Comodoro Rivadavia, de marzo de 2012.

VISTOS Y CONSIDERANDO

Estos autos caratulados: **“C., F. R. c/ F., F. D. s/ MEDIDA CAUTELAR” LEGAJO DE COPIAS –ART. 252 INC 2 CPr., Expte. Nro. 460/2011**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia N º 3, (Expte. Nro. 321/2011), por haber interpuesto y fundado recurso de apelación a fs. 116/120 la parte actora y a fs. 126 la parte demandada, contra la resolución de fs. 97/105vta.- Asimismo la parte demandada a fs. 131/132 plantea revocatoria con apelación en subsidio respecto a la providencia de fs. 122.

I.- Se agravia el actor porque la jueza rechazó la medida cautelar solicitada, dando preferencia a la progenitora y modificando la residencia habitual del niño sin su consentimiento ni autorización, considera que aplicó erróneamente el derecho sustantivo en lo relativo al ejercicio de la patria potestad, la operatividad de la presunción contenida en el Art. 206 del C. C. y el deliberado apartamiento en el resguardo del principio superior del niño. Señala que con la presente medida cautelar se pretendía asegurar la concurrencia de su parte en la toma de decisiones trascendentales en la vida del niño, toda vez que la tenencia del menor no se encuentra convenida entre los progenitores, ni otorgada judicialmente en exclusividad a ninguno de ellos. Afirma que la demandada quiere modificar unilateral, inconsulta e intempestivamente el centro de vida del niño a más de 1800km de distancia. Sostiene que la jueza no tuvo en cuenta ni los informes del ETI, que afirman que existe un vínculo estrecho de apego del niño con su padre y familia extensa, de la conveniencia en mantener los mismos, ni tampoco el dictamen de la Asesora. Agrega que el fallo viola el interés superior del niño pues no se entiende de que manera se asegura a su hijo el derecho de que se respete su centro de vida.- Sostiene que la guarda actual de la madre no es objetivamente idónea para favorecer el vínculo parental, al no permitir la plena participación de ambos padres en la crianza del niño, educación y protección integral, máxime cuando el impedimento de contacto cometido por ésta se erige en una verdadera circunstancia sobreviniente a la interposición de ésta medida cautelar. Hace reserva del caso federal.-

Corrido traslado, los mismos son contestado por la demandada a

fs. 143/144vta.

II.- A fs. 123/125 se agravia la demandada, porque considera que existe una incongruencia entre el objeto de la medida cautelar y lo resuelto por la jueza. Agrega que si el objeto de la medida devino abstracto, no debió considerarlo y rechazar sin más la medida. También entiende que si la cuestión principal devino abstracta, no puede fallar sobre la cuestión accesoria, dadas las cuestiones de fondo a decidir nuevamente no debió establecer a su solo arbitrio, ni provisoriamente, un régimen de comunicación a favor del actor, debiendo ser requerido por la vía pertinente. Asimismo se queja por la fijación del régimen de comunicación a favor del accionante, ya que éste no fue solicitado. Manifiesta que F. S. de 3 años debe ser desprendido de ella por el término de 10 días en el mes y viajar 3.600km., buscándolo el padre, pudiendo devolverlo el abuelo, sometiéndolo a una injusta exposición. Asevera que la sentencia es arbitraria, carente de fundamento y nula por no haber tratado temas expresamente sometidos a su conocimiento, introduciendo a la medida de la pretensión del actor jurisprudencia manifiestamente inaplicable. Solicita se conceda el recurso de apelación con efecto suspensivo. Hace reserva del caso federal.

Corrido traslado los mismos son contestados por la contraria a fs. 140/144 en el Expte. N º 461/2011 acumulado.

También se queja por la concesión del recurso de apelación interpuesto por su parte con efecto devolutivo y asimismo la parte de aquél que concede el recurso de apelación del punto 5º de la sentencia. Sostiene que denegada la concesión de la medida cautelar, procede la apelación con efecto suspensivo, también es cierto que la ejecución de los puntos 2º, 3º y 4º de la sentencia, recurridos por las partes significaría una flagrante violación a las normas constitucionales, razón por la cual desde esta oportunidad solicitan se conceda el presente recurso con efecto suspensivo. Asevera que el proveído recurrido además de hacer mención a los puntos 2° y 3° erróneamente consigna como apelado el punto 5° de dicha sentencia cuando debió decir el 4°. Agrega que su parte mas que nadie pretende la pacificación y concordia familiar por lo que de ningún modo podría plantear la apelación del

punto 5°. Solicita se revoque el punto 1) del proveído de fecha 15 de septiembre en lo que es materia de recurso y conceda además a su parte la apelación del punto 4°) de la sentencia en lugar del punto 5° de la misma.

Para resolver ésta cuestión, se deja constancia que conforme las disposiciones del Art. 130 de la Ley III N º 21, se ha celebrado audiencia, en la que se ha tomado contacto personal con el niño y los progenitores (fs. 163).-

Corrida vista a la Asesora de Familia e Incapaces se expide a fs. 165 manteniendo el dictamen de fs. 92/95.-

III.- Por razones de método corresponde en primer lugar analizar los agravios deducidos por el actor, consistente en el rechazo de la medida cautelar y la guarda provisoria de su hijo de tres años, para después entrar analizar la queja de la demandada, referida a la determinación por parte de la jueza, del régimen de comunicación a favor del padre, el que no fue solicitado.-

También recordar que el criterio rector es el interés superior de F. S.-

Inicialmente debemos puntualizar que en materia de custodia y régimen de comunicación de menores de edad, las resoluciones que se dictan no causan estado sino que revisten el carácter de cosa juzgada formal, por lo que en cualquier momento se pueden modificar cuando el interés del niño así lo exija por resultarle beneficioso.

En orden a la primer premisa la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, que la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualquiera 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 sujeto de derecho de los intereses de los otros sujetos de

derecho incluso llegado el caso, de los padres. Pues el niño es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir con o no, pero no se reducen a los de sus mayores (del voto de los Señores Ministros Dres. Carlos Fayt, Raúl Zaffaroni y Carmen Argibay . citados en: CSN 13/03/2007. Fallos 330:642. A. F La Ley 2007-B-686).

Precisado así el marco jurídico, efectuaremos una breve reseña de los hechos relevantes de la causa.

F. S. nació el 25 de marzo de 2008 de una relación sentimental sin convivencia que mantuvieron sus padres, habiendo sido primeramente inscripto por la madre con su apellido y reconocido por el padre meses después. El niño vivió siempre con su madre.-

El 06 de septiembre de 2010 se acordó un régimen de visitas paterno; reconociendo la madre que al niño, durante esas horas, está también al cuidado de la abuela paterna (fs. 47vta.).

En agosto del 2011 la madre del niño denuncia como nuevo domicilio, la ciudad de La Plata donde ella es oriunda. Ante el Equipo Técnico Interdisciplinario (fs. 27 y vta.) había manifestado que mantenía una relación amorosa en esa ciudad, había adquirido con su pareja una vivienda, había posibilidades de trabajo también para ella y que se casaría a fines del 2011, lo que implicaba el traslado con su hijo, hecho que finalmente ocurrió.-

Este contexto fáctico determinó que al momento de decidir la medida cautelar tal como fue planteada, la misma devenía abstracta y así fue resuelto por la jueza de grado.- No obstante ello, estableció un régimen de comunicación para el padre, atento la flexibilidad de las formas en los procesos de familia y la directriz establecida por la C. S. J. N

para los jueces, cuando se trata de proteger el interese del niño.-

IV.- Tratamiento de los agravios.-

1.- Los agravios del actor.-

El recurrente se queja por el rechazo de la medida cautelar, guarda provisoria, con distintos argumentos.-

De la lectura detenida de las constancias obrantes en autos surge sin hesitación que -no obstante la aptitud que pudiera tener el padre para atender al hijo- no puede prosperar un planteo que tienda a privar a la Sra. F. de la guarda del niño. Ello es así porque para dejar de lado el principio de estabilidad o continuidad resulta indispensable acreditar -como mínimo- que la situación existente irrogue al niño daños o problemas de mayor gravedad que los que podría ocasionar la misma alteración de la guarda al otro progenitor.

En primer lugar no se verifica ninguno de los argumentos esgrimidos por el progenitor se comprueban en autos, de una actitud obstruccionista por parte de la progenitora para procurar el contacto del padre y de la familia de éste, debemos remarcar que ésta no se comprueba en autos. Ello resulta de lo acordado ante la Asesoría de Familia e Incapaces –fs. 4 y vta.- del modo que se cumplió tal acuerdo y de las diferentes propuestas efectuadas en autos –fs. 55vta. y 56.-

Tampoco el actor ha acreditado la existencia de causas graves que hagan necesaria una modificación de la custodia del niño que siempre tuvo la madre. No desconocemos que la situación que se

plantea -por la radicación de la demandada en otra provincia- genera inconvenientes en el contacto, pero ello no autoriza el dictado de la medida cautelar solicitada, que en las actuales circunstancias nada beneficiaría al niño.-

Se alega también, una incorrecta interpretación del Art. 206 del C. C., tal vicio no se comprueba; repárese que como venimos sosteniendo el niño siempre vivió con su madre, entonces no se tuvo en cuenta la pauta del Art. 206 en forma abstracta sino que la jueza ha merituado la realidad del niño que surgen de las constancias de la causa.-

En virtud de lo expresado en los párrafos precedentes consideramos que el rechazo del pedido de guarda provisoria ha sido ajustado a derecho, toda vez que aquí se encuentran en juego el interés superior del niño y no el del padre.-

Por ello, corresponde el rechazo de los agravios planteados por el actor.-

2.- Los agravios de la demandada.-

Es cierto que estamos ante un proceso de naturaleza cautelar y que para el planteamiento de la cuestión de fondo se deberá ocurrir por la vía correspondiente.

Pero la demandada no puede obviar que el padre tenía un régimen de visitas establecido mediante Acta 1219/2010 (fs. 4) que fue alterado por su decisión de mudar el domicilio del niño a la ciudad de La Plata.

No existe ninguna exposición injusta, ni la pretensión de arrancar al niño de su lado, tampoco que sea favorecido el padre a costa del niño como expresa

la Sra. F.. Sí, debemos remarcar que existe el derecho de F. S. a tener contacto con su padre y familia paterna, y a fin de resguardar ese derecho es que la jueza de grado, atento la distancia existente entre ambos domicilios, estableció la cantidad de días y la forma que se llevaría a cabo el régimen de comunicación.

Dicho régimen constituye un indiscutido derecho del niño con jerarquía constitucional, de acuerdo a lo previsto por el Art. 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Conf. Art. 75 inc. 22, CN). Insistimos, el niño tiene un derecho subjetivo propio a mantener una adecuada comunicación con el progenitor no conviviente. Esto es, como sujeto activo, titular autónomo de ese derecho. De ahí que el ejercicio del régimen de visitas no es sólo un derecho del padre que no ejerce la guarda, sino también un derecho del menor a estar con el progenitor con quien no convive (Solari, Néstor, "Régimen de visitas y cuestiones suscitadas", LLC 2007 (Mayo), 365).-

Es imposible soslayar que el régimen fijado, responde a la nueva realidad del niño. Sus padres viven a 1800km. entonces para tener contacto con ambos deberá trasladarse esa cantidad de kilómetros. La recurrente no aporta ningún fundamento objetivo que autorice la revisión de lo resuelto. Tan solo discrepa con el criterio adoptado por la jueza. A todo evento se recuerda la consideración preliminar acerca de la provisionalidad de este tipo de decisiones.-

Finalmente impugna el modo de concesión de los recursos, señala la parte que se concedieron los recursos en relación y con efecto devolutivo los puntos 2º, 3º y 5º del resolutorio,

cuando a su entender debieron otorgarse con efecto suspensivo, toda vez que la resolución apelada deniega la medida cautelar solicitada por la actora.-

Al respecto, es dable observar que siendo la naturaleza de las medidas de las que conceden, que la jueza ordenó de oficio y en uso de las facultades otorgadas por el ordenamiento procesal, otras medidas cautelares, atento la naturaleza de tales medidas y las particularidades de la causa, corresponde mantener el efecto devolutivo de la concesión del recurso.

V.- Las costas de la Alzada serán impuestas por su orden, atento a la naturaleza del proceso donde la cuestión se decide en aras del interés del niño, siendo lógico que ambos padres quieran ejercer sus derechos (Art. 69 2da. parte del C.Pr.), procediéndose a regular los honorarios de la profesional interviniente de acuerdo a la ley arancelaria arts. 5 a 9 y 13 de la Ley XIII N º 4.-

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

R E S U E L V E :

1) Rechazar los recursos de apelación interpuesto por el actor a fs. 116/120vta., por la demandada a fs. 121, 131/132 y confirmar la resolución de fs. 97/105vta.-

2) Costas de la Alzada por su orden, regulando los honorarios profesionales del Dr. M. E. C., en la suma de PESOS CUATROCIENTOS CINCUENTA ($450) y los de los Dres. M. A. D. y C. M. C., conjuntamente, en la suma de PESOS CUATROCIENTOS CINCUENTA ($450).-

3) Tener presente las reservas del caso federal de la actora fs. 120 y de la demandada a fs. 130.-

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

REGISTRADA BAJO EL N ° 20 AÑO 2012

EN EL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS