--- Trelew, de noviembre de 2.010.-

--- **Y VISTOS**: La resolución de fs. 40/41vta., el recurso de apelación de fs. 43, su concesión en relación y con efecto devolutivo de fs. 44, el memorial de agravios de fs. 45/48, la contestación del traslado de fs. 52/54, el acta de la audiencia de fs. 63; y -------

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

--- **I.-** La resolución de fs. 40/41vta. decidió dejar sin efecto la orden de restitución del menor B. E. M. a su padre dispuesta a fs. 30; autorizar al citado menor a que viaje junto a su madre, a la ciudad de Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego, transitando a tal fin por territorio chileno; autorizar a la Sra. Z. a realizar los trámites necesarios ante las autoridades escolares de esa ciudad a fin de regularizar la situación del menor B. E.. ---------- Para decidir así el juez "a quo" consideró, sintéticamente, que: a) el actor Sr. M. detenta la custodia del menor B., conforme surge del acta correspondiente a los actuados "M., R. O. c/ Z., A. M. s/ Tenencia de hijos" (expte. nº 25482/2005, de trámite ante los tribunales de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires); b) en diciembre de 2009 la Sra. Z. invitó a B. a pasar unos días de vacaciones en la ciudad de Río Grande; c) el Sr. M. autorizó al menor a viajar; d) a fines de febrero de 2010 la madre se comunica con el actor y le informa que el menor B. no volvería en la fecha acordada y se quedaría a vivir con ella; e) el Sr. M. solicita la restitución del menor B.; f) a fs. 10 se intima la madre a restituir al menor a la custodia del padre, bajo apercibimiento de librarse mandamiento judicial; g) se ordenó librar oficio Ley 22.172 al Juzgado de Familia de la ciudad de Río Grande a fin de hacer efectiva la restitución ordenada; h) se presenta la Sra. Z. y solicita audiencia, agrega constancias de las actuaciones realizadas en el Juzgado de Familia de Río Grande donde las partes acordaron que el joven permanecería con la madre hasta el día 26/07/2010 en que sería reintegrado al progenitor. ---------- En la audiencia convocada por el juzgado de grado se consideró determinante la entrevista mantenida con el menor B. E. M., en presencia del Asesor de Familia y la Dra. Sánchez Torres del E.T.I. Y ello confronta con la situación de los padres puesta en evidencia en la audiencia posterior: el padre –dice el juez de grado– no logró reflexionar en cuanto a cómo conducirse en caso de efectivizarse el regreso de su hijo al hogar, teniendo en cuenta las necesidades expresadas por el menor y lo acontecido en los últimos tiempos. ---------- Sobre esta base, el magistrado habiendo escuchado al menor B. E. y a los progenitores decide que no están dadas las condiciones para que actualmente el menor regrese al hogar paterno. En consecuencia deja sin efecto la orden de restitución de fs. 30. ---------- **II.-** Contra esta decisión se alza el actor a fs. 43 y concedido el recurso (fs. 44), en lo pertinente, expresa a fs. 45/48 los siguientes agravios: a) si bien reconoce validez a escuchar al menor, no se dio cumplimiento a la orden de restitución; b) la Sra. Z. entre el mes de diciembre de 2009 y la actualidad ha cambiado de domicilio

en cuatro oportunidades, evidenciando inestabilidad; c) ello afecta la residencia habitual del menor; d) el juez no ha ponderado la presencia del otro menor J., hermano de B. que se encuentra esperándolo; e) no se ha establecido un régimen de comunicación alguno; f) se omitió la fecha de vigencia de la autorización a la Sra. Z. así como de la suspensión de la orden de restitución g) también se agravia del dictamen del Asesor de Familia, quien manifestó que no vía disvalioso la permanencia del menor con la madre. ---------- A fs. 52/54 obra la contestación del apoderado de la Sra. Z.. Indica que: a) el recurrente no reconoce importancia a escuchar al menor y da su versión de los hechos en función del interés del joven B.; b) es contradictorio, dice, que se reclame invocando el interés del hermano y a la par se pida por un régimen de comunicación; c) no puede reclamarse tiempo de vigencia de lo ordenado cuando el juez en rigor dejó sin efecto lo ordenado; d) el agravio respecto del dictamen del Asesor de Familia no puede ser considerado, pues no es materia de análisis en el recurso sino en la sentencia del juez de grado. ---------- ---------- **III.-** Arribado el expediente a la Alzada se realizó la audiencia prevista por el art. 130 de la ley III nº 21, la que luce agregada a fs. 63, de donde surge que se sólo presentó el Sr. M. con su letrada patrocinante y el Asesor de Familia e Incapaces. ---------- En relación a la situación del menor B., el Asesor ratifica lo que expresó en la audiencia realizada en la instancia de grado (fs. 37) y que debe prestarse especial atención a los videos de las audiencias. ---------- **IV.-** Así planteada la situación, corresponde hacer lugar al recurso. ---------- La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061) establece en su art. 3 que "A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: (...) f. Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio –completa la norma– rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño (que es la situación de autos), la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros." ---------- ---------- Como puede advertirse, la disposición legal impone al juez en forma expresa el deber de respetar el "centro de vida" del menor, esto es, "el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en *condiciones legítimas la mayor parte de su existencia*" (énfasis agregado). Este factor, a juicio de la Sala, no ha sido debidamente tenido en cuenta por el sentenciante de primera instancia no obstante la invocación del interés superior del menor. Por el

contrario, se soslayó su aplicación en concreto a pesar del contexto de hecho y derecho que en autos justificó y justifica la medida de restitución peticionada. ---------- En efecto, el Sr. M. acreditó la tenencia del menor B. homologada judicialmente, vigente desde el año 2006 (fs. 05), y su autorización para que viaje y permanezca en la ciudad de Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego, hasta el día 28 de febrero de 2010 (fs. 06). ---------- Las circunstancias de hecho posteriores (fs. 18/vta.), producidas sino a instancia del menor B. de 13 años de edad (1997, acta de fs. 03), por lo menos con la aquiescencia de la madre, no tienen entidad para modificar en esta instancia el régimen legal de la tenencia judicial que goza el padre requirente de la medida cautelar. ---------- Así, pues, por un lado, las manifestaciones del menor B. sobre la situación matrimonial actual del padre y de su rol esperado en dicho entorno familiar (fs. 32/33 y registros de audiencia según fs. 36), permiten observar una disconformidad del joven con una posible disminución de atención, en relación a sus necesidades, que no se ha sabido expresar de forma tal que, a través del diálogo y en la medida de las posibilidades de cada interlocutor (padre-hijo), encuentren adecuada solución dentro de las pautas de convivencia previstas por los arts. 265, 266, 275 y 277 del Código Civil. ------ Y es claro que, frente a esto, no puede alegarse que el derecho del menor a opinar y ser oído, establecido por la ley 26.061 (art. 24) y la ley 23.849 (art. 12.1), y considerado por el juez "a quo", ha modificado los aspectos básicos de la familia, ya sean relacionados con la autoridad de los padres o con la educación, colaboración y obediencia de los hijos, pues ello implicaría sacar de su quicio normal a las leyes en cuestión. ---------- Por otro lado, la actitud condescendiente de la madre hacia el menor B. conlleva una consecuencia no precisamente halagüeña, que se reafirma en hechos reprochables (manifestación de fs. 18 y 32vta.): desobedecer la legalidad de la orden judicial de restitución, pues no obstante reconocer la tenencia que ejerce el padre y estar debidamente en conocimiento de la decisión del juez de grado, ha resistido su acatamiento con el expediente de refirmar lo que "quiere" el menor de 13 años de edad. Y no puede soslayarse que la madre no tenía ni tiene facultades para revocar y trocar unilateralmente el permiso de permanencia concedido por el padre (originario de fs. 06 y aún consensuado a fs. 32vta.), en un cambio definitivo de residencia que excluye de hecho a quien ejerce una tenencia judicial, y modifica toda posibilidad de mantener un contacto fluido del menor con su centro de vida desarrollado en condiciones legítimas en la mayor parte de su existencia. ---------- Por ello, habiéndose dado oportuna y debida intervención al Ministerio Pupilar, y considerando la audiencia prevista por el art. 130 de la ley III nº 21, corresponde revocar la sentencia de fs. 40/41. ---------- **V.-** Por la forma en que se resuelve las costas se impondrán a la demandada perdidosa (art. 69 y 70, ley XIII nº 5). En consideración a la importancia y extensión de

las labores desarrolladas en la Alzada, carácter con que se actúo, las etapas cumplidas y el resultado obtenido, se regulan los honorarios de la Dra. L. N. R. y Dr. R. E. N. en las sumas de $100 y $60, respectivamente (arts. 5, 8, 26, 29, 32, ley XIII nº 4; art. 59, ley V nº 90). ---------- Por ello, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew; **RESUELVE**: ---------- Revocar la resolución de fs. 40/41. ---------- Ordenar que se haga efectiva la orden dispuesta a fs. 30. ---------- Imponer las costas a la demandada. ---------- Regular los honorarios de los Dres. L. N. R. y R. E. N. en las sumas de $100 y $60, respectivamente. ----------

--- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haber coincidencia de opinión y hallarse en uso de licencia el restante integrante de la Sala (art. 7º, ley V nº17). ----------

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

REGISTRADA BAJO EL Nº __66__ DE 2010 – SIF- Conste.-

cg