiones acerca del interés del niño, para evitar que el concepto se transforme en un conjunto de cuestiones inconexas. Encontramos, por un lado, el derecho o interés abstracto.

No siendo esencial la determinación de un concepto de interés superior del niño que sea eterno, inmutable y aplicable a todos los casos, debe dejarse de lado la pretensión de identificar un concepto absoluto, aplicable sin cortapisas a todos los casos y adoptar una pretensión menor, más asequible y menos cuestionable: la de determinar en este caso particular y concreto por qué meridiano pasa el mentado interés superior.

Ello, en tanto debemos contemplar al derecho general y abstracto, que se sitúa en la esfera jurídica, que obedece a una lógica jurídica y se presta a un enfoque global; ámbito propio del legislador. En esa etapa se establece cuál es el sentido o contenido de este derecho y cuáles son sus objetivos. Oficia, por tanto, como un elemento indispensable para la interpretación del interés del menor (cfr. DURÁN AYAGO, Antonia. "El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural". El Derecho de Familia ante el siglo XXI. A A. V V. Calvo Caravaca. A. L. y Castellanos Ruiz, Esperanza (Directores). Madrid. 2004,p. 317) .

Desde esta óptica el derecho abstracto tomaría las características de una noción marco.

Por otro lado, encontramos el interés concreto, el cual se encuentra centrado en la esfera práctica; que obedece a una lógica fáctica y se compone de elementos circunstanciales, irreductibles, rebeldes a cualquier sistematización ya que sistematizarlo significaría desatender las particularidades del caso. Este interés concreto hace referencia a elementos de hecho, que responden a una lógica muy diferente a la anterior. Es el campo idóneo del magistrado, quien deberá evaluar su plasmación real. Por tal tazón, el derecho abstracto no puede ser suficiente en la esfera práctica; actuando por sí sola esa noción crearía una rigidez que impediría evaluar correcta y concretamente los problemas personales y asistenciales del niño y del adolescente. El estado específico del menor exige ser evaluado caso a caso. El derecho abstracto se ubica sobre el plano de los derechos legalmente consagrados, en cambio el interés concreto se apoya sobre los elementos fácticos del caso particular. Pero, aún cuando se trate de dos planos diferentes siempre habrá que partir de los derechos para luego examinar los intereses y la evaluación que se haga de ellos. Es que los derechos ven el objetivo sin mostrar el recorrido ya que atiende a la

consagración legislativa del derecho de los menores. Por su parte, el interés exige una estimación específica de la situación, la evalúa intentando encontrar una solución que ayude a la búsqueda de su estado más expansivo, para lo cual acude tanto a criterios de flexibilidad como a la utilización de normas de aplicación inmediata. En la línea de ideas de la ley 26.061, puede colegirse que el interés superior del niño debe ser respetado a través de los siguientes preceptos: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto 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.

Se impone preguntarse entonces, cuál es en este caso el interés superior de los niños involucrados en la disputa. La respuesta no es demasiado compleja, dadas las particularidades del caso. Esa respuesta no es otra que dicho interés es que se respete su escasa edad, más allá de las previsiones del Art. 206 del Cód. Civil, y que es hora que fortalezcan sus vínculos con la madre, aun a costa de variar su residencia habitual.

Ello significa que el centro de vida no constituye un valor absoluto al que no podría anteponérsele otro, que a mi juicio prima en este caso, cual es la escasa edad de los menores y, entre idas y vueltas, el poco tiempo que han podido compartir con su madre la vida cotidiana. Inclusive, algunas veces, a cambio de una paga que el actor le asignaba para que atendiera a los menores (ver manifestaciones de la demanda de fs. 11 vta), como si al amor entre madre e hijos pudiera fijársele precio.

Siguiendo esa línea de ideas, atendiendo al caso en concreto, para analizar este aspecto de la queja, pongo énfasis en la edad de los menores su grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales. En tal sentido se ha señalado que ese principio debe prevalecer sin que ello signifique no contemplarse el de los padres, pero el de éstos debe ceder ante lo que resulte más conveniente para sus hijos (Cfr. HOLLWECK, Mariana – MEDINA, Graciela, LLBA 2001, 1425).

La edad de 8 años del niño y los casi 6 años de la niña me llevan a reflexionar que ambos deben estrechar los vínculos materno-filiales. Es decir, no juzgo la conducta de los padres – que en rigor de verdad resulta adecuada en ambos casos, a la luz de las conclusiones periciales – ni abstractamente la idoneidad de los mismos, sino pura y exclusivamente tomo en consideración el interés de los menores y la etapa de la niñez que están cursando.

Comparto con la Sra. Jueza preopinante en el sentido que los menores han manifestado en audiencia los estrechos vínculos que también los une a sus familiares de la localidad de Sarmiento, residencia habitual de la madre. En el mismo sentido, ella ha manifestado su plan de organización de la vida de los menores, en orden a la escuela y al jardín de infantes, aguardando la resolución de los presentes autos.

La atribución de la tenencia a uno de los progenitores no importa descalificar la tarea desarrollada por quien la ejerció hasta el momento. En efecto, el cambio puede obedecer a otros factores, como la edad y sexo de los hijos, el mantenimiento de ciertas condiciones de vida, situaciones particulares por las que atraviesan los padres, etc. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 20/10/1997, "L., D. A. c. D., N. B", LA LEY, 1998-D, 261, AR/JUR/1344/1997).

No puedo soslayar que, previo al inicio de estas actuaciones, y por medio del acta de fs. 10 del Expte 1339/08 venido como prueba, las partes

estuvieron de acuerdo en que la progenitora ejerciera la custodia de los hijos, circunstancia que varió con el tiempo en virtud de las desaveniencias propias de la pareja. No advierto que ese cambio en la actitud del actor hubiese sido motivado por el interés de los menores. De otro modo no se explica como, a siete meses de haber acordado con su pareja que los menores irían a vivir con ella, promoviera el presente proceso por custodia de los menores. El acta de fs. 4 al que refiere en su demanda, en tanto, denota expresiones del propio actor que nada aportan a la resolución del presente conflicto. 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 (en igual sentido, Corte de Casación francesa, 2ª Sala civ., 25/5/93, en Recueil Dalloz 1993, sec. Informations rapides, p. 163).(Edxpte 220/2009 ; 15.12.09).

Menores que han visto quebrada la unidad familiar, que han sido llevados a tribunales para que expresen su opinión sobre una disputa de sus padres, que han pasado por algunas situaciones ciertamente traumáticas para sus mentes todavía no conformadas del todo, tienen como claro interés superior el no ser sometidos a discursos soeces o inapropiados para su edad, o reproducir frases inadecuadas para su edad, de contenido adulto, tal como lo señala la Sra. Abogada Adjunta de la Asesoría de Familia e Incapaces.

No dejo de advertir, tampoco, que el actor, realiza tareas de changarín, lo que lógicamente le insume tiempo. Tal circunstancia ha quedado reflejada con el informe de fs. 40 y 79/80. Todo el tiempo que al actor le insume encontrarse fuera del hogar, requiere de la asistencia de otra persona en la atención de los niños. También en este aspecto priorizo la edad de los menores y la necesidad que los mismos sean asistidos por su madre, máxime teniendo en cuenta que con su nueva pareja no existe al día de la

fecha descendencia alguna, al tiempo que aquélla no posee, tampoco, hijos convivientes.

Tampoco puedo soslayar que el dictamen de fs. 174/175 la Sra. Abogada Adjunta de la Asesoría de Familia e incapaces en cuanto a que estima la conveniencia de que los menores co-habiten con su madre, ponderando el informe socio ambiental que al efecto se practicó en la localidad de Sarmiento, de esta Provincia.

Consecuentemente, voto por la **AFIRMATIVA**

3.

Las costas de la presente Instancia deberán ser soportadas por la parte actora, atento el principio objetivo de la derrota (Art. 69 del CPCC), regulando los honorarios del modo en que lo practica la Sra. Jueza de primer voto.

Así lo voto

A LA SEGUNDA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

En caso de ser acompañado mi voto por mi colega de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

1. CONFIRMAR la sentencia de fs.177/181 en todo lo que ha sido motivo de agravios.

2. IMPONER las costas en el orden causado.

3. REGULAR los honorarios de la Ab. M. S. A. en el 25 % de los fijados en la instancia anterior y los de la Ab. C. T. S. por su participación en la audiencia en Pesos Doscientos Cincuenta ($ 250).

4. DE FORMA

Así lo Voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por la Magistrada que me antecede en el voto.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCC (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. VIANI no emite su voto.

Puerto Madryn, mayo del 2011.

En virtud de lo resuelto en el acuerdo cuya copia antecede, la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn pronuncia la siguiente

S E N T E N C I A :

1.CONFIRMAR la sentencia de fs.177/181 en todo lo que ha sido motivo de agravios.

2. IMPONER las costas en el orden causado.

3. REGULAR los honorarios de la Ab. M. S. A. en el 25 % de los fijados en la instancia anterior y los de la Ab. C. T. S. por su participación en la audiencia en Pesos Doscientos Cincuenta ($ 250).

4. REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE

REGISTRADA BAJO EL Nro. 002 del año 2011 SDF.