Comodoro Rivadavia, veinticinco de abril de 2008.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados **"B., P. A. c/ P., E. D. s/ RESTITUCIÓN DE MENOR (Legajo Copias Art. 250.2 CPrC)", Expte. Nro. 16.742/2008**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia Nro. 2 (Expte. Nro. 7/08).

I.- Que se encuentra a resolución el recurso de apelación que a fs. 30, interpuso el demandado, Sr. E. D. P. , contra los proveídos de fs. 11, 12 y 14 de este legajo de copias en cuanto ordenan la restitución de la niña B. I. P. y el libramiento de mandamiento.

Se agravia a fs. 54/58. Considera apresurada la decisión del a quo que ante toda falta de evidencia del contenido de la demanda ordenó la restitución de la niña siendo tratada como un objeto de controversias de los adultos y no como sujeto de derecho en contravención a lo dispuesto por la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Indica que previo a tal accionar debió darse participación a B. en virtud de lo previsto por el art. 12 de la citada convención. Considera violento haber obligado a la niña a retirarse del hogar en ausencia de su padre, oportunidad en que la niña no quiso ir con su madre.

Entiende que también se ha violado el derecho del padre quien mantiene la patria potestad de la niña porque fue la Sra. B. quien se retiró del hogar conyugal. Señala que ante el Juzgado de Familia Nro. 1 de Pico Truncado se interpuso una medida de Protección al menor.

Señala que la decisión del a quo carece de fundamento pues ha quedado acreditado en autos que

la niña vive desde que nació en el domicilio real del padre y que cuenta con más de 5 años de edad, que sus padres no están separados por sentencia firme por lo que el padre nunca perdió la patria potestad (arg. art. 264 del C.C.), que la tenencia al momento de la interposición de la demanda la ejercía el padre y que la actora no acreditó tenencia legal al momento de la resolución. Sostiene que el juez debió aplicar las disposiciones del art. 206 del Código Civil, porque B. tiene más de cinco años, indica que tampoco dio motivos por los que la conducta del padre desaconseje hacerlo responsable de su hija.

A fs. 82/84 contesta agravios la actora, solicita la confirmación de la medida.

II.- Que no obstante la falta de metodología del recurso en cuanto a la decisión que se recurre (ver fs. 30 y 52) y fundamentos técnicos de impugnación de la sentencia dictada en autos, a fin de no incurrir en rigorismo formal que perjudique la vía recursiva y en beneficio de la salvaguarda del derecho de defensa en al ámbito del debido proceso, se procede a analizar la temática presentada.

III.- Del análisis de la causa surge que la presente medida iniciada por la madre de B. en el mes de enero del presente año, tuvo por objeto la restitución de la niña que habría sido retenida por su padre en el domicilio de la abuela paterna en la localidad de Pico Truncado.

Encontrándose separados de hecho las partes, desde agosto de 2007, y sin régimen de tenencia y comunicación formalmente conciliado, acordaron que la fiesta de Navidad la niña estaría con la madre y año nuevo con el demandado, comprometiéndose éste a traerla de nuevo con su madre el 1 de enero de 2008. Frente al

incumplimiento por parte del padre y negativas telefónicas, es que promovió la medida que hoy apela el demandado.

El sentenciante dispuso la habilitación de feria contemplando la posibilidad que la demora causare perjuicios irreparables y de acuerdo a lo normado por el art. 206 del C.C. libró el mandamiento de restitución de la niña a su madre.

IV.- Adentrándonos en la cuestión traída a debate, en primer lugar, en atención a la crítica efectuada por el recurrente, cabe puntualizar que los fundamentos de la resolución, pese a la oposición de la apelante no se ven desvirtuados, ni por las constancias obrantes en el expediente al momento de la decisión recurrida, ni por las diligencias llevadas a cabo con posterioridad en la instancia de grado, que demuestran la veracidad de los extremos señalados al iniciar la medida por la Sra. B. y tenidos en cuenta por el a quo para despacharla.

Es que con posterioridad a ello, comparecieron los testigos citados, Sra. N. E. D. (fs. 42) y Sr. G. A. C. (fs. 43) dando cuenta que B. se encontraba efectivamente bajo la guarda de su madre, vivía con ella en Bo. S. , rebatiendo el pretendido argumento del Sr. P. , respecto a quien ejercía la tenencia de su hija. Nótese que tales testimonios no fueron cuestionados ni desvirtuados por el recurrente.

La intervención ordenada y efectuada por el E.T.I. (fs. 64/66) da cuenta que B. se muestra tranquila, busca el contacto físico con su madre. Señalando que la extrañó durante el tiempo que estuvo en la casa de su abuela paterna y que su padre no la traía y que quiere seguir viviendo con su madre aún

cuando también quiere seguir viendo a sus abuelos y a su padre.

Tales constancias desacreditan las argumentaciones del recurrente relativas a que B. no quería irse con su madre, lo que se corrobora con los dichos de la niña en la audiencia de fs. 105.

La situación que califica de violenta al momento de llevarse a cabo el mandamiento de restitución de fs. 39 y 79 no surge.

Se colige entonces, que las circunstancias existentes al momento de la decisión y que sin dudas dieron lugar a la restitución dispuesta por el a quo, fueron: el ejercicio de la patria potestad de hecho por parte de la madre peticionante de la medida y la evaluación de la conducta del Sr. P. en cuanto se llevó de la ciudad a su hija dejándola al cuidado de sus padres, y negándose a restituirla frente a los requerimientos que se le efectuaron sin dar aviso o razón de su proceder.

En oposición, las afirmaciones del recurrente no encuentran asidero en prueba alguna de la causa que reste validez a la resolución que se apela, generando meras discrepancias, pero no acreditar ninguno de sus dichos, mereciendo destacarse en tal sentido, la nula consistencia de la queja referida a la falta de audiencia en los términos del art. 12 de la C.I.D.N.

Asimismo deberá merituarse el objeto de la presente medida, que no es la atribución de la tenencia o custodia ni el restablecimiento de un régimen de visitas sino procurar que B. vuelva a casa de su madre manteniendo la situación de hecho existente con anterioridad a las fiestas de fin de año y que fuera quebrantada por el padre sin explicación alguna.

Aparece por tanto, como elemento determinante el mantenimiento de la situación de hecho existente desde el evento denunciado como origen de los presentes y por lo tanto lo más apropiado para salvaguardar el interés superior de la niña, como así también que se verifique un adecuado contacto de la misma con su madre y no consentir la modificación de la residencia de B. en forma inconsulta por su padre y sin ninguna resolución que decida al respecto. Sin que por la presente se emita juicio de valor alguno sobre las aptitudes de los progenitores para ejercer la guarda de la niña.

En consecuencia, compartiéndose el criterio sustentado por la Sra. Asesora Civil de Familia e Incapaces vertido a fs. 47, los agravios serán rechazados y confirmada la resolución de fs. 11/12 en cuanto fuera materia de apelación, debiendo tenerse presente que los factores que contribuyen a formar el juicio acerca del interés del menor son siempre coyunturales y cualquier decisión es esencialmente provisoria, máxime en el sub judice, que por lo limitado del trámite y las características del caso, tales factores no se encontraban en condiciones de ser aportados en su real dimensión.

V.- Las costas de esta instancia se imponen al recurrente vencido por aplicación del principio objetivo de la derrota. Los honorarios se regularán de conformidad con las pautas generales contenida en el art. 6 de la ley arancelaria y por aplicación de la escala prevista en el art. 14 del mismo ordenamiento.

VI.- Decidido lo anterior, se hace constar que conforme surge del informe de la actuaria de fs. 100 no se ha dado cumplimiento a la

certificación del reverso de las fs. 32, 33, 34/36; 40; 42; 46; 47; 49 y 50, por ello y a lo fines de evitar en el futuro dilaciones innecesarias, se recuerda que las copias deben certificarse en su totalidad en anverso y reverso.

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1)Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 30 conforme los considerandos respectivos.

2)Costas de esta instancia al demandado vencido. Por los trabajos realizados en esta instancia, regúlense los honorarios profesionales de la Dra. D. F. en el treinta por ciento (30%) y los de la Dra. N. P. en el veinticinco por ciento (25%), en ambos casos a calcular sobre los que le sean regulados por el incidente en la instancia de grado.

3)Téngase presente el considerando VI.

4)Regístrese, notifíquese, devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Juez de Cámara, Graciela Mercedes García Blanco y concordar en la solución del caso (art. 1, 2, 3 y 5 de la Ley 4550, modif. de la ley 1130).

Fdo.:
Marta Susana Reynoso de Roberts, Presidente.
Nélida Susana Melero, Juez de Cámara.

REGISTRADA BAJO EL N° 58 DEL AÑO 2008.
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS