Puerto Madryn, Julio de 2014.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: "**C., J. E. C/ V., N. F. S/ Restitución de menores" Expediente 70 Año 2014** venidos del Juzgado Familia N°2, por haber interpuesto a fs. 109, la Sra. J. E. C. recurso de apelación contra la Sentencia Interlocutoria registrada bajo el Nº 110 del año 2014 de fs. 103/106.

I. A fs. 103/106 la Sra. Jueza de grado resuelve no hacer lugar a la restitución pretendida por la Sra. J. E. C. respecto de sus hijos A.N. y S. V. V., e impone las costas a cargo de la accionante.

La actora apela dicho decisorio a fs. 109 y funda su memorial de agravios a fs. 111/118.

Sostiene la quejosa que en la sentencia en crisis la *a quo* omitió valorar la forma arbitraria e inconsulta en que los niños fueron retenidos una vez más por su padre en su domicilio, implicando ello una grave vulneración de los derechos tanto de sus hijos, como los propios.

Señala que la Jueza de grado desconoció el acuerdo celebrado entre ambos progenitores, en el que acordaban que los hijos menores estarían bajo la custodia de ella, y dispuso, sin mediar petición de ninguna de las partes intervinientes, la suspensión de los autos: "AF C.- V. s/ Homologación de Convenio" (Expte. 964/2013).

Destaca que no es la primera vez que el Sr. V. sustrae a sus hijos menores de su cuidado, haciendo uso de las vías de hecho, desconociendo los derechos de sus hijos y toda forma de resolver conflictos de manera adulta y responsable.

Asimismo se agravia porque la Jueza de grado omite atender el impedimento y obstaculización de contacto desplegado por el Sr. V. y denunciado a fs. 82, 86 y 91 vta.

Por otro lado, se agravia en que no constan en autos pruebas en relación a su falta de idoneidad para continuar ejerciendo la custodia de sus hijos. Pero contrariamente, la sentencia atacada deja la custodia de los menores a favor de su progenitor.

Se queja porque la Magistrada de la Instancia anterior nada ha dicho respecto de cómo debe ser el contacto con sus hijos, ello a pesar que de todos los informes del ETI surgen la recomendación de que deberán estar presentes durante el mismo, el Sr. V. o sus padres.

Cita leyes nacionales, provinciales y tratados internacionales en abono de su postura.

A fs. 132/133 se encuentra agregada en autos, el acto de audiencia celebrada por ante esta Excma. Cámara de Apelaciones, y a fs. 135/136 contesta vista la Asesoría de Familia e Incapaces, considerando que la Sentencia en crisis debe ser confirmada, y que las partes, a los fines de resolver otras cuestiones que escapan al objeto del presente, deberán acudir por la vía pertinente.

II. El traslado de un menor es ilícito cuando se produjo en infracción a un derecho de custodia atribuido, ejercido efectivamente en ese momento, y la apreciación de esas circunstancias corresponde a la autoridad requerida.

En ese orden de ideas, se destaca una relación directa con la noción de patria potestad, en cuanto a los cuidados o toma de medidas para el cuidado del hijo y, en especial, a la decisión sobre un lugar de residencia. Dicho ejercicio debe ser real y verdadero.

Si bien los padres tienen el derecho de educar y mantener a sus hijos, tienen, a la vez, deberes, tocándole al juez dirimir sobre cualquier conflicto suscitado en torno a dichos derechos-deberes, a la luz del mejor interés del menor y no a la mera conveniencia del padre. (CNCIV - Sala I - Sentencia

Interlocutoria - Nro. de Recurso: I088448 - Fecha: 14-9-1995) Citar: elDial.com - AEE48).

Los intereses de los niños por quienes acuden a la justicia tanto la actora como el demandado, deben ser respetados por ser el norte de cualquier decisión judicial.

La jurisprudencia tiene dicho: *"que la atención primordial al interés superior del niño a que alude el Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor".* (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, autos: "R., J. M; y otros s/ protección de persona" 22/10/2010).

La Corte de Internacional de Derecho Humanos en su Opinión Consultiva OC-17/2002 ha expresado que *"es preciso resaltar la particular atención que tiene este interés superior del niño, en la medida que para su efectiva tutela" "...es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en que se hallan los niños..."* (C.I.D.H., Opinión Consultiva 17/2002 del 28/8/2002, párr. 61).-

Los tribunales están obligados a atender como consideración primordial al interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina de la Corte Nacional que *"garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención*" (Fallos: 318:514) (conf. C.S.J.N., 02-12-2008, Fallos 331:2691; L. L. 2008-F, 705).-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado, asimismo, que los órganos judiciales, así como toda institución estatal, han de aplicar el principio del interés superior del niño *"estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los*

tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente" (Comité, Observación general Nº 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 2003, HRI/GEN/1/ Rev. 7, párr. 12, p. 365). (C.S.J.N., 16/09/2008, Expte. G. 617. XLIII, L. L. 2009-A, 450).-

No es posible dar contenido concreto a la fórmula genérica del "interés superior del niño" si no es analizando cada caso en particular, porque precisamente la consideración del niño como persona, sujeto de derechos, exige atender a sus circunstancias particulares.

Debe tenerse en cuenta que no se trata de decidir, en este caso, una mera adjudicación de derechos sobre un objeto inanimado o sobre un bien abstracto, cuya substancia permanecerá insensible o inalterada frente al paso del tiempo, sino sobre el destino de dos niños (conf. voto del Dr. Pettigiani, SCBA, Ac. 78.446, sent. Del 27-VI-2001).

Liminarmente cabe destacar que si bien los Sres. C. y V. habían acordado que los niños estarían bajo la custodia de su madre (tal como surge de los autos "AF C. – V. s/ Hom. Convenio" Expte. 964/2013, que se tienen a la vista al momento de resolver), tal convenio no llegó a ser homologado, por lo que dadas las circunstancias actuales no puede considerarse que la Sra. C. poseía legalmente la custodia de los niños.

Por otro lado, de los antecedentes que emergen de la causa, los informes del Equipo Técnico Interdisciplinario (fs. 78/80 y 93/95) y la opinión de la Asesoría de Familia e Incapaces, surge evidente la conveniencia de que los niños continúen conviviendo con el padre.

La Lic. S. en su informe de fs. 78/80 manifiesta que en atención a los hechos ocurridos y en función a la situación que transita el grupo familiar, particularmente la hija de la pareja, observa que por el momento la organización doméstica planteada por el padre permitiría una atención más personalizada de los niños, brindándoles mayor contención y apoyo.

Concordante con el informe de la Lic. S., la Lic. A., Jefa del Servicio Social del Ministerio Público de la Defensa, de fs. 93/98 concluye en que resulta conveniente que los niños continúen su convivencia con ambos padres en el domicilio paterno, con permanencia de la madre durante los días en los que no tiene actividad laboral.

No menos relevante resulta lo advertido en la audiencia celebrada en cumplimiento del art. 130 de la Ley III Nº 21, donde se ha tenido oportunidad de tomar contacto no sólo con los padres sino también con la niña.

Por otra parte, cabe destacar que en razón de la naturaleza de las cuestiones debatidas y resueltas, las circunstancias que las motivaron, pueden variar en el tiempo.

El requerimiento de restitución de menores es un proceso autónomo, en el cual se evalúan las circunstancias particulares del caso, más allá de lo que se pueda resolver posteriormente respecto de las cuestiones de fondo (custodia, régimen de comunicación).

"La acción de restitución es autónoma por su objeto y específica por su perfil procesal, pues puede verse agotada con la sola restitución, sin ser seguida por acción posterior". (CNCIV - Sala I, "S.Z.A.A. c/ A., D.D. s/ Exhorto" Sentencia Interlocutoria - Nro. de Recurso: I088448 - Fecha: 14-9-1995; Citar: elDial.com - AEE3B).

Por lo expuesto mal podría haber resuelto la Magistrada de grado un régimen de comunicación de los niños con su madre, ya que excedería las facultades de la misma.

La Sra. C. deberá ocurrir por la vía correspondiente con los reclamos que considere pertinentes en relación con sus hijos menores.

Conforme lo expuesto, teniendo en cuenta las constancias de autos, las que permitieron auscultar la realidad actual y llegar a la convicción de que la solución propuesta es la que a todas luces resulta adecuada conforme a los

intereses puestos en juego, corresponde rechazar el recurso, confirmándose la resolución de la Instancia de grado.

III. No se imponen costas porque excepcionalmente el Ministerio de Pobres, Ausentes, Menores e Incapaces percibe honorarios regulados judicialmente de los usuarios que cuentan con medios suficientes (art. 3 inc. 7mo. Ley V Nº 90).

Por ello la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn.

RESUELVE:

1) CONFIRMAR la Sentencia Interlocutoria registrada bajo Nº 110/14 de fs. 103/106 en todo cuanto ha sido materia de agravios. SIN COSTAS en esta Instancia porque excepcionalmente el Ministerio de Pobres, Ausentes, Menores e Incapaces percibe honorarios regulados judicialmente de los usuarios que cuentan con medios suficientes (art. 3 inc. 7mo. Ley V Nº 90).

2) REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /14 SIF.-