--- Trelew, de octubre del año dos mil diez.----------

--- **VISTO**: ----------

--- El recurso de apelación interpuesto a fs. 43 contra la sentencia interlocutoria obrante a fs. 40/42, concedido a fs. 44, es fundado a fs. 45/48vta., corrido traslado del memorial de agravios a fs. 50, es contestado a fs. 51/53.----------

--- **Y CONSIDERANDO**: ----------

--- I.- A fs. 40/42, el juez de grado resuelve atribuir como medida cautelar provisoria la custodia del niño P. P. a su padre, Sr. P. G. P., hasta tanto se dicte sentencia definitiva.- ---------- Para así decidir aplicó el principio del interés superior del niño, consistente en la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley nacional 26061 y la ley provincial III, Nro. 21.---------- ---------- Considera que la Sra. J. pretendía modificar la situación de hecho en que se encontraba su hijo menor y no contaba con el acuerdo del progenitor, razón por la cual debió promover las actuaciones por las vías procesales que respeten el derecho de defensa en juicio, y no innovar como lo hizo por su sola autoridad, cuando ejercía la guarda en conjunto con el Sr. P. quebrando la continuidad afectiva, espacial y social del niño y modificando irregularmente la custodia, el lugar de residencia y el vínculo con el núcleo de origen paterno y el jardín al que concurrió hasta mitad del año 2009 en una etapa fundamental para todo niño como lo es el curso de preescolar. Estima que no es admisible convalidar la actual situación de hecho de P. en la localidad de Rawson sino fue controvertido en la audiencia que su centro de vida es la ciudad de Buenos Aires y no se invocaron motivos atendibles que siquiera permitan comprender una decisión tan traumática para el niño. Resalta que en principio el “status quo” es una de las circunstancias más importantes a sopesar en estas cuestiones, debiendo evitarse todo cambio sino existen graves perjuicios o poderosas razones que lo justifiquen. Resalta que es admitido por ambos padres que el niño se encuentra a gusto desde hace varias semanas con su progenitor en ocasión de las vacaciones, tratándose en el caso de restablecer el equilibrio quebrado por la progenitora quien transformó en exclusivo el ejercicio de la patria potestad.---------- II.- La apelante se agravia porque en la decisión de grado no se consideró que su traslado a la ciudad de Rawson con P. se debió a las carencias materiales que en sumo grado sufriera juntamente con el menor y las amenazas y malos tratos constantes de P. hacia su persona expuestas en la audiencia que, en un estado de desesperación la llevaron a tomar la decisión. Añade que a la hora de decidir se debe analizar la idoneidad de ambos padres a los fines de discernir si resulta o no procedente trasladar el centro de vida del menor a la ciudad de Buenos Aires, siendo que el mismo se encuentra radicado actualmente en forma estable desde hace ya medio año en la ciudad de Rawson, contenido por la familia materna y con los amigos que hizo cuando venía a vacacionar

en verano e invierno a esta provincia. Sostiene que deben existir causas graves que justifiquen la medida cautelar solicitada, con citas jurisprudenciales. Afirma que no hay atisbo siquiera de que P. se encuentre afectado psicológica o emocionalmente por residir en la ciudad de Rawson, no habiéndose cumplimentado los requisitos mínimos indispensables que requiere una medida de tal naturaleza, ni el peligro en la demora, ni alguna hipotética situación de gravedad que esté atravesando P., ni la verosimilitud del derecho, y que el juez de grado no tuvo en cuenta informes técnicos, ni pericias psicológicas, ni informe socio-ambiental alguno para expresarse en tal sentido.----------
---------- Se agravia asimismo, porque el mantenimiento del “status quo” no es aplicable en el sublite, porque lo importante es determinar si existen causas graves que justifiquen el cambio de guarda mientras se decida la cuestión de fondo, independiente del origen de dicha custodia. Cita unos fallos dictados en tal sentido enunciados por Mauricio Luis Mizrahi, en su obra “Familia, matrimonio y divorcio” en los que se señaló que el principio de estabilidad o continuidad permitió consolidar en derecho un accionar de hecho ilegítimo. Expresa que la guarda debe recaer en el padre más idóneo, entendiendo por tal el que facilite una adecuada y mejor comunicación de los hijos con el padre no conviviente, y resalta que la apelante trasladó personalmente al niño hasta la localidad de Santa Rosa y no como se convino en la audiencia de avenimiento y luego el padre se lo llevó a Buenos Aires incumpliendo con lo pactado y abusando de su buena fe. --------
Puntualiza que el padre incumpliendo lo pactado retiene al niño, captándolo de hecho, para luego ver garantizado su accionar a través de la guarda provisoria otorgada, sin que el juez de la anterior instancia haya vertido una sola palabra respecto del régimen de comunicaciones de P. con su madre, omisión jurisdiccional de suma gravedad.--------
---------- Por último agravia a la apelante la imposición de costas al perdidoso que se resolviera en primera instancia, toda vez que sostiene deben imponerse en el orden causado, pues por la índole especial de la cuestión es dable suponer que ambos litigantes pudieron en sus reclamaciones considerarse con derecho a litigar.---------- III.- Al contestar el traslado de los agravios, el Sr. P. sostiene que la expresión de agravios debe contener una crítica razonada y fundada de la sentencia y no meros comentarios, siendo necesario fundamentar las discrepancias que se aleguen. Aduce que las carencias materiales a las que refiere la apelante, no pudieron ser relevadas por el juez de grado porque no se expusieron con la magnitud que ahora expresa. Señala que mal puede invocar carencias materiales, para el caso que el padre no brindara lo necesario para el sustento de P., pues la apelante reconoció que trabajaba en Buenos Aires en la Casa Rosada.---------- Coincide que debe analizarse la idoneidad de ambos padres pero no para discernir si resulta o no procedente trasladar el centro de vida del niño a Buenos Aires, porque no hubo centro de vida del menor en la localidad de Rawson, dado que conforme el art. 3ro, inc. f) de la

Ley 26061 por centro de vida debe entenderse el lugar donde el menor hubiese transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su vida, y el lugar que reúne esta condición es la ciudad de Buenos Aires. Respecto de la existencia de causas graves que modifiquen la guarda resalta que no es un dato menor que el traslado de P. haya sido inconsulto e ilegítimo, representando una injerencia arbitraria en la vida del menor vedada por la Convención de los Derechos del Niño. Añade que es otra causa grave que al momento de la promoción de la demanda su representado no tenía un adecuado contacto con su hijo, conforme lo demostrará.---------- En orden al segundo de los agravios resalta que no se puede pretender que se otorgue entidad a la residencia de escasos 6 meses del menor en la ciudad de Rawson, motivo de un traslado ilegítimo frente a los cuatro años y medio de radicación en la ciudad de Buenos Aires. Puntualiza que el traslado no fue consentido por el Sr. P. y dio inicio a las acciones legales correspondientes, siendo inexacto que transcurrieran cuatro meses, sin que se evidenciara interés alguno por su hijo.---------- Añade que el padre más idóneo es aquél que facilita la comunicación con el progenitor no conviviente pero la Srta. J. disfraza la realidad cuando dice que trasladó al menor a Santa Rosa cuando en realidad quien lo hizo fue su abuela conforme surge del pasaje que acompaña al contestar demanda. Señala respecto al incumplimiento de lo pactado -que se le endilga al padre de P.- que el fax al que hace mención la recurrente en ningún momento establecía que debía ser reintegrado a mediados de enero, sino que decía que si regresaba en esa fecha no podría volver en el mes de febrero. Resalta que P. estaba compartiendo vacaciones con su padre acordadas en la audiencia de avenimiento, y posteriormente se otorgó la guarda provisoria, de modo que P. se encuentra en Buenos Aires por decisión judicial.---------- En orden a la imposición de costas señala que debe aplicarse el principio objetivo de la derrota, con cita de jurisprudencia.---------- A fs. 63/66 se realiza la audiencia prevista por el art. 130 de la Ley III, Nro. 21, y a fs. 67 se dispone como medida para mejor proveer la producción de informes socio ambientales en los domicilios de ambos progenitores, los que son agregados a fs. 76/77 y 118/120 respectivamente.---------- IV.- Es de señalar que la actividad de esta Alzada se limitará a revisar la procedencia de la cautelar dispuesta por el juez de grado, en cuanto otorga la custodia provisoria del menor P. P. a su progenitor, toda vez que las alegaciones de la apelante enderezadas a justificar su proceder al decidir trasladarse con su hijo a la localidad de Rawson, exceden los límites de la cuestión a decidir por este Cuerpo. Ello así porque no se encuentra en tela de juicio ni fue objeto de pronunciamiento el por qué la Sra. J. tomó la decisión de abandonar el lugar de residencia en Capital Federal, para trasladarse a Rawson.---------- Avocada esta Alzada al tratamiento de la cuestión central identificada y que es objeto de apelación, es de señalar que, es principio consagrado en el Código Civil que recae en el progenitor más idóneo la guarda de los

hijos menores, en el caso de que no medie acuerdo entre los padres no convivientes (art. 206, 2do. párrafo del C. Civil). Ello siempre sujeto al interés superior del niño consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, que es deber de los magistrados resguardar.---------- A tales fines la ley 26061 otorga a los menores una participación activa en el proceso, y obliga al juez a oir la opinión que el menor le expresará libremente (Arts. 2, 3, inc. b); 24, incs. a,y b; art. 27, inc. a; y art. 41, inc. a).---------- De la opinión brindada por el menor P. P. en la audiencia celebrada a fs. 63, no se denota preferencia por permanecer con uno de sus progenitores en particular.---------- Ahora bien, conforme se señaló mediando disenso entre los progenitores del niño la asignación de la guarda se confiere al progenitor más apto para desempeñar las labores cotidianas, exigidas para el mantenimiento y educación del menor, sin que la elección de uno de ellos importe la descalificación del restante.---------- Siguiendo esta línea de pensamiento la consideración del lugar donde reside el niño es un antecedente importante en la evaluación que realizará esta Alzada. En tal contexto, la regla de la estabilidad desempeña un papel primordial, dado que apunta a la continuidad afectiva, espacial y social del niño, por ello en principio es conveniente no modificar su lugar de residencia. Es que el principio de continuidad resulta válido cuando se trata de menores pequeños (menos de siete u ocho años) dado que el trabajo de comprender la separación de sus padres se facilita mucho más si el menor permanece en el mismo espacio. En caso contrario el menor ingresa en dos niveles de desestructuración: el nivel espacial y el nivel de la afectividad, con una disociación de los sentimientos (Dolto, “Cuando los padres se separan”, p. 21 y 22, Wallerstein, Blakeslee, “Padres e hijos después del divorcio” p. 127, Francke, “Los hijos frente al divorcio” p. 293, cit. por por Mauricio Luis Mizrahi, “Familia, matrimonio y divorcio”, Ed. Astrea-2006. pág. 609).---------- Y es deber ineludible de los progenitores velar por la salud y el bienestar de sus hijos. En litigios como el presente, se encuentra claramente comprometida la salud del niño, considerada en la acepción más amplia del término, tal como lo hace la Constitución de la Organización Mundial de la Salud. El cambio de guarda -a pesar de su carácter eminentemente provisorio- es siempre un asunto de extrema trascendencia para el niño. Esta sola observación, impone un juicio que balancee con especial esmero las consecuencias para el infante en términos beneficio-daño; valoración que ha de abarcar ineludiblemente la evaluación del impacto psicológico del desarraigo. En tal sentido, carece de sustento la mera afirmación de la apelante, sin aportar prueba o demostración científica respecto a que la situación a la que se pretende exponer a P. de modificarse la decisión del juez de grado, no lo afectará psicológica o emocionalmente.---------- Por ello a la hora de decidir el centro de atención esencial es el niño y esa consideración primordial no puede ser desplazada por más legítimos que

sean los intereses de los adultos y aunque esgriman derechos adquiridos. En tal tesitura la regla de continuidad solo ha de ceder cuando en la causa se acredite la falta de idoneidad de quien ejerce la guarda y la mayor idoneidad de quien reclama la tenencia, pues la regla es que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada (Art. 10 de la ley 26061, en concordancia con el 16.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño).---------- La Corte Suprema con votos de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay, consideró que la regla del artículo 3.1 de la CDN que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene -al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias-, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres (Fallos: 328:2870).---------- Es que, es prioritario que la decisión que se adopte resguarde el bienestar de P., que en esencia se traduce en mantener su centro de vida, que en el caso es la ciudad de Buenos Aires donde permaneció la mayor parte de su corta existencia, evitando un nuevo cambio de residencia con las consecuencias disvaliosas que se apuntaron precedentemente. Al respecto se concluyó que “ante hechos consumados corresponde preservar la integridad física y psíquica de la niña y en consecuencia no resultaba pertinente agravar tal estado de cosas ordenando nuevos traslados compulsivos” (Conf. CNCiv, Sala K, 10/5/96, ED 171-407, obra y autor citado, pág. 613).---------- Ha expresado la Corte Suprema: “En otro orden de ideas, se afirmó que en la medida que todo cambio implica un "trauma" para el niño debe demostrarse que no llevarlo a cabo le causaría un daño mayor o más grave. Tales reglas hermenéuticas son la que deben regir la solución del caso... pues en definitiva, lo que se trata de interpretar es el "interés superior del niño" (artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) ante decisiones judiciales que pueden perjudicarlo.” (M. 2311 L. XLII - "M. D. H. c/ M. B. M. F." - CSJN - 29/04/2008, elDial.com - AA4784). Es de señalar que la apelante en ningún caso alegó que la permanencia del niño con su padre le provocaría un daño mayor que el derivado del cambio de residencia, y menos aún lo acreditó. ---------- En orden a la idoneidad de los padres, del informe socio-ambiental producido a fs. 76/77, surge que la madre del menor reside en forma estable en la vivienda que ocupa junto a sus padres y tres hermanos. Esta situación implica una regresión no sólo para el progenitor que adopta la decisión, sino para su hijo, pues el menor sentirá que su madre pasó a ser su hermana mayor, configurando el riesgo de considerar como padre a su abuelo. Ello no representa para el niño modelos válidos e influirá negativamente en su evolución (Conf. obra y autor citado, pág. 604, ap. 268).---------- Por otra parte, del informe socio ambiental producido en el domicilio de residencia del menor, (fs. 118/120) surge que el mismo convive con un amigo de su padre y su padre, quien le brinda los cuidados indispensables, concurriendo al mismo jardín que lo hacía el año anterior hasta el

momento que su madre dispusiera unilateralmente su traslado a Rawson.---------- Por último respecto a la inconducta que se imputa al padre del menor, en cuanto se alega que no habría respetado el convenio oportunamente celebrado respecto del régimen de visitas, captándolo de hecho, resulta de aplicación la doctrina de las manos limpias. En efecto, la Srta. J., fue quien en principio de modo arbitrario e inconsulto modificó el status quo del menor, privándolo de su residencia habitual para trasladarse a la ciudad de Rawson. La doctrina apuntada, en su aplicación más generalizada constituye un artículo de defensa del demandado para resistir la pretensión del actor si este último ha hecho algo indebido respecto de la cuestión que es objeto del juicio. Es concebida como un principio jurídico según el cual el participante de un acto ilícito no puede reclamar daños provenientes de dicho acto ni demandar a los otros partícipes del acto antijurídico. La doctrina parte de una máxima de equidad: quien procura obtener una respuesta equitativa en los tribunales no debe haber cometido ningún acto deshonesto o contrario a la ética respecto de la relación jurídica que motiva el juicio, pues una Corte en conciencia no otorgaría tutela a una persona siendo consciente de su inconducta (Conf. “La doctrina "clean hands" ("manos limpias"): Una respuesta jurisdiccional fundada en la buena fe y en la equidad- (Acerca de su aplicación en el derecho civil argentino y en el ámbito de la responsabilidad civil)”, por Carlos Dante Ferrari- elDial.com - DC12E0). Y en el sublite, la apelante fue quien en primer término sustrajo al menor del ámbito habitual de residencia sin respetar los intereses del niño, y sin contar con el consentimiento de su padre para trasladarse y fijar su residencia en otro lugar alejado del país. Avalar una conducta de esta naturaleza significaría que cualquier padre en posesión de los recursos suficientes, por sus propios medios, podría ir trasladándose de provincia en provincia y mantener así la custodia de un hijo hasta que éste alcanzara la mayoría de edad.---------- En orden a la omisión que se alega al juez de grado de no establecer un régimen de comunicación a favor de la madre en razón de la medida cautelar de custodia del menor en favor del padre, de la contestación a la vista conferida a la Asesora de Familia e Incapaces de Rawson surge que se está actuando en tal sentido, en tanto refiere a un entorpecimiento en el régimen de comunicación que se está resolviendo en la anterior instancia (ver fs. 131), de modo que esta Alzada no habrá de sobreabundar sobre este tópico.----------

--- Por lo expuesto, teniendo en cuenta esencialmente el interés superior de P., se concluye que la permanencia del mismo en la ciudad de Buenos Aires hasta que se dicte sentencia definitiva es la decisión más conveniente para su salud y bienestar. Por ello, conforme se adelantara habrá de confirmarse la decisión del juez de grado, en cuanto dispuso otorgar la custodia provisoria de P. a su progenitor.----------

V.- Imposición de costas: Habrá de confirmarse la decisión de grado en este punto, toda vez que el Sr. P. se vió compelido a litigar en razón de la conducta que asumiera la

apelante, contraria a la protección de los derechos fundamentales del menor. Es por otra parte el criterio asumido por esta sala, en pronunciamientos análogos, en los cuales aplicó el principio objetivo de la derrota imponiendo las costas al vencido de conformidad con lo dispuesto por el art. 69 del rito. (esta Sala, S.I.C. 242/09 y S.I.F. 084/09). ---------- Conforme lo expuesto, la decisión del juez de grado se confirma en todo cuanto fue materia de apelación.---------- Atento la forma en que se resuelve, las costas de esta Instancia se impondrán a la apelante vencida (art. 69 y 70 Anexo ”A”, Ley XIII, Nro. 5), regulándose los honorarios correspondientes al Dr. E. A. C., por su actuación ante la Alzada, en el 25 % de los que a su favor fueron regulados por la labor profesional cumplida en la instancia antecedente; y los de la Dra K. B. L., en el 30 % de los que a su favor fueron regulados por la labor profesional cumplida en la instancia antecedente (arts. 5, 7, 13, 29 y concs. Ley XIII; Nro. 4), con más el I.V.A. pertinente.---------- Por ello, la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ---------- I. Confirmar el decisorio de fs. 40/42 en todo cuanto ha sido materia de agravios.--------- II. Imponer las costas de alzada a la apelante vencida (art. 69 y 70, Anexo “A”, Ley XIII Nro. 5), regulándose los honorarios correspondientes al Dr. E. A. C., por su actuación ante la Alzada, en el 25 % de los que a su favor fueron regulados por la labor profesional cumplida en la instancia antecedente; y los de la Dra. K. B. L., en el 30 % de los que a su favor fueron regulados por la labor profesional cumplida en la instancia antecedente (arts. 5, 7, 13, 29 y concs. Ley XIII, Nro. 4 y modif.), con más el I.V.A. pertinente.----------

----La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Raúl Adrián Vergara (Art. 7º Ley V Nº 17).---------- ----------

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

--- **REGISTRADA BAJO EL Nº 073 DE 2010 - SIF.- CONSTE**.----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA