--- En la ciudad de Trelew, a los días de septiembre del año dos mil doce, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos Dante Ferrari y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Marcelo J. López Mesa y Carlos A. Velázquez para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“G., G. A. c/ G., J. L. s/ custodia”** (Expte. N º 72 - Año 2012) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 173. ----------

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

--- **I.** La sentencia definitiva obrante a fs. 141/143 dispuso hacer lugar a la demanda entablada, otorgando la custodia del menor D. D. G. a su madre, con costas en el orden causado.---------- Para adoptar tal resolución, la sentenciante de primera instancia valoró los elementos obrantes en la causa. Así, señaló que en el informe del Equipo de Técnico Interdisciplinario obrante en autos (fs. 110/111) se describe que durante la entrevista la pareja parental presentó posturas y discursos disímiles; la Sra. G. centró su discurso en su hijo en los cuidados necesarios para su desarrollo y el estado emocional. El Sr. G. se focalizó en la incapacidad materna, opuesta a sus habilidades parentales. Dicho informe indica además que D. ha estado viviendo con ambos progenitores desde que se encuentran separados, no asumiendo los mismos la continuidad del tratamiento psicológico del nombrado. Que actualmente el niño ha iniciado nuevamente terapia, siendo llevado por su madre quien ha asistido a las entrevistas, no así el Sr. G., como asimismo ha gestionado turno con una nutricionista para su hijo. Durante la entrevista individual D. relata momentos gratificantes compartidos con su madre y sus medio hermanos, pudiéndose observar a la salida demostraciones espontáneas y recíprocas de cariño entre la madre y D.. A modo de conclusión el Equipo Técnico Interdisciplinario informa que en este etapa la Sra. G. se encuentra más involucrada en los deberes y responsabilidades parentales y con claridad respecto a cuales son las necesidades de su hijo, presentando un proyecto de vida con su hijo. Asimismo no evidencia indicadores de riesgo en las capacidades parentales, encontrándose fortalecida para sortear dificultades y conflictos. Respecto al Sr. G. expresan que no evidencia preocupación por el estado emocional del niño, negando y minimizando aspectos concretos de la realidad de éste. Se infiere de su relato –afirman– un sentido de posesión respecto de su hijo. Descalifican el interés de la madre para con su hijo, significando en ella un interés material, como lo es la vivienda que fuera de la pareja. Por último evalúan que en la actualidad es la Sra. G. quien puede asegurarle al niño D. una atención, cuidado, estabilidad y seguridad emocional que necesita.---------- Consideró además la *a quo* que la prueba documental ofrecida no aportaba nada que indujera a modificar la situación de hecho del niño, quien actualmente se encuentra

viviendo con la Sra. G.. Tuvo en cuenta asimismo que la Asesoría interviniente expresó su opinión de que el requisito de idoneidad para la atribución de la custodia se encuentra presente en mayor medida en la progenitora de D., sugiriendo su atribución a la Sra. G.. Añadió la juzgadora que en la celebración de la audiencia de vista de causa, de la prueba confesional y los alegatos efectuados, no surgía motivo alguno que llevara al convencimiento de no otorgar la custodia de D. a su madre, por lo que, citando la legislación vigente, se pronunció en tal sentido.

---------- **II.** El decisorio es apelado por la parte demandada a tenor de la pieza obrante a fs. 156/157, que contiene, en resumen, los siguientes motivos de crítica: 1) dice causarle gravamen que se haya hecho lugar al pedido de la actora sobre la custodia de su hijo menor, fundando la decisión en bases que no han tenido en cuenta el interés del mismo y el de su parte, es decir en su interés superior. Expresa que si bien la señora jueza de grado hizo lugar a la demanda con mención de dicho principio rector, se basó en una valoración parcial de la prueba producida en autos, faltando razones fundadas en el mejoramiento de su situación y la falta de idoneidad de su parte para ejercer la guarda del hijo. 2) En lo que respecta a la fundamentación utilizada para hacer lugar a la demanda, afirma que la sentencia resulta en parte contradictoria y yerra de esta manera en sus conclusiones. Ello debido a que al resolver la cuestión hace referencia precisamente a los informes precedentes de distintos profesionales del ETI interviniente, los cuales expresan que la actora no evidencia factores de riesgo, pero tampoco este informe indica que los habría respecto de su parte. Sin embargo –afirma– también obran en el expediente otros informes, los cuales no han sido ni siquiera mencionados ni tenidos en cuenta al momento de valorar la idoneidad de los padres en la sentencia. Al respecto hace referencia a los informes médicos y de la escuela a la que asiste el niño, los cuales detallan entre otros datos que, mientras el menor estuvo viviendo con el apelante, su desempeño en clases y presentación (vestimenta y aseo) era mucho mejor que el que presentaba cuando convivía con su madre; que tampoco se observaron moretones en el cuerpo del menor en su convivencia con el padre, a diferencia de las que se evidenciaban mientras estuvo al cuidado de su madre, la cual justificó en una enfermedad del niño, carente de mayores testimonios por parte de los profesionales de la medicina. 3) Agrega que luego de ello, la sentenciante inexplicablemente concluye que la madre estaría en una situación de mayor idoneidad respecto del padre, sin que en dicha conclusión se hiciera referencias a los informes médicos y escolares y, en todo caso, por qué estos no serían valorados. 4) Expresa a continuación que es muy pobre y forzada la fundamentación que realiza la Señora Jueza de primera instancia en este sentido. El apelante entiende que hay una errónea apreciación exegética, tanto del principio del "interés superior del niño" como así también al realizar la valoración sobre la idoneidad de la actora y la falta de la misma respecto del demandado para ejercer la guarda, afirmando que en ningún

momento del proceso se acreditó que su parte no fuera idónea para el cuidado del menor. Hace notar que el fallo dictado aprecia de manera arbitraria la idoneidad de la actora sobre la del recurrente para el cuidado del hijo menor, que durante la mayor parte de su vida –asevera– ha convivido con el padre, habilitando asimismo el contacto necesario con su madre.---------- A renglón seguido el apelante planteó “hechos nuevos”, de los que se corrió traslado a la contraria, quien contestó a través de la Defensoría Pública apoderada conforme la pieza obrante a fs. 160/161, en la que solicitó el rechazo del planteo, lo que así es resuelto por esta alzada a tenor del interlocutorio SIF 21/12 (fs. 163/vta.).

---------- **III.** Contrariamente a lo sostenido por el apelante, una detenida lectura del fallo permite comprobar que la sentenciante sopesó de manera prudente y razonable las probanzas aportadas a la causa, a fin de arribar a la decisión adoptada. En particular, se impone señalar que en la causa existen elementos que en nada favorecen la postura crítica adoptada por el quejoso. En efecto, así como en su pieza de agravios alude a alguna situación de violencia sufrida por el niño hallándose al cuidado de la madre, el informe del ETI también da cuenta de hechos de violencia verbal y física por parte del señor G. (inf. cit., fs. 110), de su incumplimiento a la citación para la asistencia psicológica de D., debiendo intervenir el SPD para que el niño concurriera a la entrevista (inf. cit., fs. 110 vta.), así como que el Sr. G. “no evidencia preocupación por el estado emocional del niño, negando y minimizando aspectos concretos de la realidad de este” (textual, inf. cit., fs. 111). Dicho informe concluye expresando que “En esta etapa, la Sra. G. más involucrada en los deberes y responsabilidades parentales y con claridad respecto a cuáles son las necesidades de su hijo evidenciando mayor plasticidad para satisfacer las mismas” (textual, inf., fs. 110).---------- A su turno, el Sr. Asesor de Familia e Incapaces, Dr. Alfredo O. Martín, opinó que “el requisito de idoneidad para la atribución de la custodia se encuentra presente en mayor medida en la progenitora...” (dictamen, fs. 132), criterio que ratificó en la audiencia celebrada en esta Cámara (ver acta de fs. 171).---------- Por otra parte, no puede soslayarse asimismo que el demandado no concurrió a la audiencia señalada en esta alzada (Conf. acta de fs. 171), privando al tribunal de la posibilidad de una adecuada composición de intereses entre las partes. Este aspecto no deja de tener trascendencia, ya que también corresponde evaluar las conductas observadas por las partes en el proceso (Conf. Art. 165 –antes 163-, inc. 5°, tercer párrafo, C.P.C.C.; su doctrina), pues bien se ha dicho que ante estos supuestos, el juez “de acuerdo a las particularidades del caso y a la conducta obrada por las partes, reparará en la quiebra del deber de colaboración, haciéndolo jugar contra el infractor al representar un módulo de utilización razonablemente adecuado para arribar a la acreditación de las afirmaciones controvertidas”; esto es, aplicando la directiva procesal emergente del Art. 163, inc. 5°

ya citado ante la “falta de cooperación activa” (Conf. Morello, A.M., “La prueba – Tendencias modernas” – pág. 60/61 – Ab. Perrot, 1991 – en igual sentido, mi voto en Expte. 410 – SDC. 46/09).---------- En síntesis, en vista de la inconsistencia de las argumentaciones fácticas y jurídicas esgrimidas por el apelante, así como una genérica alusión al “interés superior del niño” sin adecuado correlato en el marco probatorio, ello priva a la pieza de agravios de aptitud suficiente para desmerecer la decisión adoptada en el caso, sin que se avizoren motivos plausibles para modificar la custodia otorgada en favor de la madre (Art. 264, inc. 5°, C. Civil), de manera que propondré la confirmación del recurso en todo cuanto ha sido materia de apelación, con costas al perdidoso (Art. 98, Ley III N ° 21 – Art. 69, C.P.C.C.).----------

--- En caso de que este criterio sea compartido, propicio fijar los honorarios de la letrada actuante en esta sede, Dra. A. B., en ocho (8) Jus (arts. 5, 6 bis, 13, 46 y conc., Leyes XIII Nros. 4 y 15).----------

Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.----------

--- **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 cuestionamiento relativo a que la sentencia de grado no ha tenido en cuenta el “interés superior del niño”, tal alegación ha sido realizada en forma general, abstracta y sin correlacionarla con cuestiones concretas de la causa, lo que implica una alegación inviable, carente de apoyatura en las constancias de la litis y, como tal, se ha convertido en una muletilla que no posee sustancia a la cual atender aquí.----------

--- Es dable recordar aquí cuanto dijera en un voto de mi autoría, donde recordé que sobre el "interés superior del niño" se han volcado muchos adjetivos, pero pocas sustancialidades (esta Sala, 10/02/2010, “S., E. B. c/ N., J. d. l. C. s/ custodia y alimentos” (Expte. N º 581 - año: 2009), según mi voto). ----------

--- Sobre este concepto jurídico indeterminado, abierto al extremo, se ha dicho con agudeza que "será difícil encontrar otro concepto dentro del Derecho que, como el interés superior del menor, haya tenido tantos calificativos dotados de una variedad tan extrema y de naturalezas tan diferentes. Alfa y omega del derecho de familia" (CHABERT, Cyril. «L'intérét de l'enfant et les conflits de lois». Aix Marseille. 2001. pp. 17, 18, 25 y ss.).----------

--- Sobre el concepto se ha dicho también que se trata de una "noción proteiforme; bolsa donde todo cabe; noción funcional y operatoria; instituyente; rebelde o subversiva

contra los mecanismos jurídicos tradicionales; noción fluida; comodín; atrapa todo; ratio legis del derecho de familia; condición de oportunidad; argumento de equidad; factor de aproximación entre sistemas jurídicos; delegación del poder normativo o una abdicación del legislador; obsesión paidocéntrica; noción mágica" (Rubén Santos Belandro, "El Interés Superior del Menor en el Derecho Internacional Privado", p. 1).----------

--- Resulta innegable que el interés superior del niño no puede terminar convirtiéndose en un "muñeco de ventrílocuo" que se utilice para colocar como elemento visible de una voluntad judicial inasible o esquiva; ni puede este concepto ser el sustituto de una motivación suficiente o adecuada de una resolución judicial atinente a menores (esta Sala, 10/02/2010, “S., E. B. c/ N., J. d. l. C. s/ custodia y alimentos” (Expte. N º 581 - año: 2009), según mi voto). ----------

--- Agudamente se ha expuesto que "tantos adjetivos -muchas veces provenientes del mismo intérprete- generan la duda acerca de si es posible encontrar algún núcleo compartido entre todos los estudiosos, como forma de que el tan recurrido "interés superior del menor" pueda ser un concepto realmente operativo en el campo del Derecho. Muchos de ellos –la mayoría- reflejan una actitud de simpatía en cuanto a adoptar una actitud favorable hacia la minoridad. Otros, dan la impresión de recelo, de reserva, cuando no de displicencia. Pero, más allá de las actitudes subjetivas de cada quien, lo que asombra es la diferente naturaleza que esas expresiones reflejan en cuanto a un concepto que para convertirse en universal –como es su aspiración- debería tender a la mayor uniformidad posible en su inteligencia. El realce de cada cualidad repercute en su forma de funcionamiento: concepto abstracto y general y, por tanto, inmutable; noción concreta y específica y, por ende, cambiante; precisión material o sustantiva, regla formal, actitud ética; expresión de los derechos fundamentales del ser humano; técnica de actuación del juez; constituyen en forma resumida algunos de los abordajes que el intérprete podría realizar. Parecen demasiados atributos para una sola idea" (Rubén Santos Belandro, "El Interés Superior del Menor en el Derecho Internacional Privado", p. 1).----------

--- Compartiendo muchas de estas sagaces observaciones, y 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, apegada al caso fallado (esta Sala, 10/02/2010, “S., E. B. c/ N., J. D. l. C. s/ custodia y alimentos” (Expte. N º 581 - año: 2009), según mi voto). ----------

--- Dado que el apelante no ha traidor precisiones sobre cómo se produciría la violación de este principio en el caso, y no surgiendo manifiesta tal violación, la alegación debe desecharse sin más.----------

---- Entrando al segundo cuestionamiento, referido a la apreciación de la prueba por el a quo, he de decir que del repaso de las constancias de la causa surge claramente

establecido que la a quo valoró prudentemente y con tino y razonabilidad la prueba colectada en la litis, arribando a una decisión proporcionada a ella.----------

--- No puede soslayarse, pues ello salta a la vista de una lectura atenta de la causa, que en ésta obran constancias que no avalan la tesitura del recurrente.----------

--- Si bien el apelante pretende hacerse fuerte en una constancia que afirma la existencia de una situación de violencia padecida por el niño, mientras se encontraba bajo la guarda de su madre, no es menos cierto que el informe del ETI acredita la existencia de hechos de violencia verbal y física por parte del señor G. (cfr. fs. 110), así como de la reticencia de éste a la citación del niño para su asistencia psicológica, tornándose necesaria la intervención del SPD a efectos de que el niño asistiese a la entrevista (cfr. fs. 110 vta.).----------

---También se ha acreditado en el informe del ETI que el Sr. G. “no evidencia preocupación por el estado emocional del niño, negando y minimizando aspectos concretos de la realidad de éste” (cfr. fs. 111), cerrándose dicho informe con una conclusión que contrasta con la tesitura sostenida por el apelante: el organismo ya reiteradamente citado asevera como conclusión de su informe que “en esta etapa, la Sra. G. más involucrada en los deberes y responsabilidades parentales y con claridad respecto a cuáles son las necesidades de su hijo evidenciando mayor plasticidad para satisfacer las mismas” (cfr. fs. 110).----------

--- También el Asesor de Familia e Incapaces actuante, Dr. Martín, se expresó en parecidos términos tanto en su dictamen, de fs. 132, como en el acta de audiencia en esta sede de fs. 171.----------

--- Ninguno de los extremos de hecho que el apelante invoca en su defensa constituyen prueba demostrativa del desacierto de la resolución apelada, permaneciendo el recurrente en el plano de la opinión, de la subjetividad.----------

--- Y no cabe hacer a un lado, al analizar la solución a darse a este conflicto, la conducta de las partes en el proceso, que es una pauta axial de resolución de las disputas (Art. 165 inc. 5, CPCC).----------

--- Así, en primer lugar, no cabe soslayar que el apelante obstruyó con su conducta el tratamiento psicológico de su hijo y que luego no concurrió a la audiencia señalada en esta alzada (cfr. fs. 171), lo que implica una falta de colaboración con el tribunal en la tarea de hallar la verdad jurídica objetiva de esta causa, a la par de intentar una justa armonización de los intereses en juego.----------

--- Bien se ha dicho que la actitud de las partes desde el inicio y durante el proceso es elemento de juicio válido y corroborante para ser tenido en cuenta al dictar sentencia (C. Nac. Trab., sala VII, 07/08/1995, “Antos, Jorge L. y otro c. Boehringher Arg. S. A.”, DT 1995-B, 2278 y DJ 1996-1, 697).----------

--- La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso puede constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas para juzgar la

procedencia de las respectivas pretensiones (Art. 163 cpccn. inc. 5) pues en el proceso no sólo tienen eficacia las manifestaciones de voluntad sino también las actitudes omisivas, de conformidad con lo que se ha dado en llamar "principio de autorresponsabilidad" que se imputa a quienes actúan ante la jurisdicción judicial (C. Nac. Com., sala A, 19/10/2006, “Vilariño, Jorge v. Rodríguez, Ángel s/ ordinario”, en AP online).----------

--- Por tales fundamentos, habré de acompañar la propuesta del Dr. Ferrari de confirmar el decisorio impugnado en cuanto fuera materia de recurso y agravios, imponiéndose las costas de alzada a la apelante vencida en esta instancia (cfr. Art. 69 C. P. C. y C).----------

--- También propiciaré la regulación de los emolumentos de la Dra. A. B., en ocho (8) Jus, cuantía que se justifica en atención a la extensión, mérito, calidad y resultado de las respectivas tareas cumplidas en la alzada (arts. 5, 6 bis, 13, 46 y conc., Leyes XIII Nros. 4 y 15).----------

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

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN,** el Dr. Ferrari dijo: ----------

--- En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponderá por tanto: **I) CONFIRMAR** el fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de apelación. **II)** Con costas al recurrente, fijándose los honorarios de la letrada actuante en esta sede, Dra. A. B., en ocho (8) Jus.---------- 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 septiembre de 2012.----------

--- 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**: ----------

--- **CONFIRMAR** el fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de apelación. ----------

---- **IMPONER** las costas al recurrente, fijándose los honorarios de la letrada actuante en esta sede, Dra. A. B., en ocho (8) Jus.----------

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

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

MARCELO J. LOPEZ MESA
JUEZ DE CAMARA

CARLOS DANTE FERRARI
PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL N º _04__ DE 2012 – SDF. Conste.-

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA