Comodoro Rivadavia, de julio de 2014.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"T. C. D. c/ J. L. M. s/ Medida Cautelar – Legajo de copias art. 252 inc. 2° CPr." Expte N° 185/2014**, venidos del Juzgado de Primera Instancia de Familia N° 3 (Expte N° 462/2013) por haber interpuesto el actor a fs.150, recurso de apelación contra la resolución de fs. 142/146 que dispone la restitución del hijo a la madre y restablecer la custodia del mismo a su favor.

I.- En su memorial de fs. 153/157vta., alude a las manifestaciones efectuadas por la madre en sus escritos, informe del ETI de fs. 42/43 y demás constancias del expediente y critica su valoración judicial. Remite a las actuaciones realizadas en sede penal para descalificar la conducta de la madre del niño B.E.T.J. Insiste que su parte es el progenitor mejor posicionado para proteger y cuidar al hijo. Afirma que la madre no cumple con su rol ni puede contener o poner límites al niño. Solicita se revoque la sentencia y se otorgue la tenencia definitiva del niño al padre. Hace reserva del caso federal.

A fs. 162/164vta., contesta la madre, sostiene los fundamentos de la resolución impugnada y solicita se declare desierto el recurso.

A fs. 172 y fs. 176, se realizan audiencias en la alzada a fin de escuchar a las partes y tener contacto personal con el niño B.E.T.J.

A fs. 178/178vta., contesta la vista conferida la Asesora de Familia y solicita se confirme la sentencia de grado atento las constancias del expediente, informes del ETI y el interés superior del niño.

II.- De las constancias del expediente surge que el niño B.E.T.J. vivió con su madre desde la

separación de sus padres en la ciudad de Rawson, manteniendo con el padre un régimen de comunicación amplio (fs. 6/7 y fs. 16).

Surge que el niño pasó las vacaciones de invierno del año pasado con su padre, en esta ciudad, y que en dicha oportunidad el progenitor advirtió conductas extrañas en su hijo, no acordes con su edad.

Que realizó consultas con una psicóloga quien luego de tener varias entrevistas con el niño, concluyó que los trastornos de conducta podrían ser consecuencia de un abuso sexual infantil (ASI).

Ante esta situación, el actor a fs. 6/7 promueve la presente medida cautelar de protección de persona y prohibición de acercamiento contra el abuelo materno y, la guardia provisoria de su hijo, permaneciendo durante el trámite el niño con el papá, en esta ciudad.

Realizó denuncia penal que motivó la formación del Legajo n° 55070 del Ministerio Público Fiscal.

Sustanciada la medida con la madre, se otorga intervención al Equipo Técnico Interdisciplinario que informa a fs. 42/43, a fs. 66 y a fs. 124.

Se denuncia la conexidad existente con los autos: "J. L. M. s/ Homologación de convenio" Expte n° 68/2010 y los autos: "J. L. M. c/ T. C. D. s/ RESTITUCION DE MENOR DE EDAD" Expte N° 447/03, en trámite ante el mismo tribunal.

A fs. 55/56, se realiza audiencia de conciliación entre las partes y a fs. 74.

A fs. 76/77 y 78/81, constan agregados un informe psicológico del niño realizado por la psicóloga A. G. y el legajo escolar de B. y demás constancias de las escuelas a las que asistió.

A fs. 86, se toma contacto personal con el niño.

A fs. 110/111 se agrega el informe realizado por la Psicóloga Forense M. S.

Finalmente, a fs. 142/146, se dicta la resolución aquí recurrida.

III.- En primer lugar, habiendo pedido expresamente la declaración de desierto del recurso, se señala que este tribunal reiteradamente sostiene un criterio moderado respecto a la estrictez formal de los recursos, priorizando el respeto por el derecho de defensa de los litigantes. Por ello, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y que la parte mínimamente ha individualizado sus agravios se opta por la subsistencia del recurso y se procede a su tratamiento.

Al respecto cabe considerar que las medidas protectorias, en el caso, la guarda provisoria del hijo de los litigantes, son esencialmente interinas y mutables y pueden ser modificadas o dejadas sin efecto cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen. Ello es así, pues cumplen un fin tuitivo de los menores de edad, en consecuencia, pueden modificarse cuantas veces sea necesario en pos del Interés Superior del Niño y el resguardo de sus derechos.

La Corte Suprema de Justicia sostuvo 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, 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).

Efectuados los informes pertinentes por el Equipo Técnico Interdisciplinario y entrevistados los involucrados en el conflicto familiar, no se advierte que corresponda un cambio de criterio.

Como se observa, las conclusiones de las profesionales actuantes y el dictamen de la Sra. Asesora de Familia son favorables al otorgamiento de la custodia a la madre.

En los informes de fs. 110/111vta. y fs. 124/124vta, surge que B. no posee ningún trastorno psicológico ni limitación en sus capacidades congnoscitivas, que en sus relatos y conducta no se observan signos o síntomas que hagan inferir una situación abusiva; si surge que está dentro de un grupo familiar disfuncional en el que ambos padres se refieren en forma negativa sobre la figura del otro, evidenciando un permanente conflicto que impide mantener una comunicación efectiva y estable.

Se destaca la conducta de la madre que reconoce las dificultades de la relación familiar y con el progenitor de su hijo, situación que influye emocionalmente en el niño, que motivó su cambio de domicilio dejando la casa paterna y asumiendo un rol materno más activo y contenedor, no manifestando oposición respecto de mantener la comunicación entre padre e hijo. En cambio, se señala la reticencia del padre a la resolución del conflicto y que se renueve la convivencia del hijo con su madre.

Los profesionales intervinientes concluyen que el conflicto existente entre los adultos es la causa de los cambios de conducta de B. que responde de esa manera a las situaciones que por su corta edad no

logra comprender o a través de las cuales se intenta manipulear su voluntad (ver informe de fs. 77, el de fs. 110/111 y dictamen del ETI de fs 124), recomendando que todo el grupo familiar reciba apoyo terapéutico. Esto ha sido respetado por la madre que recibe el apoyo profesional pertinente y ha requerido la asistencia para su hijo (fs. 92 y 93) demostrando así una actitud más reflexiva.

La restitución de niños es un tema altamente complejo que necesita la presencia de los cuerpos especializados para evitar que las situaciones se desborden y a fin de garantizar de algún modo que no se potencie una situación que de por sí es conflictiva, ello en aras a la debida tutela de los niños involucrados.

Como se señaló, en el particular debe primar el Interés Superior del Niño debiéndose considerar sus intereses y las especiales necesidades y cuidados que requiere un niño de corta edad, sobretodo de su madre con quien convivió hasta que su padre decidió no restituirle a su hogar por vías de hecho, situación que no puede ser legitimada, sobretodo ante la ausencia de prueba de los extremos invocados para justificar la conducta del padre.

Cabe destacar que ambos padres deben cumplir con su rol y con las obligaciones que impone la patria potestad colaborando mutuamente a fin que los hijos logren su desarrollo psíquico, físico y espiritual.

Lo expuesto, las especiales circunstancias del caso, la edad del niño, el hecho que desde su nacimiento convivió con su madre y estuvo a su cuidado hasta el momento que su progenitor le retuvo, las disposiciones del artículo 264 inc 5 y ss del CC, la falta de acreditación de causas graves que demuestren

que B. pudiera encontrarse en situación de riesgo de permanecer junto con su progenitora y, las conclusiones vertidas por los profesionales del ETI y psicóloga forense interviniente, más el dictamen de Sra. la Asesora de Familia, posicionan a la madre como el progenitor más idóneo para el cuidado de la niño quien al momento tiene siete años de edad.

La crítica del recurrente no alcanza a enervar los fundamentos del fallo y solo evidencia un criterio distinto al sostenido por la jueza sin entidad suficiente para modificar la decisión.

Conforme los fundamentos expuestos, corresponde rechazar el recurso del actor y confirmar la sentencia de grado de fs. 142/146vta.

Atento el modo en que se resuelve la cuestión y atento la naturaleza de la misma, las costas se imponen al recurrente vencido. Se regularán los honorarios del profesional interviniente, teniendo en cuenta las tareas cumplidas, celeridad procesal, éxito obtenido y capacidad económica del obligado al pago, (arts. 5 a 7, 32, 13 y ss Ley XIII N° 4).

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

R E S U E L V E :

1) Rechazar el recurso del actor de fs. 150 y confirmar la resolución de fs. 142/146vta.

2) Costas de la alzada al recurrente vencido. Regular los honorarios de la Dra. A. S. P. en el treinta por ciento (30%) y los de la Dra. A. de L. D. en el veinticinco por ciento (25%), de los de primera instancia.

3) Tener presente la reserva del caso federal de fs.157.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente se firma por dos vocales de Cámara en razón de encontrarse en uso de licencia la Sra. Jueza de Cámara, Dra. Silvia Noemí ALONSO, y concordar en la solución del caso (Ley V-17).-

Fernando NAHUELANCA **Julio Antonio ALEXANDRE**

JUEZ de CAMARA **PRESIDENTE**

REGISTRADA BAJO EL Nro. DEL AÑO 2014

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS