--- Trelew, de noviembre del año dos mil once.----------

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

--- La apelación en subsidio de recurso de revocatoria interpuesto a fs. 17/19vta, rechazado el recurso de revocatoria se concede el recurso de apelación en subsidio.----

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

--- I.- A. fs. 04/06, el Sr. P. solicitó como medida cautelar urgente la restitución de sus hijos V. y X. y la atribución exclusiva de su custodia mientras se resuelve la reconvención planteada en los autos principales caratulados: “S., P. c/ P., D. C. s/ régimen de comunicación (Expte. 953 – Año 2010), en razón de la decisión de la Sra. S. de resolver unilateralmente que los menores se queden con ella, optando por vías de hecho sin esperar la decisión judicial.---------- Funda la verosimilitud de su derecho en la decisión judicial de mantener la custodia compartida adoptada en el proceso de divorcio vincular, habiéndose mantenido los menores bajo su custodia en razón del traslado de la madre a la localidad de Lago Puelo. Señala que el peligro en la demora está dada por la repercusión negativa que se producirá en el centro de vida de los menores. Solicita que a la hora de decidir se privilegie el interés superior del menor, con cita de doctrina y jurisprudencia en su apoyo.----------

---------- II.- A fs. 16 la jueza de grado resuelve no hacer lugar a la medida cautelar de restitución de los menores V. y X. solicitada por su padre, Sr. D. C. P., en razón de no advertir peligro en la demora, toda vez que las partes detentan la custodia compartida de los menores y realizaron acuerdos extrajudiciales.---------- III.- A fs. 17/19vta., el Sr. D. C. P., plantea revocatoria con apelación en subsidio. Sostiene que se está violentando el interés superior de los niños y no sólo por su madre sino también por quienes tienen a su cargo velar que esto no acontezca. Con cita de un fallo de esta Sala resalta que la guarda de los menores debe recaer sobre el progenitor más idóneo siempre sujeto al interés superior del niño consagrado en la Convención, pues es la regla que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias e ilegales en su vida.----------

---------- Refiere que vivían todos en la misma ciudad hasta que la madre optó por trasladarse en Diciembre del año 2010 a El Bolsón, dando inicio al expediente de régimen de comunicación pero como los tiempos judiciales en principio le fueron contrarios y la decisión judicial tardaba en llegar, decidió por sus hijos y por los jueces llevándoselos, constituyendo ello una injerencia arbitraria e ilegal en la vida de sus hijos.---------- Discrepa con la opinión del Asesor Civil de Familia e Incapaces en cuanto a que los menores son un botín de guerra con el fin de obtener un triunfo en esta contienda, cuando su conducta fue la de oponerse al traslado toda vez que no estaban dadas las condiciones para que resultara viable las que mencionó en el expediente principal. Añade que, también el Asesor destaca que la custodia es compartida, teniendo ambos el mismo derecho, aspecto que pone en jaque el argumento de las vías de hecho.---------- Se pregunta quién puede afirmar sin temor a

equivocarse que no ha sido vulnerado el interés superior de los menores, cuando fueron arrebatados de su centro de vida, su lugar de origen, su casa y su familia ampliada. Resalta que siempre ha sido respetuoso de los mecanismos que establece la justicia y optó por la vía del derecho, aún cuando su actitud sea interpretada como abusiva por el Asesor de Menores.---------- IV.- A fs. 57/63vta. se presenta el Dr. N. en representación de la Sra. S., y sostiene que acordó con el Sr. P., para el traslado de los menores que la Sra. contara con un empleo seguro, un lugar de residencia adecuado y asegurara una escolaridad acorde a la educación que ambos le habían brindado en Trelew a sus hijos, peticionando posteriormente el Sr. P., la atribución del hogar conyugal, ante el traslado de la Sra. S. Que este acuerdo al que arribaron fue reconocido por el Sr. P. en la audiencia, y comenzó a ejecutarse.---------- Interpreta que esta conducta asumida por el apelante persigue obtener la casa que fue sede del hogar conyugal para no pagar más alquiler y obtener la custodia de los niños y no pagar más cuota alimentaria, siendo estos los verdaderos intereses que esconde el padre de los menores.---------- Añade que a fin de encuadrar correctamente la naturaleza jurídica de esta problemática, debe considerarse que los niños permanecían bajo la guarda de la madre, en su domicilio vivían, era el que figuraba en los registros escolares y en los documentos de identidad. Concluye que la guarda y custodia era ejercida por la madre y no por el padre quien gozaba de un amplio régimen de visitas, que encuadra en los arts. 264 primer y segundo párrafo del C. Civil. Razona que el único progenitor que puede solicitar la restitución de los menores es el que detenta la custodia, en el caso la madre.----------
--- Sostiene que resulta de aplicación al caso el art. 264 ter del código de fondo y que así se ha de decidir teniendo en cuenta que en la audiencia el padre no pudo hacer un esquema que garantice la comunicación entre los hijos y su madre, mientras que la Sra. S. respondió rápidamente.---------- En relación al interés superior de los menores, alega que se incluyeron activamente en el espacio escolar, conforme la prueba que aportan. Reconoce que la mudanza de los menores puede provocarle stress, pero que ello ni siquiera se ha intentado probar, y que está convencido de que los informes serán completamente favorables.----------
--- A fs. 36/39vta. obra el acta de audiencia prevista por el art. 130 de la ley III, nro. 21. -
--- V.- Previo al tratamiento de los agravios del apelante respecto a la cuestión de fondo, habrá de analizarse si la vía intentada por el mismo es la idónea a fin de dar respuesta adecuada al cuestionamiento formulado al respecto por la Sra. S.. Y sobre este tópico se adelanta que la medida cautelar solicitada por el Sr. P., es la vía adecuada para obtener la restitución de los menores.---------- En efecto, la medida cautelar requerida en forma inmediata (ver fs. 04/06, escrito de fecha 16-06-11), es lo más aconsejable a fin de evitar males mayores derivados del cambio alternativo del centro de vida de los menores. Y ello se corrobora con los dichos de V.

quien en la audiencia de fs. 36 responde que vive en El Bolsón desde el mes de Junio. ---------- A ello se suma que ha pasado inadvertido para la madre de los menores que en el marco del proceso de régimen de comunicación iniciado por expediente 953 del año 2010, (agregado por cuerda a los presentes) el Sr. P., al contestar el traslado de la demanda reconvino a la Sra. S. a fin de obtener la custodia de sus hijos menores al tomar conocimiento de la intención de la madre de trasladar a los mismos a otra ciudad, ya hizo uso del derecho acordado por el art. 264 ter del C. Civil, por el que pretende se adecue el presente proceso (ver fs. 15/19vta. del expediente citado, escrito presentado en fecha 16/12/10).---------- Ello lleva a concluir que la conducta asumida por el apelante es irreprochable y se ajusta a derecho.---------- VI.- A los fines de determinar la procedencia de la cautelar, cabe analizar si se cumplen prima facie dos requisitos: establecer cuál era el lugar que constituía el centro de vida de los menores y la ilicitud de su traslado y retención.---------- El art. 3 de la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en su inc. f), establece que se debe respetar el centro de vida de los menores, entendiendo por tal el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.---------- Por su parte, el decreto nro. 415/2006, en su art. 3, establece que el concepto de "centro de vida" a que se refiere el inciso f) del artículo 3°, se interpretará de manera armónica con la definición de "residencia habitual" de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad.---------- En tal sentido, determinar la residencia habitual de los menores es una cuestión de hecho que debe distinguirse de la noción de domicilio (Conf. Goicochea, I. y Seoane de Chiodi, M. “Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción Internacional de Menores” LL 1985-D-1412/1427; Gociochea, I. “Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores” RDF 30-2005-65). A partir de la Conferencia de La Haya (el concepto de domicilio se sustituyó en materia de tutela por el de residencia habitual(Cám. 1ra. Civ. y Com., San Isidro, Sala I, agosto 31-2000, ED 191-115). Se recepciona así un concepto sociológico y no jurídico poniendo especial énfasis en la situación de hecho concreta, despojado de situaciones jurídicas formales (Conf. Solari, N., “Sustracción de menores. El “centro de vida” del menor en el contexto del Convenio de La Haya”, LL , 2006-C, 793). (Nuestro país es estado parte en la Convención de La Haya de 1980).---------- --- En tal contexto, del acta de la audiencia prevista por el art. 130 de la ley III, Nro. 21 surge el reconocimiento de la Sra. S. que los niños se encontraban radicados en la ciudad de Trelew, y que luego del divorcio tomó la decisión de radicarse en la cordillera (fs. 37, cuarto párrafo). También que el padre se opuso a dicho traslado (ver fs. 37vta.),

consecuente con la reconvención oportunamente planteada en el expediente principal ya referenciada. A la vez que los menores admitieron que vivían en Barrio Comercio con su padre y la novia de éste (ver acta de audiencia de fs. 36), de todo lo cual se concluye que el centro de vida de ambos niños era en esta ciudad. ---------- A ello se agrega que en el expediente por el que tramitó el divorcio (Expte. 643- Año 2009), se dictó sentencia definitiva Nro. 171/09 por la cual se decretó el divorcio vincular y se homologó el acuerdo por la custodia de los menores, la que sería ejercida en forma conjunta (ver punto III, fs. 20/21). Esta sentencia se encuentra firme y registrada en la Dirección correspondiente conforme constancia de fs. 39.----------
--- Ello echa por tierra las alegaciones de la Sra. S. respecto a que ella ejercía la custodia de sus hijos, y el Sr. P. sólo contaba con un régimen amplio de visitas. En efecto en la audiencia en esta sede el Sr. P. señala que había pactado que lo menores dormían tres noches con él y cuatro con la madre, que cedió una noche al sólo efecto que quedara claro que la custodia era compartida (fs. 37vta. de los presentes autos). Esta afirmación se corrobora con lo transcripto a fs. 10vta, punto III bajo el Título Acuerdos del expediente de divorcio, y en el punto III, de la sentencia definitiva (ver fs. 20vta./21 del Expte. 643 – Año 2009, por el que tramitó el divorcio).----------
--- Al respecto, es de resaltar que es cierto que una persona puede trasladarse a cualquier sitio, ya que le asiste el derecho a la libre circulación como ciudadano; pero dicho derecho no se aplica a los hijos como extensión del derecho reconocido a la persona.----------
--- El límite esta dado por el derecho esencial de los niños a no ser desarraigados por una vía de hecho, de su medio habitual de vida familiar y social, partiendo de la presunción de que el bienestar de aquél se alcanza volviendo al "statu quo" anterior al acto de desplazamiento, sin que ello importe aventajar la postura de un progenitor, sino contemplar que dentro de la organización familiar, se hayan comprendidos roles parentales que tienen que ver con la asunción conjunta de responsabilidades en su crianza y educación.----------
--- Esta Sala ya se expidió sobre el tema en análisis, según voto del Dr. Lucero en la sentencia definitiva civil Nro. 011/2007, quien señaló en aquella oportunidad: “Resalto que el derecho de contacto paterno filial al que vengo aludiendo se trata de un derecho recíproco o correlativo, de doble titularidad que atiende a la finalidad de facilitar que se cultive el afecto, la estabilidad de los vínculos familiares no solo con el progenitor sino con su familia extendida y propender a que éstos subsistan de manera real, efectiva y eficaz. Esto es, no solo es un derecho del progenitor que se opone al traslado de su hija negando su autorización a que se radique en otro país, sino que es un derecho propio de la niña que se traduce en la preservación o mantenimiento de la integridad de dicha relación mediante la conservación del vínculo con su padre tal como se venía desarrollando, aún cuando con dificultades generadas por los adultos terceros a dicha relación. Esto último dado que seguramente la lejanía más que propiciar mejorarlo cabe

presumir que lo debilitará o lo que es peor, lo impedirá con el transcurso del tiempo. Así se entendió tal derecho aún con anterioridad a la ratificación por Ley 23.849 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la que luego fue incorporada con rango constitucional por el art. 75, inc, 22 de la Constitución de 1994)".----------

--- Por ello, si el traslado de los menores se produjo en infracción a un derecho de custodia atribuido judicialmente, bajo el pretexto que iban de vacaciones, sin contar con el consentimiento paterno, que debe distinguirse de la mera comunicación. Y en este punto cabe aclarar que no se debe confundir la información dada al otro progenitor de la posibilidad de realizar el traslado de los menores a otra localidad, con la autorización que el mismo debe brindar en el marco del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos consagrada en el código de fondo. Por ello, cabe concluir que su desplazamiento es a todas luces ilícito.----------

--- Asimismo, afirmar, como lo hace la Sra. S., que el traslado de los menores no le provocó alteraciones en su centro de vida, resulta cuanto menos temerario. Es dable señalar como parámetro preocupante la soledad impuesta a los menores hasta que empiecen a reorganizarse socialmente (Aún preocupa a X. haberse ido sin saludar a sus compañeros de escuela, extraña el colegio de aquí, y V. señala que le dijo a la señorita de Trelew que se veían en diez días y volvió como a los treinta días. Ambos manifiestan que fueron por un fin de semana y se quedaron más – ver fs. 36).----------

--- A ello se agrega la ausencia de la figura paterna, nótese que cuando lo habitual era mantener contacto diario, en la que el padre tomaba decisiones cotidianas; actualmente en razón de la distancia los encuentros son periódicos, una vez al mes desde el traslado, sin posibilidad alguna para el progenitor no conviviente de participar en la crianza de sus hijos. Y qué decir de la familia extensa, abuelos, tíos, primos, padrinos, amigos, compañeros de escuela, porque a diferencia del padre, aquéllos es posible que no puedan trasladarse para mantener contacto con la frecuencia que lo venían haciendo.----------

--- Siguiendo este razonamiento, es insuficiente la justificación materna referida a que el padre y los abuelos visitaron a los menores en su lugar de residencia en algunas oportunidades (ver fs. 38), confrontada con el régimen de custodia que venía desarrollándose. E impropio resulta alegar que mueven al padre intereses económicos, cuando la modificación del "status quo" de los menores es responsabilidad exclusiva de la madre.----------

--- En resumen, la Sra. S. trasladó a los menores sin requerir la opinión de los mismos y sin contar con el consentimiento del padre. Y está claro que el progenitor que traslada a los hijos a expensas del daño que le va a ocasionar al otro, -aún cuando éste cumpla económica y afectivamente en todo-, sólo piensa en sí mismo, en el hecho único de cumplir sus deseos. Más aún, cuando tampoco consideró en la decisión adoptada la opinión de los niños a la hora de tomar debida cuenta de lo traumático que podía resultar la decisión inconsulta y unilateral.---------- Es

que el principio de sustentación de los derechos es el interés superior del niño, según el art. 1 de la ley 26061, definido en su art. 3 como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos” en la ley. Lo puntualiza el mismo artículo cuando se refiere a aquello cubierto por el deber de respeto: la condición de sujeto de derecho de todo niño y adolescente, el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en consideración; el pleno desarrollo personal de sus derechos en el medio familiar, social y cultural; su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, el equilibrio entre sus derechos y garantías y las exigencias del bien común, su centro de vida (el lugar donde hubiese transcurrido en condiciones legítimas, la mayor parte de su vida). Está dispuesto que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de niñas, niños o adolescentes y otros derechos e intereses igualmente legítimos prevalecerán los primeros (Méndez Costa, María J.-Murga, María Eleonora, “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Encuadre Internacional latinoamericano y provincial argentino”, La Ley, 2006-A, 1045, del voto del Dr. Marcelo López Mesa, Sala A, 07/08/11, autos “Asesoría de Familia e Incapaces Nro. 2 s/ estado de preadoptabilidad).

--- Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se encuentran ligados a un niño el tribunal debe dar una solución que permita satisfacer las necesidades de este último del mejor modo posible para la formación de su personalidad y esta decisión debe hacerse en función de las particulares circunstancias en las cuales transcurre la vida del niño y no por remisión dogmática a formulas preestablecidas (Del voto de los doctores, Fayt, Zaffaroni y Argibay, Fallos 328:2870, laleyonline AR/JUR/1551/2005).----------

--- Por lo hasta aquí expuesto, entiende este Cuerpo que el traslado de los menores por decisión unilateral de la madre a la zona cordillerana para fijar en ese lugar su residencia, alterando el centro de vida de los mismos, encontrándose vigente un acuerdo de custodia compartida homologado judicialmente es arbitraria. Por ello corresponde revocar el decisorio de grado, y disponer la restitución de los menores X. y V. a su padre, decisión que se efectivizará al cese de la actividad escolar del corriente año. ---------- Por otra parte, se advierte un importante nivel de conflicto entre los adultos que trasciende, aún cuando se lo intenta revestir de grados diversos de razonabilidad y fundamentación en sus posturas. Por ello entiende este Cuerpo adecuado disponer asimismo, que ambos padres reciban apoyo terapéutico, en orden a encontrar respuestas a las complejas derivaciones de las conductas asumidas, de modo tal de procurar el mayor bienestar para sus hijos (Art. 19, Convención Americana sobre los Derechos Humanos, art. 3, ap. 1 Convención sobre los derechos de los niños). ----------

--- Conforme se resuelve, por aplicación del principio objetivo de la derrota, las costas se imponen a la Sra. S. (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los letrados

intervinientes en la suma equivalente a 8 jus, con más el IVA pertinente (Art. 26 Ley XIII, Nro. 4).----------

--- En su mérito, la sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE:** ----------

--- I. Revocar la providencia de fs. 16. En consecuencia, la Sra. P. S., DNI **.***.*** procederá a restituir a sus hijos menores X. P., DNI **.***.*** y V. P., DNI **.***.***, al Sr. D. C. P. DNI **.***.***, al finalizar la actividad escolar del presente año, estableciendo como fecha límite el 16/12/11.----------

--- II. Disponer que los Sres. P. S. y D. C. P., reciban apoyo terapéutico a los fines establecidos en el considerando respectivo.----------

--- III. Imponer las costas a la Sra. P. S. (art. 69 CPCC).---------- IV. Regular los honorarios de la Dra. K. L. en la suma equivalente a 8 jus y al Dr. R. N. en la suma de 8 jus, con más el IVA pertinente (Art. 26, Ley XIII, Nro. 4).----------

---

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

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

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

RAUL ADRIAN VERGARA
PRESIDENTE

--- **REGISTRADA BAJO EL Nº DE 2011 – SIF.- CONSTE.-**

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA