--- En la ciudad de Trelew, a los días de agosto del año dos mil catorce, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Natalia Isabel Spoturno y Marcelo J. López Mesa y para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“M., R. c/ Y., N. G. s/ Custodia” (Expte. 51 - Año 2014 CAT)** 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. 134. ---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez expuso:----------

----I.- Promovieron los padres, respectivamente, demanda y reconvención por la custodia de sus hijos menores A. M. (15 años), J. C. (13 años) y B. J. M. Y. (7 años). La sentencia de primera instancia finalizó el proceso desestimando la demanda y acogiendo la reconvención, de modo que otorgó la custodia de dichos menores a su madre, la demandada reconviniente N. G. Y..- ----------

----Tal pronunciamiento fue apelado por el actor reconvenido perdidoso, quien para fundar su recurso expresó, en apretada síntesis, los agravios que a continuación trataré.- ----------

----II.- Manifestó el recurrente que la sentenciante basó su decisorio en un único informe del Equipo Técnico Interdisciplinario (E.T.I.) que se hallaba impugnado, informe este que los profesionales elaboraron dejando al margen métodos científicos, como la evaluación de las actividades escolares, lúdicas y el desenvolvimiento personal de los menores.- ----------

----No es exacto que la juzgadora del grado anterior apoyara su pronunciamiento únicamente en el informe del E.T.I. obrante a fs.73/vta., pues ella también apreció los anteriores de ese organismo yacentes a fs. 24 y 38, así como el incorporado a fs. 25 del expediente que corre por cuerda separada, atendiendo a la par a la escucha que hiciera de los niños involucrados, oídos a fs. 51 (ver fs. 92 “in fine” y 92 vta., párr. 1°).----------

----Tocante a la impugnación del último informe, señalaré que el mismo fue elaborado sobre el cimiento de las audiencias previas realizadas por los profesionales (fs. 73, párr. 3°), esto es las entrevistas individuales con los tres hijos de la unión que mentaron a fs. 24, párr. 2° y 25, párr. 2° de la causa sobre violencia familiar, oportunidades en las que bien pudieron los entrevistadores conocer las actividades escolares, sociales y personales llevadas a cabo por los menores.- ----------

----III.- Adujo luego el apelante que la denegatoria de producción de pruebas pertinentes afectó su derecho.- ----------

----Ya este tribunal se ha expedido sobre la cuestión mediante la sentencia interlocutoria fs. 113, de modo que la decisión sobre ella quedó a esta altura cubierta por la preclusión.----------

----Debe notarse que denegada la producción de pruebas por el Juzgado de Primera Instancia en su día, el actor las replanteó en su expresión de agravios cual el art. 263 inc. 2° C.P.C.C. le autorizaba, mas, incumpliendo una manda de ese precepto, sin fundar esa petición, es decir, sin incluir en su escrito una crítica razonada de la providencia de denegatoria de las pruebas ofertadas que pusiera en evidencia el pretenso error del magistrado al repelerlas, lo que forzó a esta alzada a rechazar el replanteo (confr.:Quadri, “Los recursos ordinarios en el proceso civil”, Abeledo - Perrot 2013, págs. 359 y sgts.). Mal cabe entonces invocar la afectación del derecho de defensa, pues, es sabido, éste no ampara la negligencia, ineficiencia o incuria de los litigantes, conforme tantas veces declaró la Corte Suprema Nacional (Fallos 226:700, 227:646, 229:666, 239:51, 280:351, 287:145, 288:418; esta Sala, c. 268/08 S.D.C. 27/09, c. 646/09 S.D.F. 5/10).- ----------

----IV.- También sostuvo el impugnante que su estado de indefensión fue agravado por la circunstancia de que del último informe del E.T.I., el de fs. 73/vta., no se le corrió vista a él.- ----------

----En este punto promedia un yerro del recurrente, pues la Señora Jueza “a quo” puso ese informe en conocimiento de las partes mediante providencia de fs. 82, la que fue notificada electrónicamente al actor según constancia fs. 85, conforme lo dispuesto por el art. 137 últ. párr. C.P.C.C. A tal punto conoció el recurrente el informe en cuestión que lo impugnó a fs. 86/87 vta.- ----------

----V.- Expuso igualmente el quejoso que, sin motivo justificante, la sentencia ha alterado la situación de hecho imperante, apartándose del criterio doctrinario y jurisprudencial de no innovar cuyo fundamento estriba en la presunción de que una modificación en la convivencia implica cambios de escuela, entorno familiar y social, cuando los menores necesitan de estabilidad en el domicilio.- ----------

----Aquí subyace una equivocación conceptual o interpretativa del apelante en cuanto al alcance de la doctrina que trajo a colación. El tal criterio de no alteración de la situación de hecho, salvo la concurrencia de motivos graves, rige en relación a las modificaciones del domicilio de los menores, a fin de evitar el desplazamiento del centro de vida de los mismos, pero la noción no es aplicable a la definición de la custodia entre un progenitor que la ejerce de hecho y aquel otro que la reclama de derecho cuando el cambio no implicará innovación en la radicación de los vástagos de la pareja, en tanto es la madre excluida antes del hogar familiar la que será reintegrada al mismo.- ----------

----VI.- Afirmó el recurrente que fue injusto atribuirle al padre una actitud pasiva frente a la problemática de los hijos menores, toda vez que fue él quien acudió al Servicio de Asistencia a la Víctima, a la Fiscalía y a la Defensoría Oficial en procura de asesoramiento ante la violencia desplegada por la madre.----------

----Marrado viene este argumento, porque la conclusión del E.T.I. en este aspecto se fundó en el rol paterno en la cotidianidad de la vida de los menores, en la cual el progenitor se mostró laxo en la puesta de límites (fs. 24, últ. párr.), requiriendo los

jóvenes una mejoría en cuanto a orden, higiene y rutinas, déficit inexistente cuando la madre se hallaba en el hogar (fs. 73 penúlt. párr.).----------

----VII.- Argumentó asimismo el apelante que no fueron atendidas adecuadamente por la sentenciante las entrevistas personales con los niños.----------

----No sólo la magistrada del previo grado atendió a las entrevistas, cual surge de fs. 51 y de su cita de fs. 93, párr. 3°, sino que esta alzada reiteró el contacto con los menores a fs. 127, cual lo imponía el art. 130 de la Ley III n° 21, ocasión en la que los dos de superior edad -y en función de ella y su madurez en condiciones de formar juicios propios en asunto que los afecta (art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; arts. 3 inc. “b” y 24 inc. “b” de la Ley 26.061)- fueron claros al expresar su voluntad de convivir con la madre, apreciación que debe ser “tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que los afecte”, cual reza el art. 27 inc. “b” de la ley citada. La opinión en contrario del más pequeño, de escasos siete años y muy inferior madurez, cual pudo ser apreciado en la audiencia celebrada, ha de valorarse con mayor cautela ante su ausencia de discernimiento (art. 921 Cód. Civ.).----------

----En tal pugna entre el derecho del padre a la custodia de sus hijos menores y el bienestar de éstos debe preponderar el último, pues se trata nada menos que del interés superior de los niños, quienes deben ser considerados como sujetos de derecho y no cual objetos de derechos de los adultos (art. 3 inc. “a” de la Ley 26.061 y pto. 2 inc. “b” de la Reglamentación de la Ley III n° 21, Anexo I del Dec. 1.631/99; C.S.N., Fallos 310:2214). Planteado el conflicto entre los derechos e intereses de los menores frente a otro derecho legítimo, deben prevalecer los primeros, por expresa disposición del art. 3 “in fine” de la Ley 26.061.----------

----VIII.- Por lo expuesto y en coincidencia con el dictamen de la Asesoría de Familia e Incapaces de fs. 131/132, concluyo que la sentencia apelada merece ser confirmada en todo cuanto fuera materia de agravios.- ----------

----Tratándose la presente de una cuestión de familia no patrimonial, no corresponde la aplicación rígida del principio de la derrota como base de la condena en costas, porque es lógico y hasta plausible que los parientes procuraron ejercer su función y, en definitiva, al ser pronunciada la decisión se atiende a lo que mejor conviene a la menor. En la especie la intervención judicial ha venido impuesta, no por una contienda en su acepción técnico-procesal, sino por un hasta cierto punto comprensible disenso entre los involucrados en un cuadro de situación propio de una familia cuya dinámica resulta disfuncional; procede entonces imponer las costas de primera instancia en el orden causado, cual bien decidió la Señora Jueza “a quo” (art. 69 párr. 2° C.P.C.C.; confr.: Cám. Apel., C. y C. Bahía Blanca, Sala I, con laudatoria nota al pie de Wetzler Malbrán, “Costas por su orden...”, en E.D. 136-522/523; esta Sala, c. 18.125 S.D.C. 8/03, c. 19.635 S.D.C. 31/04, c. 268/08 S.D.C. 27/09, c. 449/10 S.D.F. 1/11, c. 153/12 S.D.F. 7/12).-----------

----Los honorarios de los Dres. H. R. T., R. L. y L. A. S., por sus labores de alzada y atendiendo a la extensión, calidad y resultado de los mismos, deberán ser regulados en las sumas respectivas de $ 1.115, de $ 2.350, de $ y de $ 775 (arts. 5, 6 bis, 7, 9,13, 29 de la Ley XIII n° 4).- ----------

----Voto pues en esta cuestión por la AFIRMATIVA.- ----------

---- **A LA PRIMERA CUESTIÓN:** la Dra. Natalia Isabel Spoturno dijo: ----------

---- I. Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravios expuestos por el apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada. ----------

----Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, tal como lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 CPCC, bastarán las consideraciones siguientes: ----------

----II. Ingresando al tratamiento de los agravios, lo haré en el orden propuesto por el colega que me precedió en el voto. ----------

----III. Atinente al agravio que dice que la sentencia carece de fundamentos y consecuentemente resulta arbitraria por basarse en un único informe del Equipo Técnico Disciplinario, debo decir que con sólo mirar la causa se observa que esta afirmación ─y en consecuencia el agravio─ carece de sustento. Fundó la jueza del grado anterior su decisión teniendo en cuenta cuatro informes del ETI ─obrantes a fs. 24, 38 y 73 de esta causa y fs. 25 del expediente sobre violencia familiar agregado por cuerda─. Fundó su decisión también en las conclusiones a las que arribó después de entrevistarse personalmente con los niños según acta obrante a fs. 51. Esta sola circunstancia alcanza para rechazar este primer agravio por la simple razón que el agravio en sí mismo entraña una falsedad. ----------

----Sin perjuicio de lo expuesto y en cuanto a la impugnación efectuada por la parte actora contra el último informe del ETI, además de las consideraciones vertidas por el Dr. Velázquez respecto de las audiencias previas al informe efectuadas por los profesionales con los menores, existe una circunstancia fundamental que hace que la impugnación no pueda atenderse. El Equipo Técnico Interdisciplinario está conformado por profesionales con títulos habilitantes en las respectivas disciplinas. Es por esta razón, un recurso de valor para el juez al momento de decidir. Esto es así porque los jueces carecemos de formación en las disciplinas que abarca el ETI. Entonces, para fundar válidamente una impugnación contra un informe del ETI no es suficiente hacerlo con meras discrepancias sin el correspondiente sustento técnico y científico. Considero que, los argumentos dados por el Dr. Velázquez sumados a los dados por la suscripta hacen que este agravio también deba ser rechazado en este aspecto.----------

----IV. El agravio relativo a la denegatoria de prueba tampoco tendrá favorable acogida. Esta cuestión fue resuelta mediante sentencia interlocutoria N° 14/2014 dictada el día 07 de mayo de 2014, habiendo sido alcanzada por la preclusión.----------

----V. El apelante dice que se omitió en primera instancia correrle el pertinente traslado

del último informe del ETI. Nuevamente, con sólo mirar la causa se observa la sinrazón de esta afirmación. El traslado fue corrido y contestado por la actora por lo que mal puede invocar que su derecho de defensa haya sido violado.----------

----VI. Con relación al agravio que esgrime la actora diciendo que la sentencia ha alterado la situación de hecho imperante, no puedo más que rechazar también este agravio. La doctrina que invoca como sustento de su agravio no resulta aplicable en la presente causa. No se advierte que la decisión tomada en el grado vaya a alterar el llamado “centro de vida” de los niños. De hecho, dado que la sentencia ordena la reintegración de la madre al hogar, no hay cambio de centro de vida en el caso. ----------

----Las medidas cautelares dictadas en el marco de un proceso por violencia familiar permiten ─como ocurrió en la presente─ excluir transitoriamente del hogar a uno de los progenitores. Esta posibilidad legal es una rápida solución para los casos reales de violencia familiar. Sin perjuicio de ello, también sirven ─muchas veces─ para lograr fines distintos a los previstos en la norma, fines que por supuesto no se ponen de manifiesto. Pero, lo que no puede admitirse en esta instancia es que frente a una medida cautelar que ya quedó sin efecto por haberse cumplido el plazo dispuesto por la jueza, la parte que la pidió, aproveche esa situación de hecho creada por esa misma parte, para pretender ahora esgrimirla como fundamento de su derecho. ----------

----VII. Cuestiona el apelante que la jueza de la anterior instancia haya valorado de manera negativa la pasividad del actor. Dice que no es cierto que el padre haya mostrado una actitud pasiva cuando fue él mismo quien concurrió al Servicio de Asistencia a la Víctima, Fiscalía y Defensoría Oficial. Advierto en este punto que no se hace cargo la demandada de los fundamentos de la sentencia cuando trata este punto. Dijo la jueza: “Es sabido que detrás de las denuncias de violencia familiar existen motivaciones ocultas relativas a cuestiones que se desprenden de la separación (patrimoniales, de vivienda, tenencia de hijos). Se usa la ley de violencia familiar para concretar en forma expedita y abrupta una separación que cuesta abordar, pues uno de los efectos más inmediatos y contundentes es interrumpir la convivencia a través de la exclusión del denunciado. Tal circunstancia surge de los dichos de M. y Y. en la entrevista mantenida con ellos, en forma individual y en conjunta en audiencia de fs. 70 y fs. 71…”. Esto significa que la denuncia efectuada por el actor contra la demandada por violencia familiar, tuvo una lectura diferente por parte de la jueza que por parte de la hoy apelante.----------

----Además y para finalizar el tratamiento del presente agravio cabe resaltar que cuando la sentencia alude a la pasividad del progenitor, lo hace en relación al cuidado de los hijos y del hogar, no habiendo intentado la actora argumentos contra esta conclusión de la sentencia.----------

----VIII. Las entrevistas con los niños fueron tenidas en cuentas al sentenciar por la jueza de la anterior instancia conforme surge del propio texto de la sentencia. ----------

----Más allá de esta entrevista, obra a fs. 127 el acta de la audiencia celebrada por esta

Cámara con los menores ─art. 130 de la Ley III n° 21─. En esta ocasión, los dos mayores expresaron su voluntad de vivir con la madre. El menor dijo preferir vivir con el padre. Conforme con lo dispuesto por el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño reglamentado mediante Ley 26.061, la opinión de los niños será tenida en cuenta al momento de decidir. ----------

----El principio rector debe ser el interés superior de los tres niños. Por ello, y sin perjuicio de la opinión en contrario del hermano menor ─escuchar a los niños y tener especialmente en cuenta sus opiniones, no significa que los jueces estemos obligados a decidir según la voluntad de los niños─, es que considero que la decisión a la que arribó la jueza de grado es la correcta y la que mejor responde a este interés superior que no debe perderse de vista. ----------

----III. Por lo expuesto y de conformidad con lo dictaminado por el Asesor de Familia a fs. 131/132, acompaño la propuesta del Dr. Velázquez de confirmar el decisorio impugnado en cuanto fuera materia de recurso y agravios, imponiéndose las costas de alzada en el orden causado (art. 69 2° párrafo CPCC). Esto así por tratarse de una cuestión de familia no patrimonial en la que no corresponde atenerse al principio objetivo de la derrota como base de la condena en costas.----------

----También propiciaré la regulación de los honorarios de los Dres. H. R. T., R.L. y L. A. S.., en las sumas respectivas de $ 1.115, de $ 2.350 y de $ 775, montos que se corresponden con la extensión, mérito, calidad y resultado de las tareas cumplidas en la alzada (arts. 5, 6bis, 7, 9, 29 y 46, Ley XIII N° 4).----------

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

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez respondió: ----------

------Frente al acuerdo alcanzado al tratar las precedentes cuestiones, corresponde: a) confirmar la sentencia apelada en lo que fuera materia de agravios; b) imponer las costas de segunda instancia en el orden causado; c) regular los honorarios de los Dres. H. R. T., R. L. y L. A. S., por sus labores de alzada, en las sumas respectivas de $ 1.115, de $ 2.350, de $ y de $ 775.- ----------

----ASÍ LO VOTO.- ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** la Dra. Spoturno expresó: ----------

----Tal como lo he adelantado, comparto la resolución propuesta por el Dr. Velázquez en todos sus términos, votando en consecuencia en idéntico sentido. ASÍ LO 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 agosto de 2014. ----------

----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 la sentencia apelada en lo que fuera materia de agravios. ----------

----IMPONER las costas de segunda instancia en el orden causado. ----------

----REGULAR los honorarios de los Dres. H. R. T., R. L. y L. A. S., por sus labores de alzada, en las sumas respectivas de $ 1.115, de $ 2.350, de $ y de $ 775.----------

---

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

CARLOS A. VELAZQUEZ
PRESIDENTE

NATALIA I. SPOTURNO
JUEZ DE CAMARA

---- REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2014 – SDF.- CONSTE.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO