--- En la ciudad de Trelew, a los días de diciembre del año dos mil catorce, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Natalia Isabel Spoturno y Marcelo J. López Mesa y para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“P., D. c/ G. F. V. s/ Custodia de hijos” (Expte. 132 - Año 2014 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 171. ---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Sr. Juez de Cámara, Dr. Marcelo López Mesa expresó: ----------

----Que a fs. 94/96 vta. la Sra. Juez de grado atribuyó a los Sres. D. P. y F. V. G. la custodia compartida de su hija M. de L. Á., estableciendo que la niña permanecerá con su madre todos los días en el horario de 14 a 20 horas, debiendo el Sr. P. trasladar a la misma. Este contacto que se establece como base se dispuso que podría ser ampliado por las partes en posterior avenimiento. Las costas se impusieron por su orden y se regularon honorarios.----------

--- Que a fs. 98 dicha sentencia es apelada por el actor, recurso concedido a fs. 99 y fundado a fs. 115/117.----------

--- Se agravia el apelante de que la juez de grado ha dictado una sentencia teórica, desentendida de las características y circunstancias de las partes y de las necesidades de la menor. Se agravia de la ineficacia total de la sentencia para dar solución a las necesidades de la menor M. de l. Á.. Indica que el régimen de visitas establecido puede poner en riesgo su salud y que además se carga sobre el actor la necesidad de hacerse cargo de la hija y de la madre de la hija. Indica que la sentencia coloca en una situación de superprotección a la madre de la menor incluso reconociendo solapadamente sus limitaciones maternales. Que la responsabilidad parental compartida implica una serie de requisitos que no se dan en el caso lo que hace que la sentencia sea ineficaz y teórica, por lo que solicita su revocación en todas sus partes y el otorgamiento de la custodia de la menor a su padre.- ----------

--- Que corrido traslado del memorial a la contraria a fs. 118 el contestado a fs. 121/123, solicitándose el rechazo del recurso.- ----------

--- Que abierto a prueba en la Alzada a fs. 125/126 se produjo ésta, alegando sobre su mérito la demandada a fs. 160/vta. y la actora a fs. 161/ vta.- ----------

--- Que ingresando al tratamiento de las cuestiones traídas a revisión de esta Sala, luego de revisar íntegramente la causa, encuentro que asiste razón al apelante, en el sentido de que la sentencia de grado no constituye derivación razonada del derecho vigente, de conformidad con las circunstancias comprobadas de la causa. ----------

--- Que acierta el apelante en su cuestionamiento del fallo de grado, ya que efectivamente el mismo es, por un lado, meramente teórico, no bajando los conceptos abstractos y genéricos que vierte al plano de los hechos de la causa, con los que se

contraponen evidentemente. Y, por otro, la sentencia de grado no satisface los intereses que se buscaron proteger con la promoción de la acción, ni tutela adecuadamente los derechos de la menor, exponiéndola a un riesgo en su salud innecesario, amén de absolutamente inconveniente. ----------

--- La sentencia de grado no se corresponde con la situación de los hechos debatidos en autos ni con las probanzas colectadas en la causa, que acreditan que una persona –la demandada- que es una persona mentalmente inestable, potencialmente peligrosa incluso para sí, inserta en un medio de desvirtuación de valores, de consumo de sustancias psicoactivas en su propia casa, por parte de sus hijos de mayor edad, que según diagnóstico de su psiquiatra no está en condiciones de tomar las medidas que la precaria saluda de su hija requiere, no está en condiciones de ejercer una custodia compartida. ----------

--- De hecho, la sentencia de grado que se basa en el criterio general de que los hijos de menos de cinco años deben quedar bajo custodia de su madre (art. 206 CC segundo párrafo), no se encuentra debidamente fundada, ya que se cobija en generalidades, que pudieron servir de argumento en otras causas, pero no en ésta, donde existe prueba suficiente de la peligrosidad para la salud de la niña de que la madre conserve la custodia compartida de ella –cfr. fs. 148/vta.- y con ello obstaculice su proceso terapéutico, como ha testimoniado el médico de la niña –Dr. T.- a fs. 151/vta. ----------

--- Por otra parte, justamente en este caso se aplica la excepción al principio general sentado por el segundo párrafo del art. 206 CC, que debe leerse completo y no por partes: “Los hijos menores de CINCO (5) años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor….”. ----------

--- En este caso se configura no una sino dos causas graves que afectan el interés de la menor, cuya custodia se debate. En primer lugar, nada menos que su grave estado de salud, que requiere de cuidados extremos y, confluyendo con esta causa, otra no menos perturbadora, como la seria situación de salud mental de su madre, así como el entorno donde ésta desarrolla su vida, que no es compatible con la salud de la niña.-----

---Que, en este plano, merece tenerse en especial consideración para resolver la presente el testimonio del Dr. U. L., médico psiquiatra de la demandada que a fs. 148/vta. depone sobre la situación de ésta, declarando que la accionada “presenta marcadas dificultades en empatizar así como identificar las necesidades del otro” (conf. Fs. 148 in fine). A fs. 148 vta. Declara el mismo sobre si la Sra. G. está capacidad o en condiciones de cuidar de sus hijas menores, contestando que las condiciones actuales “en las que se encuentra la Sra. G. que implican convivir con dos hijos mayores de edad, y dos hijos menores de edad, los cuatro de filiación paterna diferente, con una situación laboral irregular, una situación de vulneración socio económica, y la problemática que me ha referido la paciente respecto de sus hijos mayores en cuanto al consumo de sustancias psicoactivas dentro del entorno doméstico, no considero que sean condiciones apropiadas para y un medio asertivo o protector en el que deban

hallarse dos menores de edad, ya que el mismo aumenta significativamente sus condiciones de vulnerabilidad" (textual de fs. 148 vta., nro. 7). Seguidamente el citado psiquiatra atestigua que "en las condiciones actuales, sin supervisión, y en base a los antecedentes personales y la evolución que ha presentado, considero en base a mi criterio clínico que sería un rol materno deficitario con dificultades en entablar un vínculo afectivo así como de dar respuesta a las necesidades de los menores de edad a su cuidado…" (conf. fs. 148 nro. 8). ----------

--- Todos estos elementos de prueba, amén de los colectados con anterioridad, demuestran como absolutamente inconveniente que una niña de tres años, que padece fibrosis quística, que adolece de serios problemas respiratorios y de desnutrición quede en custodia –parcial o conjunta- de una persona que, al menos según su médico psiquiatra, no puede incluso decidir correctamente para sí y sus hijos de mayor edad. ---

--- De tal modo, a la luz de la prueba médica colectada en la causa queda claro que exponer a la menor al régimen –por llamarlo de alguna manera- que se le diseñara en la instancia inferior, implica hacerle correr un riesgo -hasta de vida e integridad física-, que esta Cámara no está dispuesta a correr, ni a permitir que otros hagan correr a la niña. -

--- Ello así, no es conveniente ni se corresponde con las constancias de la causa la guarda compartida dispuesta en el grado, ni tampoco lo es el régimen de visitas que se estableciera en el grado. Nadie duda que la menor debe poder ver a su madre, pero las condiciones en que se estableció ese vínculo en el grado son ilusorias, desproporcionadas, riesgosas y carentes de toda razonabilidad. ----------

--- Es que, como esta Sala dijera en su resolución de un par de casos, si se llegase al extremo de que los derechos de los padres y el interés superior del niño estuvieran en conflicto, se ha sostenido en un brillante artículo que el interés del niño puede motivar legítimamente la limitación del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de sus padres (cfr. mi voto, en sentencia de esta Sala del 18/9/08 in re "S., L. M. c/L., E. G. s/ Solicita autorización" – Expte. 22828 – Año 2008" (Expte. Nº 22.828 - año: 2008) e ídem, 15/12/2009, "V. R. O. c/ R. A. C. s/ Tenencia" (Expediente: 220/2009), con cita de COURTIN, Christine, "L'intérêt de l'enfant et les droits et libertés fondamentaux des parents", en Recueil Dalloz 2001, sec. Jurisprudence, p. 422).-- ----------

--- Dijimos luego en ellas que "el principio de sustentación de los derechos es el interés superior del niño, según el art. 1 de la ley 26.061, 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 Niñas, Niños y Adolescentes. Encuadre internacional latinoamericano y provincial argentino", LA LEY 2006-A, 1045).---------- ----------

--- Lo fundamental, al momento de resolver la cuestión sub lite es tener en cuenta el interés superior de los niños que se encuentran involucrados en esta disputa (art. 1,3 y cctes, Ley 26061; Cám. Apelaciones Trelew, Sala A, 15/12/2009, "V. R. O. c/ R. A. C. s/ Tenencia" (Expediente: 220/2009). ----------

--- Y merecen tenerse en cuenta algunos fallos reveladores en esta materia; ellos son: a) La necesidad de una "protección especial" enunciada en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3°, brindan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio (CSJN, 28/8/07, " S., L. E. c. Diario El Sol", en LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia", Edit. Lexis Nexis SA, Buenos Aires, 2008, t. V, p. 1097, dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hizo suyo).---------- ----------

--- b) Nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades" (C. Nac. Casación Penal, Sala 3ª, 11/12/07, "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/recurso de casación" (causa n° 7537), voto de la Dra. Angela Ester Ledesma, al que adhirieron los Dres. Tragant y Righi. en LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia", cit, t. V, p. 1098, con cita de Cilero Bruñol, Miguel: El interés del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en AA. VV. "Infancia, Ley y Democracia en América Latina", citado, p. 77).----------

--- c) El primordial interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño —art. 3.1.— impone a toda autoridad en los asuntos concernientes a la infancia estriba en satisfacer las necesidades de aquél del mejor modo posible para la formación de su personalidad (CSJN, 17/4/07, "Antinao, Celia c. D. C., M. A. - D., G. N.", en DJ 2007-2, 548, voto en disidencia del doctor Fayt).---------- ----------

--- A ello deben sumarse tres pautas extraídas de otros fallos de la CSJN: a) el interés material y moral de los niños debe tener una relevante prioridad sobre cualquier otra ponderación (Corte Sup., 1/6/04, "Q., M. J. y otros v. C., J. y otros", JA 2004-IV-754);----

--- b) La regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como

sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres (Corte Sup., 13/3/07, “A., F.”, JA 2007-III-48, voto del Dr. Maqueda); y----------

--- c) Pero es claro que el alcance del art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño es el de priorizar el "interés superior del niño" en el marco de interpretaciones y aplicaciones jurídicas posibles; no, en cambio, el de subvertir todo derecho (público o privado) en aras del aludido interés (Corte Sup., 3/4/01, “S., V. v. M., D. A.”, voto en disidencia del Dr. Petracchi).----------

--- Como dijo esta Sala en una resolución interlocutoria, en un caso con notorios puntos de contactos con el que aquí nos ocupa, en la pugna entre el derecho de los padres a la custodia de sus hijos menores y el bienestar de éstos, debe preponderar el último, pues se trata nada menos que del interés superior de los niños, quienes deben ser considerados como sujetos de derecho y no cual objeto de derechos de los adultos (art. 3, inc. "a" de la ley 26.061 y pto. 2º, inc. "b" de la Reglamentación de la ley 4.347, Anexo I del Dec. 1631/99; Corte Suprema de Justicia, Fallos 310:2214, in re " Scaccheri de López" de 1987). Esta Sala tiene dicho que planteado el conflicto entre los derechos e intereses de los menores frente a otro derecho legítimo, deben prevalecer los primeros, por expresa disposición del art. 3 "in fine" de la ley 26.061 (causa nº 581/09, SDF. Nº 1/10) (cfr. esta Sala, S.I.F. nº 50 de 2010, "ASESORIA DE FAMILIA E INCAPACES Nº 2 s/ medida de protección (C. L., C. E." (Expte. Nº 000330/2010).--------

--- Establecido que el interés superior de la niña involucrada en esta disputa habrá de ser la pauta axial para resolverla, queda descartado que tal interés superior tenga en autos una función subversiva, ya que no lleva su aplicación a consecuencias jurídicamente inaceptables, como no lo es que la preservación de la salud de una menor gravemente enferma de tres años, amerite la limitación de los derechos de la madre, que no es cualquier madre, sino una madre con graves desequilibrios mentales, limitación que se realizará en la estricta medida de la compatibilización de ambos bienes en juego y en vista de la importancia de cada uno de ellos, la salud de la niña y el derecho de la madre a frecuentarla y no perder contacto con ella. ----------

--- Ergo, la sentencia no se sustenta en derecho ni en las probanzas de la causa, por lo que procede su derribamiento, al encuadrar en el anaquel de las sentencias arbitrarias, conforme la sagaz elaboración efectuada sobre ellas por la CSJN. Y debo enfatizar que claramente no me parece compatible el dictamen de fs. 169 que prohija la confirmación del cuestionable decisorio de grado, ya que entiendo que el mismo enfoca la problemática desde el conflicto de los padres y no desde el hontanar de los derechos fundamentales de la niña. ----------

--- Por las diversas razones explicitadas supra, propongo la revocación de la sentencia apelada, para dar paso al acogimiento sustancial de la pretensión contenida en la demanda, asignando la custodia de la menor a su padre, el actor de autos, Sr. D. P.; ello, hasta tanto existan en la causa probanzas que muestren pertinente adoptar una

solución diferente. La custodia de la niña en cabeza de su progenitor facultará a éste a autorizar las medidas terapéuticas y a realizar las gestiones que razonablemente se muestren acordes al estado de salud de la niña.----------

--- En cuanto al régimen de visitas de la madre, la precaria salud de la niña no consiente un régimen tan extenso como el fijado en el grado, por lo que se establece, sujeto a que no se vea afectada la salud de la menor con ello, que la madre tendrá contacto, bajo supervisión, cuatro veces a la semana, cuatro horas cada vez, debiendo la madre retirarla de donde la menor habita y reintegrándola a dicho domicilio al fin del horario establecido, salvo que por razones climáticas o de otro orden, el padre decida llevarla él a la niña o ir a buscarla, pero no teniendo obligación de hacerlo. ----------

--- Es que no se justifica, ni lo ha sido en la instancia de grado debidamente, que el padre de la niña, tenga la obligación de llevársela a su madre y luego retirarla; bien ha dicho en su memorial el apelante que una medida tal implica no solo tener a cargo a la niña, sino prácticamente a la madre de ella también, lo que no se corresponde con la actitud y la conducta de quien tan vehementemente afirma estar en condiciones no solo de frecuentar a la menor, sino de tener la guarda compartida de ella. ----------

--- No es un proceder normal que se cargue a uno de los sujetos procesales con la obligación de poner al otro en condiciones de efectivizar los derechos que reclama ejercer. Algo no está bien en ese razonamiento, el que no parece arribar a una conclusión razonable, ni equitativa. Máxime cuando ese sujeto procesal de autos es el que subviene a las necesidades de la niña y se ocupa de sus necesidades de atención médica, además de lo cual debe trabajar para costear sus propios gastos y los de la niña. Asignarle a él una obligación de llevar y retirar a la niña todos los días como se dispusiera en el grado, no parece compatible con el desarrollo de tareas remuneradas, que debe ejercer toda persona que no es un rentista o se encuentra en una posición económica aventajada, lo que no se ha probado en autos que se configure en el caso del padre. ----------

--- Como sea, al tratarse de una cuestión de familia, donde lo que se buscaba -aún equivocado o según su punto de vista alguno de los padres- era el bienestar de la menor, las costas de ambas instancias se impondrán en el orden causado, máxime cuando ambos contendientes litigan con asistencia letrada oficial (art. 69 CPCC in fine).

--- Los honorarios de los profesionales de grado actuantes en la instancia anterior, habiéndose fijado en los mínimos arancelarios ambos, no ameritan corrección alguna, debiendo mantenerse tal como fueron regulados en el grado. ----------

--- Propongo asimismo regular los honorarios de Alzada correspondientes a la Dra. J. D. en el 35% de los que se le determinaran en el grado; en tanto, los estipendios correspondientes a la Dra. A. B. se determinan en el 25% de los que se le determinaran en el grado; entiendo que tales porcentuales se corresponde con la importancia, mérito, trascendencia, calidad y resultado de las labores profesionales cumplidas en la alzada (arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46, Ley XIII N° 4).----------

--- Por lo precedentemente expuesto, a esta cuestión voto por LA NEGATIVA.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN:** la Dra. Natalia Isabel Spoturno dijo: ----------

----I. Los detalles esenciales del caso, la sentencia impugnada y los agravios expresados fueron suficientemente reseñados por el magistrado que me precedió en el voto. Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, dando de tal modo cumplimiento a la manda constitucional, bastarán las consideraciones siguientes:--------

----II. Luego de una atenta y detenida lectura de la causa y de la sentencia de primera instancia no puedo más que coincidir con el criterio expuesto por el magistrado ponente. La sentencia de grado resulta teórica en grado superlativo. Expresa generalidades que bien podrían ser el fundamento de la mayoría de las causas sobre custodia que tramitan en nuestra jurisdicción. No logra llevar al caso concreto las teorías expuestas de manera abstracta. ----------

----Ha dicho nuestra CSJN que queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar (considerando 4°- Fallos 328:2870).----------

----Es así que me encuentro con una sentencia arbitraria y que en consecuencia habrá de ser revocada para dar lugar a un pronunciamiento ajustado a derecho a la luz de los hechos de la causa. Esto así pese a la opinión del Asesor de Familia que en su dictamen propone la confirmación de la sentencia.----------

----III. Ninguna de las argumentaciones de la sentencia de grado en torno a la conveniencia de la custodia compartida resulta aplicable al caso de autos. Considero que en la presente el interés superior de la niña exige que la custodia se atribuya al padre. Encuentro fundamentalmente dos razones para decidir de este modo: ----------

----Por un lado nos encontramos con una niña que padece una grave enfermedad que requiere atención y supervisión permanentes. Obra a fs. 151/vta. declaración testimonial de L. R. A. T., Médico Pediatra, quien efectuó una detallada descripción de las necesidades de la niña considerando su delicada salud. En su declaración el médico informó a esta Alzada que se presentó ante la Asesoría de Familia espontáneamente preocupado por la situación de M. de l. Á.. Dijo haber solicitado que se garantice la presencia de enfermería domiciliaria durante las horas del régimen de comunicación y reducir las horas en que permanecía con la madre. Dio detalles sobre la enfermedad de la niña ─fibrosis quística─ y sobre los cuidados especiales que requiere. Sostuvo: “mientras que la salud mental de la madre no esté garantizada requeriría la permanencia de la enfermería o cuidador domiciliario para la nena, que se haga responsable de los cuidados mencionados previamente”. Considero esclarecedora la declaración del pediatra a cargo del tratamiento de la niña. ----------

----Por el otro lado nos encontramos con una madre que tiene sus propios problemas de salud. Obra a fs. 148/vta. la declaración testimonial del Dr. U. E. L. (prueba

producida en la Alzada). El Dr. L. es el médico psiquiatra que tiene a su cargo el tratamiento psicofarmacológico de la Sra. F. G.. Declaró el mencionado profesional que el tratamiento tiene como objetivo lograr la estabilidad afectiva y disminuir el riesgo de conductas impulsivas. Preguntado el profesional por la salud de la Sra. G. declaró que en la actualidad su estado psíquico es el mismo que al momento de su externación y agregó: “presenta marcadas dificultades en empatizar así como identificar las necesidades de otro”. Respondiendo a las preguntas efectuadas por la abogada del actor dijo que el padecimiento de la Sra. G. está absolutamente relacionado con su desempeño como madre ya que el trastorno en sí implica alteraciones en el modo de entablar vínculos, incluido el vínculo materno-filial. Preguntado el profesional sobre la capacidad de la Sra. G. para cuidar de sus hijas menores, luego de efectuar una descripción del hogar donde vive la Sra. G. y de su realidad familiar actual que incluye hijos mayores que consumen sustancias psicoactivas en el entorno doméstico, concluyó afirmando textualmente: “no considero que sean condiciones apropiadas para y un medio asertivo o protector en el que deban hallarse dos menores de edad, ya que el mismo aumenta significativamente sus condiciones de vulnerabilidad”. Termina su declaración refiriéndose a la posibilidad que tiene la Sra. G. de ejercer el rol materno de la menor del siguiente modo: “En las condiciones actuales, sin supervisión, y en base a los antecedentes personales y la evolución que ha presentado, considero en base a mi criterio clínico que sería un rol materno deficitario con dificultades en entablar un vínculo asertivo así como de dar respuesta a las necesidades de los menores de edad a su cuidado.”. ----------

----Considero de suma importancia la declaración del médico personal de la demandada a fin de resolver la cuestión que me ocupa puesto que surge palmario de las constancias de la causa que la demandada no se encuentra en condiciones de ejercer una custodia compartida. ----------

----IV. Entiendo que se da en la presente el supuesto de “causas graves que afecten el interés del menor” previsto en el segundo párrafo del art. 206 del Código Civil dando lugar de este modo a la excepción a la regla general prevista la primera parte del párrafo. ----------

----Destaco a modo de ejemplo la denuncia de hecho nuevo obrante a fs. 66 ─con cargo de presentación el día 18 de febrero de 2014─. En dicha ocasión la defensora de la demandada denunció textualmente: “viaje realizado por la niña M. de l. Á. junto al padre y pareja en fecha reciente de los primeros días de febrero de 2014, seguramente para control médico a la ciudad de Buenos Aires, de lo que no estuviera anoticiada mi representada fehacientemente”. Agregó en la misma presentación: “obviamente dicho viaje interrumpió la posibilidad de concretar además las visitas entre la madre y la hija en el marco del régimen de visitas provisorio decretado” y finaliza: “todo lo expuesto ratifica lo ya adelantado en presentación en cuanto a la imposibilidad material que tuvo esta parte de hacer efectivo la comunicación materno-filial, generando impotencia y

dolor toda esta distancia personal”. ----------

----Esta denuncia obrante en autos y transcripta parcialmente puede leerse de dos maneras. Desde la óptica de la madre que destaca la imposibilidad de la comunicación materno-filial o desde la óptica de la niña que necesitaba viajar a Buenos Aires en razón de su delicado estado de salud. ----------

----Pues bien, obra a fs. 81/87 resumen de historia clínica de la niña expedido por el Hospital de Pediatría J. P. G.. Consta en dicha documentación que la niña fue internada en dicho hospital y que se decide su egreso hospitalario el día 18 de febrero de 2014 con control post alta el viernes 21/2/14. Refiere la HC “muy mal progreso de peso y de talla”, “se decide internación para revaloración y recuperación nutricional”. ----------

----En informe de fecha 20/2/14 (fs. 82) la Dra. E. M. A. detalla: “Derivada de su provincia de origen por mal progreso de peso”, “muy mal progreso de peso y de talla”, “debe acudir a este Hospital para seguimiento trimestralmente según evolución clínica”. Con respecto a las fechas, a fs. 83 el Dr. O. M. ─H. G.─ dice: “Consulta a este hospital el 03/02/14 donde es evaluada y deciden su internación para revaloración y recuperación nutricional”. ----------

----Resulta evidente que nos encontramos frente a dos intereses contrapuestos. El interés de la madre de mantener el contacto con su hija y el interés de la niña que necesitaba ser tratada en la ciudad de Buenos Aires en razón de su delicado estado de salud.----------

----La respuesta a este conflicto de intereses nos lo da el art. 3 de la Ley 26.01 *in fine:* “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”. ----------

----La atención principal al interés superior del niño a que alude el precepto citado apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño (CSJN, Fallos 328:2870). ----------

----El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto (CSJN, Fallos 328:2870). ----------

----Es así que dadas las particularidades de hecho descriptas y la claridad de la norma citada, teniendo como norte el interés superior de la niña, concluyo en que resulta más conveniente a su interés que la custodia sea otorgada al padre (hasta que se demuestre que la situación de hecho permite tomar una decisión diferente). Esta custodia que se

otorga al padre lo faculta a autorizar las medidas terapéuticas y a realizar las gestiones que razonablemente resulten acordes al estado de salud de M. de l. Á..----------

----V. En cuanto al régimen de comunicación diagramado en el grado entiendo que el mismo resulta excesivo en cuanto a los días y cantidad de horas considerando la salud tanto de la madre como de la hija. Por otro lado y tal como lo señalara el actor al expresar agravios, resulta excesivo imponer al padre la obligación del traslado de la niña a la casa de la madre. ----------

----No está en discusión el derecho de la niña de mantener el contacto con su madre ni tampoco el de la madre de mantener contacto con su hija. Es por ello que en esta sentencia ese derecho quedará garantizado. Considero que el régimen de comunicación propuesto por el Dr. López Mesa protege de la mejor manera posible el interés superior de la niña. Es así que, en tanto no se vea afectada la salud de M. de l. A. regirá un régimen de comunicación ─bajo supervisión─ de cuatro veces a la semana, cuatro horas cada vez, debiendo la madre retirarla del lugar donde vive la niña y reintegrarla a su hogar en el horario fijado. ----------

----VI. Por lo expuesto, acompaño la propuesta del Dr. López Mesa de revocar el decisorio impugnado, imponiéndose las costas de ambas instancias en el orden causado (art. 69 2° párrafo CPCC). Esto así por tratarse de una cuestión de familia no patrimonial en la que no corresponde atenerse al principio objetivo de la derrota como base de la condena en costas.----------

----Los honorarios profesionales regulados en la primera instancia no serán modificados por haber sido fijados en los mínimos arancelarios. En cuanto a los honorarios por las actuaciones en esta segunda instancia, considero ajustados a derecho los propuestos por el Dr. López Mesa por cuanto los mismos se corresponden con la extensión, mérito, calidad y resultado de las tareas cumplidas en la alzada (arts. 5, 6, 8, 13, 18, 29 y 46, Ley XIII N° 4).----------

----Por los fundamentos expuestos, a la primera cuestión VOTO POR LA NEGATIVA.---

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Sr. Juez de Cámara, Dr. Marcelo López Mesa expresó: ---------- ----------

--- De conformidad con lo resuelto en la primera cuestión, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que sigue:----------

--- 1) REVOCAR la sentencia apelada, excepto en lo atinente a la regulación de honorarios, los que se mantienen, dada su regulación en los mínimos arancelarios. ------

--- 2) ACOGER sustancialmente la pretensión contenida en la demanda, asignando la custodia de la menor a su padre, el actor de autos, Sr. D. P..----------

--- 3) FACULTAR al padre a autorizar las medidas terapéuticas y a realizar las gestiones administrativas que razonablemente se muestren acordes al estado de salud de la niña.----------

--- 4) ESTABLECER el régimen de visitas de la madre a la niña, bajo supervisión, cuatro veces a la semana, cuatro horas cada vez, debiendo la madre retirarla de donde la

menor habita y reintegrándola a dicho domicilio al fin del horario establecido, salvo que por razones climáticas o de otro orden, el padre decida llevarla él a la niña o ir a buscarla, pero no teniendo obligación de hacerlo. ----------

--- 5) IMPONER las costas de ambas instancias en el orden causado. ----------

--- 6) REGULAR los honorarios de Alzada correspondientes a la Dra. J. D. en el 35% de los que se le determinaran en el grado; en tanto, los estipendios correspondientes a la Dra. A. B. se determinan en el 25% de los que se le determinaran en el grado.----------

---

--- 7) REGISTRESE Y NOTIFIQUESE. ----------

--- Así lo voto.---------- ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** la Dra. Spoturno expresó: ----------

----Tal como lo he adelantado, comparto la resolución propuesta por el Dr. López Mesa, votando en consecuencia en idéntico sentido. ASÍ LO VOTO. ----------

----Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 8 Ley V - Nº 17).---------- ----------

----Trelew, de diciembre de 2014.---------- ----

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- REVOCAR la sentencia apelada, excepto en lo atinente a la regulación de honorarios, los que se mantienen, dada su regulación en los mínimos arancelarios. ------

--- ACOGER sustancialmente la pretensión contenida en la demanda, asignando la custodia de la menor a su padre, el actor de autos, Sr. D.P.. ----------

--- FACULTAR al padre a autorizar las medidas terapéuticas y a realizar las gestiones administrativas que razonablemente se muestren acordes al estado de salud de la niña.

--- ESTABLECER el régimen de visitas de la madre a la niña, bajo supervisión, cuatro veces a la semana, cuatro horas cada vez, debiendo la madre retirarla de donde la menor habita y reintegrándola a dicho domicilio al fin del horario establecido, salvo que por razones climáticas o de otro orden, el padre decida llevarla él a la niña o ir a buscarla, pero no teniendo obligación de hacerlo. ----------

--- IMPONER las costas de ambas instancias en el orden causado. ----------

--- REGULAR los honorarios de Alzada correspondientes a la Dra. J. D. en el 35% de los que se le determinaran en el grado; en tanto, los estipendios correspondientes a la Dra. A. B. se determinan en el 25% de los que se le determinaran en el grado.----------

---

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

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO

MARCELO J. LOPEZ MESA
JUEZ DE CAMARA

NATALIA I. SPOTURNO
JUEZ DE CAMARA

---- REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2014 – SDF.- CONSTE.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO