En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de septiembre del año dos mil once, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"J., A. A. c/ S. S., R. A. s/ ALIMENTO Y CUSTODIA", expte. nro. 117/11**, venidos del Juzgado de Familia nro. 3 (expte. nro. 968/09), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 307), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 189/197? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte actora a fs. 206 contra la sentencia definitiva nro. 32/2011 del Juzgado de Familia nro. 3 de la jurisdicción (fs. 189/197).

La sentencia venida en crisis, en lo que aquí interesa, rechazó la demanda incoada por A. A. J., hizo lugar a la reconvención interpuesta por R. A. S. S. otorgando la tenencia del menor de edad F. L. S.

Dispuso la intervención del Servicio de Protección de Derechos para que brinde orientación en la crianza de su hijo a ambos progenitores y también a su abuela paterna G. S. Dispuso régimen de comunicación entre la progenitora y el hijo F.L.S. que se llevará a cabo los días lunes y miércoles en que esta última retirará a su hijo del Jardín de Infantes en el horario habitual de salida, debiendo el niño ser retirado al finalizar la visita del domicilio de la Sra. J. por el progenitor o miembro de la familia que este designe a las 20.30 h y los días viernes en que será retirado del jardín de infantes por su progenitora en el horario habitual de salida y podrá pernoctar en su domicilio hasta el día siguiente que será retirado por el progenitor a las 18 h. Efectuó la advertencia al padre que deberá cumplir con el régimen de comunicación establecido bajo apercibimiento de revisar la custodia del niño. Dispuso las costas por su orden, reguló los honorarios profesionales.

A fs. 215/223 obra agregado el memorial de agravios de la parte actora.

El primer agravio es la falta de nexo lógico entre la consideración de los hechos y el resolutorio. La carencia de suficiente motivación fáctico-jurídica de lo resuelto.

Dice que la magistrado delimita el marco conceptual de acuerdo a lo establecido en el art. 206 del Código Civil, luego anuncia que valorará los informes y conclusiones del ETI. Señala circunstancias contempladas en el informe 1202/10 en que el padre actualmente convive con una pareja no conocida por esa parte ni el juzgado variando la situación en que se realizó la vista del servicio técnico.

También dice que la jueza de grado, que la comunicación materno filial es realizada irregularmente, lo que es una transcripción de lo dicho por el cuerpo técnico. Desconociendo que el padre obstaculizaba el contacto materno infantil.

Del informe 1293/09 agregado al expte. 1152/09 "S. S., R. c/ J. A. s/ medida de protección" se vuelcan comentarios que no han sido corroborados con las constancia de autos.

Se sugirió que permaneciera en casa de la abuela paterna. Del informe 1361/09 omitió brindar características del vínculo.

No advirtió la jueza de grado las contradicciones en informes 657/10 y 1446/10, haciendo reflexiones sobre la opinión del ETI respecto de los castigos físicos leves, que se encuentra prohibida por la ley vigente CIDN y es una opinión carente de validez jurídica.

Omisión de considerar la opinión favorable de la Asesora Civil, que fue favorable a la actora. Al momento de expedirse la A quo dice que sería un ensayo de prueba y error.

Injustificada inversión de la carga de la prueba. Implícitamente la jueza exige a la progenitora que demuestre que es "buena madre".

Decidió la juez exclusivamente con base en los informes del ETI

Segundo agravio es la omisión de consideración de prueba que acredita la veracidad de los hechos alegados relevantes para la resolución de la causa.

El haber ejercido violencia que fuera reconocido en la absolución de posiciones por el

demandado no fue considerado por la a quo.

Obstaculización constante del contacto y vinculación entre madre e hijo. Relata que hubo dificultades para ver y retirar al niño del hogar del padre.

El error en la aplicación e interpretación del derecho. No consideró los derechos fundamentales del niño de crecer y desarrollarse en un ambiente de paz y libre de violencia física. Tampoco se demostró mayor idoneidad de parte del padre.

Tercer agravio es la vulneración del principio constitucional de no discriminación contra la mujer. La jueza tomó los informes del ETI rechazando la pretensión de la madre en una sesgada visión que implícitamente juzga con mayor exigencia a la madre.

La actual y continuada obstaculización de la comunicación materna infantil, denunciando hechos de hostigamiento posteriores a la sentencia.

Reserva el caso federal.

A fs. 261/7 contesta agravios y denuncia hecho nuevo el demandado reconviniente.

A fs. 275 se tuvo por extemporánea la denuncia del hecho nuevo.

A fs. 286 se llevó a cabo la audiencia prevista en los arts. 14 y 130 de la Ley III nro. 21 y el art. 12 de la Convención Internacional de Derechos del Niño.

A fs. 289/291 y fs. 292 se agregaron informes del centro de atención especializada.

Del ETI informes a fs. 294 a fs. 296.

Contestó vista la Asesora de Familia e Incapaces a fs. 304 y vta. cumplimentado el sorteo a fs. 307 pasaron los presentes autos al Acuerdo,

conforme lo dispuesto en el art. 271 del CPCCCh, a fs. 307.

Análisis:

Sostuvo la jurisprudencia acorde con la doctrina en la materia que la expresión de agravios debe superar en claridad, en lógica y en diafanidad lo dicho por el juez, y no meras discrepancias con lo decidido como en la especie basándose en que tiene la apelante una visión diversa de la valoración de la prueba, además de reunir los requisitos de ley (art. 265 CPCCCh. CNCiv., Sala B, febrero 1987 Maglioco Francisca, Doctrina Judicial Repertorio 1985/9, sum.1, pág. 492).

En situaciones similares, en oportunidades anteriores, respecto de la valoración de la prueba por parte de los magistrados de grado y utilización de ese único argumento por el recurrente para sostener la expresión de agravios, sostuve que los jueces forman su convicción a través de los elementos de prueba que estiman esenciales y suficientes para resolver el pleito, sin necesidad de tener que referirse a la totalidad de los que se hubieran producido en los autos, no siéndole impuesto como obligación que deba expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas sino únicamente las que fueran esenciales y decisivas (sostuvo la doctrina en Morello, Sosa, Berizonce, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Nación y la Pcia. de Buenos Aires", T.II-C, pág. 68).

Si bien es cierto que la expresión de agravios aparece deficiente, atento a lo dicho, se debe tener presente que impera un criterio amplio y flexible respecto al juzgamiento de la suficiencia técnica de

los recursos. Conforme a dicho criterio se ha resuelto que: “Una expresión de agravios deficiente o incompleta no autoriza a declarar desierto el recurso si es dudoso que no reúne los méritos exigidos por aquella pieza procesal” (LL 100-809, LL 137-857, entre otros). Por ello y en virtud de las graves consecuencias que conlleva al derecho de la parte la aplicación de un excesivo rigorismo formal en la declaración de deserción del recurso, se dará tratamiento al recurso deducido.

Esta Sala, que mantuvo constantemente un criterio amplio, ha señalado, de manera excepcional, que en la sustanciación del recurso de apelación, el cumplimiento de los requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga por cumplidos aun frente a la precariedad de la crítica del fallo apelado (Sent. Int. nro. 190/99, del 2/4/99, en autos “G. M., J. M. en autos: “Z. V., M. L. c/ G. M., J. M. s/ Alimentos y Litis Expensas”, expte. nro. 729/94 s/ LEVANTAMIENTO DE EMBARGO”, expte. nro. 11.069/99, entre otras), razón por la cual, atento a que ocurrió en la especie en el escrito bajo examen que el recurrente exclusivamente discrepó con la valoración de la prueba efectuada por la a quo, ha individualizado, aunque sea mínimamente, los motivos de su disconformidad, por lo que no procede declarar la deserción del recurso, dado que la exigencia mencionada “no debe llevarse a cabo con injustificado rigor formal que afecte la defensa en juicio” (ED 166-515, esta sala en autos “A. V., R. del C. c/ U. M. M. s/ acción de amparo”, expte. N° 11.300, sent. Int. 201/99; ídem autos “C., G. A. c/ M. L. S.A. s/ amparo”, Sent. Def. N° 22 del 5/5/2000).

Trataré conjuntamente los agravios de la parte actora apelante por coincidir centralmente el enunciativo de las quejas en la valoración de la prueba por parte de la A quo, como se detallara precedentemente.

En punto a la arbitrariedad de la sentencia por cuanto la magistrada de grado se aparta de la prescripción del art. 206 del Código Civil, encuentro que sobrados fundamentos brindó, tanto en las pruebas testimoniales, objetadas en esta instancia por la recurrente, sino también en los informes de los equipos especializados.

Se ha dicho con acierto que la prueba testimonial resulta una de las mas difíciles de evaluar, pues son múltiples las circunstancias y motivos que pueden llevar a corroborar o disminuir su fuerza probatoria. Se trata de valorar conductas humanas y como tales se encuentran determinadas por toda una cantidad de condicionamientos que no pueden dejar de ser tenidos en cuenta en el momento de la apreciación. Mittermaier, citado por Casimiro Varela "Valoración de la prueba" (ed. Astrea-1998, pág. 269) es quien señala que "la fuerza probatoria del testimonio tiene por origen la presunción de que el que lo presta ha podido observar exactamente y querido declarar la verdad: para el juez todo consiste en que la presunción de que se trata aparezca fuerte o débil en la causa. Para resolver esa cuestión tan delicada, necesita observar cuidadosamente y por completo la individualidad del testigo, comparar sus cualidades individuales en el orden físico y moral con su continente y sus palabras ante la justicia y decidir en último caso si merece crédito y hasta qué punto". Cita

del Dr. Pasutti en Sentencia Definitiva nro. 15 - SRE-2005 del Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia.

La afirmación en el memorial de la quejosa de que los deponentes tenían prejuicios respecto de la accionante, no contiene sustento que pueda desacreditar los dichos de los deponentes y por lo tanto la gravitación que tuvieron los mismos al momento de decidir. Tampoco es demostrada la capciosidad o el mayor rigor de valoración sobre la actora, que endilga la apelante a la Sra. Jueza A quo. El derecho de criticar las resoluciones judiciales que se consideren injustas ha de ser asegurado con amplitud requerida por las necesidades de la defensa, pero debe ejercerse con resguardo de la dignidad de los magistrados. Es exacto, siempre que no se extreme la susceptibilidad: debe distinguirse la injuria, que es ilegítima, de las expresiones que si bien briosas o enérgicas solo trasuntan el natural estado de ánimo del que siente el agravio o quiere interesar presentando su caso como si fuera singular (Colombo, Carlos, Kiper, Claudio "Cód. Proc.Civil y Com. Anot.", T.I, pág. 291 y 293, ed. La Ley, Bs. As., 2006 y fallos). Considero que, en la especie, las expresiones han rozado la prudencia, que no serán "advertidas" para que aquellas no se conviertan en un elemento que impida a los litigantes hacer valer adecuadamente su derecho de defensa en juicio.

En lo que respecta a la idoneidad del progenitor, es la propia norma jurídica quien manda al juez precisarlo (art. 206 CC). "…debe señalarse aquí que estos preceptos legales deben armonizarse con la regla primordial del interés superior del menor,

elevada a rango constitucional en la reforma de 1994 de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), que es una pauta orientadora, ineludible, en las causas referidas a menores, frente a la cual deben ceder en su aplicación literal y estricta cuando de ella se derive una contraposición a dicho interés superior (CSJN - Sum. 1801 - XXXVIII - "S., C. s/ Adopción" 2-8-2005)". "El criterio general de atribución de tenencia es el del progenitor que resulte más idóneo cuando se trate de hijos mayores de cinco años de edad (art. 206 C. Civil). La apreciación de la mayor idoneidad es materia de hecho que compete al Tribunal, conforme mayoritaria doctrina y reiterada jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires" (citar: elDial.com - AA39E3).

La idoneidad del actor, padre del menor y reclamante de la tenencia (reconviniente) ha sido probada.

El contundente razonamiento con base en los informes de los servicios especializados mencionados a fs. 193 a 194vta. llevó a afirmar que la madre no brinda el ambiente psicofísico apto para el niño, ello no implica, como dijo la apelante, una discriminación en razón del género ni mucho menos una arbitrariedad en la decisión, como atribuyó sin freno lógico ni medición en sus dichos que debió contener, frente a tamaña imputación. Los informes revelan una realidad circunstancial verificada, fs. 194vta. – "respecto a la figura materna de la Sra. J. se han registrado permanentes contradicciones, reclamos que una vez satisfechos no sostiene, .."- y a mi modo de ver resulta importante lo informado, que resulta ser concordantes con los agregados a fs. 294vta. y 295.

Aportando a lo dicho que el padre ha iniciado una terapia para ordenar su vida, mientras que la actora aun sigue renuente, que incumple con el acompañamiento del niño en sus tareas extra horarias del jardín de infantes, informes de fs. 290, fs. 291, fs. 293 y fs. 301 y vta. La Asesora Civil expresamente a fs. 304 y vta. dijo que la guarda y custodia debe continuar siendo ejercida por su progenitor.

Cabe recordar lo dicho reiteradamente por esta Sala B, que no debe perderse de vista que la jurisprudencia ha dado suma importancia a los informes de los servicios sociales ya que entiende que: "En procesos donde se discute la tenencia de menores, la realización de un informe social se impone, ya que se trata de obtener un panorama de sus relaciones y necesidades vinculares, que permitirá una mejor ponderación de los elementos a tener en cuenta en beneficio de los niños cuya tenencia se controvierte" (CNCiv., Sala F., "F.N.S. c/ G.J.A s/ tenencia", rec. 49.795 del 22/04/96). Y estos deben ser de actualidad suficiente que permita afianzar el pronunciamiento judicial. Ello se da en el caso bajo examen y no existe contradicción en las manifestaciones de la accionante de contundencia tal que habilite apartarse de las conclusiones arribadas en los distintos informes.

Además, tengo en cuenta lo dicho por la jurisprudencia que en extracto cito "En principio, en los juicios de tenencia de hijos, cualquier cambio en el régimen de vida de los menores debe evitarse, salvo razones graves, en procura de una estabilidad que resulta necesaria para la formación equilibrada de la personalidad (cf. C.N.Civ., Sala D, J.A. 1983-IV, pág. 296, L., "P.A. c/ B., C.J. s/ TENENCIA DE HIJOS"

[elDial - AEF71], Sentencia Interlocutoria - CNCIV- Sala E - Nro. de Recurso: E176357 - Fecha: 7-11-1995, eIDial - AEF71). Es necesario dar prioridad al interés del menor, conforme lo establece el artículo 3.1 de la Ley 23849 y lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional" (citar: elDial.com - AA3B86).

En la especie y abundando en los fundamentos dados, el niño lleva con su padre y abuela paterna un año y medio, y según los informes, ellos brindan un ambiente adecuado a su edad.

Se mantiene, conforme los informes referenciados, una actitud querellante de parte de la actora; no se trata de sostener una descalificación continua, porque en el medio se encuentra el niño F. cuyo superior interés debe satisfacerse. De ellos surge que su padre se encontraría en mejores condiciones de detentar la custodia, no se puede soslayar que la realidad se impone por sobre cualquier especulación dogmática y ficticiamente preciosista. Por su parte, su madre no ha realizado esfuerzos para modificar su relación con el niño, tales como solicitar ayuda terapéutica, como le fuera indicado. Han pasado cinco años de tan lamentable y deplorable suceso. La justicia de Familia, como justicia de acompañamiento, ha dejado dispuesto en el fallo nro. 5 que el incumplimiento de lo dispuesto conlleva una revisión.

Por estos argumentos confirmo el fallo venido en crisis, desestimando los agravios de la actora.

Las costas de la alzada las impongo a la apelante vencida, manteniendo el principio objetivo de la derrota.

No obsta lo resuelto la reserva del caso

federal con denuncia de violación de normas de la Constitución Nacional, desde que su introducción no justifica por sí sola la existencia de un caso constitucional ni vasta para ocasionar el automático desplazamiento de leyes locales en cuestiones que por su naturaleza no son federales (SC Bs. As., 16-3-93, “Maglione, Marcelo c/ Chuit y otro”, DJ1993-2-274).

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1. Rechazar los agravios de la actora apelante. Confirmar la sentencia venida en crisis, según considerando respectivo.

2. Costas de la Alzada a la apelante vencida.

3. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del acuerdo.

4. Tener presente la reserva del caso federal.

5. Mantener la reserva del caso federal.

A la primera cuestión la Sra. juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

I) La Sra. juez de grado rechazó la demanda de alimentos y custodia incoada por la Sra. A. A. J. e hizo lugar a la reconvención y otorgó al Sr. R. A. S. S. la custodia de su hijo F.L.S. Dispuso la intervención del servicio de protección de derechos para brindar orientación en la crianza de su hijo a ambos progenitores y de la abuela Sra. G. S. y un régimen de comunicación entre la progenitora y su hijo, los días lunes y miércoles, estableciendo el modo de efectuarse.

Hace saber al progenitor y miembros de su familia extensa que deberán cumplir estrictamente el régimen de comunicación, bajo apercibimiento de revisar la custodia del niño otorgada. Impuso las costas por su orden y reguló los honorarios.

II) La Sra. defensora ante la decisión de la Sra. Juez, apela. Concedido el recurso se eleva las actuaciones a la Cámara y cumple la apelante con los artículos 262 y 263 del CPCCCh.

a) El primer agravio se refiere a la falta de nexo lógico entre la consideración de los hechos y el resolutorio y a la carencia de suficiente motivación fáctico- jurídica de lo resuelto y ello lo funda en que la motivación del considerando II señalando lo que dispone el art. 206 CC, no se condice con lo resuelto, expidiéndose valorando las conclusiones vertidas por el ETI, a los que se refiere, informes N° 1202/10, 1393/09, 1361/09.

Se refirió a lo que señalara en el alegato, que la relación del accionante con la Sra. I. fue endeble y que ha iniciado una nueva relación, por lo que el entorno al que se refiere el informe se encuentra ausente.

Alega que la Sra. J. detenta mayor coherencia para la protección del niño y que la ruptura de la pareja fue por los comportamientos violentos del Sr. S.

Embate lo manifestado por el ETI, ya que dice que transcribe los dichos del Sr. S., que se vuelcan comentarios efectuados por el vecindario que no fueron corroborados, considerando que tales dichos surgen de las desavenencias suscitadas en el vecindario.

Indica lo que entiende contradicciones entre los informes del ETI, los que no fueron advertidos por la Sra. Juez, refiriéndose a los castigos físicos del padre, con basamento en la Constitución Nacional.

Hace mención a la omisión por parte de la sentenciante de considerar el dictamen de la Sra. Asesora Civil, quien se expidiera a favor de su representada.

La injustificada inversión de la carga probatoria integra los agravios al pretender que la madre demuestre una buena madre y quien debe acreditar que su representada presenta dificultad en el ejercicio del rol materno.

Se agravia porque la Sra. Juez arriba al decisorio sólo por los informes del ETI.

Afirma que en la consideración del interés del niño está vaciado de contenido y transcribe jurisprudencia en materia de razonabilidad y coherencia en la interpretación del derecho aplicable.

b) En el segundo agravio se dirige a lo que entiende como omisión de consideración de prueba que acredita la veracidad de los hechos alegados relevantes para la resolución de la causa, como la violencia suscitada durante la convivencia, durante el embarazo y con posterioridad al nacimiento, lo que fue reconocido en la absolución de posiciones y por las testimoniales.

Asegura que la magistrada omite las dificultades que tuvo su representada para ejercer el derecho de comunicación, ya que el contacto era en el domicilio paterno, debiendo enfrentar malos tratos y rechazo de los miembros de la familia paterna y las

interrupciones del régimen de comunicación por decisión de S.

Dice que se ha omitido la consideración de los derechos fundamentales del niño que enumera.

c) El tercer agravio es una derivación de las críticas anteriores, para concluir que el rechazo a la pretensión materna podría ser una visión sesgada que juzga con mayor severidad a la mujer en razón de su género, lo que importa la vulneración del derecho a la no discriminación por razón del género.

Informa que en la actualidad continúan las conductas renuentes del progenitor, quien ofreció dinero a cambio, que la madre no cumpliera con el régimen de visita y otras actitudes que detalla.

Hace reserva del caso federal.

b) Corrido el traslado, los agravios son contestados, denunciando un hecho nuevo y peticionando apertura a prueba, lo que fue rechazado.

III) A fs. 286 se realizó la audiencia a los fines de los arts. 14 y 130 de la Ley III N°21.

Surgiendo de dicha audiencia que el Sr. S. cambió de domicilio, se ordenó un informe socio ambiental actualizado, el que se agrega a fs. 294/289, 290 y 291. Asimismo, informe de la E. del S.

Corrida vista a la Sra. Asesora de Familia, concluye que se encuentran reunidos en autos las condiciones para que se confirme la sentencia.

IV) Más allá de lo extenso de la presentación de fs. 215/223, los agravios se circunscriben a marcar lo que considera la falta de nexo lógico de los hechos y del resolutorio y criticar la valoración de la prueba hecha en la sentencia, especialmente de los informes de ETI.

Y advierto que no le asiste razón a la quejosa en cuanto a la falta de nexo lógico, toda vez que la magistrada, si bien se refiere al artículo 206 CC y en el mismo párrafo destaca que la solución en los casos de decidir sobre a quién de los progenitores se le otorgará la facultad de tener consigo al niño, "la solución deberá respetar prioritariamente el interés del menor y con este fin se atenderá a la mayor idoneidad del padre guardador para desempeñar esas funciones", y recalcó que la resolución judicial estará "inspirada en la conveniencia del hijo".

Y tales consideraciones son las que tuvo en cuenta luego de merituar la prueba, que pretende desacreditar la quejosa y que no logra.

Y la postura adoptada por la Sra. Juez sin perjuicio de lo que determina el art. 206 del CC, es coincidente con la adoptada por doctrina, jurisprudencia y emanada de congresos donde el tema fue motivo de tratamiento.

Así, el Dr. Zannoni, sostiene que respecto de los hijos de corta edad debe partirse de la presunción de que es la madre quien, normalmente, está en mejores condiciones para ejercer la guarda y asumir la educación y la dirección. Siguiendo tal lineamiento, se ha sostenido que los niños y las niñas menores de 5 años quedaban al cuidado de la madre porque se supone que entre los dos progenitores, ella posee las mejores condiciones naturales para cubrir las necesidades físicas y formativas del vástago en esa etapa de su niñez y señala que esta regla solamente se quiebra cuando el beneficio de la persona menor de edad aconseja otra solución.

Más recientemente, en el X Congreso

Internacional de Derecho de Familia, la doctora Galli Fiant, sostuvo en su ponencia que la preferencia materna que contiene al art. 206, segundo párrafo, C.C. para determinar la convivencia con los hijos menores, no es inconstitucional, sino que configuran una presunción de conveniencia para el niño y no una presunción de idoneidad de la mujer.

Sorprendentemente, y aun cuando la ponencia precitada trataba acerca de una norma de derecho interno argentino (recordamos que nos encontrábamos en un Congreso Internacional), tal postura fue adoptada –aunque reformulada- por la Comisión N°4 del Congreso, habiéndose recomendado finalmente que: "En las legislaciones que se prevén la preferencia materna para conferir la guarda de los/as hijos de corta edad, esta debe interponerse como una presunción de conveniencia para el niño, que cede ante prueba en contrario".

Frente a tales antecedentes y argumentaciones, en oportunidad de celebrarse el Congreso Internacional sobre "la persona y el derecho de fin de siglo" (1996), Cecilia Grosman sostuvo que en una futura legislación debería suprimirse la preferencia materna pues no resulta conveniente una formulación abstracta y general, debiendo los jueces adoptar decisiones teniendo en cuenta la convivencia del niño en cada caso singular, sin exclusiones discriminatorias a priori.

Por lo tanto, a la luz de este análisis no puede mantenerse legislativa y jurisprudencialmente la preferencia materna en el cuidado personal de los hijos e hijas que tuvieron menos de 5 años. Dicha preferencia únicamente tiene basamento cultural en el

estereotipo del rol materno, sin que puedan atribuirse sólidos sustentos biológicos o psicológicos.

Sentado ello, y teniendo en mira las demás consideraciones vertidas anteriormente, no puede sino concluirse que la preferencia materna en el cuidado personal de los hijos o hijas menores de 5 años resulta una pauta discriminatoria para el padre, y aun para la propia madre, no pudiendo siquiera tener justificación como discriminación positiva a favor de las mujeres.

Así, no se advierte que a través de la preferencia legal se logre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres -función esencial de toda discriminación positiva-, sino todo lo contrario.

Y, en la actualidad, la crisis del modelo familiar patriarcal y nuclear y la aparición de nuevos modelos de familia -donde existe una transformación de la composición familiar y de las funciones de sus miembros-, han traído aparejado un nuevo ejercicio de la paternidad que debe ser reconocido, no solo en beneficio del padre varón, sino en procura del bienestar esencial de los propios hijos e hijas, quienes tienen derecho desde el nacimiento a ser cuidado por sus padres, sin distinción alguna, más allá de la consideración primordial al interés superior de los/las niños/as en que debe apoyarse toda decisión al respecto (Gustavo Daniel Moreno, “Derechos de Familia”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Tomo 16, pág. 121/127, ed. Abeledo – Perrot).

Como se observa la preferencia materna absoluta se ha atenuado, pues mantener dicha preferencia a ultranza, redundaría en lo que la

apelante critica en punto a la inversión de la carga de la prueba, en autos en contra del padre, quien debe demostrar que la madre no es apta para ejercer el cuidado personal del niño.

Plasmado lo dicho, se desprende de los informes del equipo disciplinario que quien en este momento está en mejores condiciones a fin de resguardar los intereses del niño, de acuerdo a los tratados internacionales que enumera la quejosa, es el Sr. padre.

La descalificación que efectúa la apelante con fundamento en las testimoniales, por ser vecinos con los que ha tenido disputas no ha sido probado y en el reconocimiento por parte del padre de haber dado un "chirlo" correctivo, sin que surja del informe que tal hecho fuese justificado por los profesionales, para emplear la terminología que la Sra. Defensora enuncia como correcta, me permite concluir la inexistencia de "vulnerabilidad o amenaza de vulnerabilidad de derecho".

Por su parte las testimoniales ofrecidas por la actora no alcanzan para desvirtuar los informes, obsérvese que la testigo N. al preguntársele como era el trato de la Sra. con su hijo, también refirió que a veces lo castigaba, lo retaba y que el trato era bueno en general.

Los castigos los conoce por el relato de la señora al interrogarlo sobre los motivos de tener la boca hinchada y anteojos negros y un parche en el ojo, castigos que si existieron nunca fueron denunciados.

La testigo M., su testimonio deja de ser objetivo, ya que algunas de sus aseveraciones las conoce por comentarios de A., y otros por haberla

llevado para ver al niño y permanecer afuera.

Asimismo, efectúa comentarios personales y desde su óptica sobre la relación padre-madre e hijo.

La situación de las partes no ha variado de acuerdo a los informes para modificar la decisión de la Sra. Juez, y si bien en el agregado a fs. 294/296, las profesionales consignan que se vislumbran algunas modificaciones en la conducta de la Sra. J., y estabilidad en su residencia, lo que no es tan así, ya que a fs. 296 se denuncia otro domicilio, y en sus relaciones personales, expresando interés en mantener su presencia de manera constante en la vida de F., sostiene una actitud querellante y resiste la conveniencia de sostener un espacio terapéutico.

Conocido es que la terapia bajo mandato ha despertado ciertas críticas, sin embargo desde la óptica jurisprudencial, el tribunal puede instar a que todo el grupo se someta a terapia de familia, no se le puede imponer, aunque la negativa de alguno de los progenitores a hacerlo podrá constituir elemento de juicio para modificar el régimen de tenencia o visitas (“Derecho Constitucional de Familia, punto 4.d3 iii) “Terapia bajo mandato”, pág. 433 y sgtes.).

Si bien asiste razón que la familia ensamblada de la que era integrante la Sra. I., y que se alude en el informe N° 1202/10, ha desaparecido, el equipo técnico consideró en el último informe que en el momento el núcleo familiar conformado por el padre y su actual pareja le aportan al niño mayor estabilidad.

Sumado a ello la impresión de que las partes brindaron en la audiencia celebrada a los fines de los artículos 14 y 130 de la Ley III N° 21, y señalada por la Sra. Juez con cita de doctrina y la

Sra. Asesora de Menores en el dictamen de fs. 301 y vta. con la finalidad de mantener la situación de hecho imperante, otorgando estabilidad y seguridad al infante, considera que la guarda y custodia de su representado debe continuar siendo ejercida por su progenitor, señor R. A. S. S. (arg. arts. 3 y cc. de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; 6, 25, 82 y cc. de la Ley III-21 del D.J. de la Pcia. del Chubut)", y así lo resuelvo.

Asimismo, no se verifica en autos que la instancia de grado hubiere incurrido en arbitrariedad en la valoración probatoria, vicio que solo resultaría procedente en el supuesto excepcional de mediar un apartamiento palmario de las leyes y principios de la lógica, o cuando se arriba a conclusiones contrarias al entendimiento (TSJ, Santa Cruz, T. II –Interlocutorio-, R° 125, F° 207/208; T. IV –Interlocutorio-, R° 305, F° 621/624, entre otros); circunstancias estas que no se advierten en el caso subexámine, pues los medios probatorios han sido interpretados y valorados en correcta observancia de los principios de la sana crítica, máxime cuando los agravios de la recurrente trasuntan solo su discrepancia con el criterio de selección y valoración de la prueba utilizada por el juzgador a fin de apreciar los hechos de la causa, la circunstancia de haberse valido la sentenciante solo de los informes de ETI, sin referirse a los que pretende la agraviada, no da sustento a la queja, ya que sabido es que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas, solo las conducente para fundar sus conclusiones.

No quiero terminar este rechazo sin hacer mención al titulado tercer agravio, la

vulneración al principio constitucional de no discriminación contra la mujer, donde arriesga la apelante que el rechazo de la pretensión materna podría importar una visión sesgada que implícitamente juzga con mayor severidad a la mujer en razón de su género.

Los dichos de la recurrente remarcan lo que defiende, es decir, la discriminación negativa en razón del sexo.

Y más allá de lo ya sostenido en párrafos anteriores, con apoyo doctrinal de la Dra. Grossman, se preguntan Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama y Marisa Herrera en "Derecho constitucional de familia", ed. Ediar, T.I, pág. 496, "¿es atinente que el derecho continúe reforzando esta diferencia tan marcada de roles? Y se responde: "Una de las principales funciones de la ley deriva de su valor educativo. En este contexto creemos que debe desplegar su potencial de cambio al máximo, intentando adelantarse o, en su defecto, ir a la par de los cambios culturales. Los roles tradicionales que han sido construidos alrededor de los conceptos hombre y mujer deben ser desnaturalizados".

En consecuencia no se da en autos vulneración del derecho a la no discriminación por razón de género, sino que se ha probado quién es el más apto en este momento para ejercer la guarda.

Atento a lo resuelto, las costas de la alzada las impongo a la actora vencida.

A fin de regular los honorarios tendré presente, el trabajo profesional, la posibilidad que las pretensiones prosperen, el resultado obtenido y demás pautas 5, 6 bis, 13 y 46 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de

Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

Que coincide con la fórmula decisoria de la Dra. García Blanco.

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

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar los agravios de la actora apelante y confirmar la sentencia de fs. 189/197 venida en crisis.

2) Costas de la Alzada a la apelante vencida.

3) Regular los honorarios profesionales de la Dra. C. E. C. en el TREINTA POR CIENTO (30%) y de las Dras. L. N. P. y M. P. Q., conjuntamente, en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%), porcentajes a regular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado.

4) Tener presente la reserva del caso federal.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2011
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"