000326/2016

Comodoro Rivadavia, de septiembre de 2016.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"B., M. A. c/ C., G. V. s/ RESTITUCION DE MENOR DE EDAD (legajo de copias)" Expte. N°326/2016**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia No.3 (Expte. N°600/2015).-

Llegan los presentes actuados a esta Sala por haber interpuesto la demandada a fs.574, recurso de apelación contra la sentencia definitiva de fs.558/572, que hace lugar a la demanda y ordena la restitución de los niños T. A. y N. V., ambos de apellido B., a su centro de vida en Comodoro Rivadavia y otorga el cuidado personal provisorio de los menores de edad a su progenitor M. A. B..-

I.- La recurrente expresa agravios a fs.583/591 y en el primero de ellos, sostiene que existe contradicción al velar por el interés superior de los niños. Que la sentencia, lejos de componer una situación familiar, parece la imposición de una condena. Define el derecho superior del niño para luego decir que en el fallo se ha omitido tenerlo como principio directriz y se ha dictado con llamativa celeridad.

Sostiene que se aparta de los deseos de los niños de continuar viviendo en la ciudad de Córdoba, para obligarlos contra su voluntad a residir en esta ciudad y que, lo más grave y en uso abusivo de las facultades conferidas por el ordenamiento procesal, se otorga el cuidado personal unilateral al progenitor, prohibiéndose tácitamente el contacto entre los niños y su madre, toda vez que supedita el mismo a una nueva

intervención del Equipo Técnico Interdisciplinario (ETI) para que diseñe y emita una propuesta.

Agrega que no puede entenderse como una forma de compatibilizar el centro de vida de los niños con la satisfacción integral de sus derechos, si se tienen en cuenta las circunstancias especiales de ellos y del caso. Que de nada sirve la invocación de un principio rector si se aplica en forma genérica y si la solución que se adopta los coloca en una situación más gravosa como es la prohibición de contacto con su madre.

En el segundo agravio, dice que la A-quo realiza una clasificación de las formas de residencia a los fines de establecer el concepto de centro de vida, teniendo en cuenta el factor legitimidad como aquel que prevalece ante la existencia de conflicto y, siguiendo con su razonamiento, se puede inferir meramente por el resultado de la sentencia que considera ilegítima la residencia de N. y T. en la ciudad de Córdoba. Que al resolver pierde de vista que la señora C. se trasladó junto a sus hijos por una cuestión de salud, con la anuencia de su progenitor, en período de diagnóstico, realizando diferentes estudios y con la indicación médica de continuar el tratamiento en Córdoba. De hecho, comunica al padre de sus hijos la extensión de la estadía en Córdoba por prescripción médica.

Dice que teniendo sobre todo en cuenta que el progenitor la había autorizado a permanecer en Córdoba por un mínimo de sesenta días, es irrazonable creer que ambos niños estarían cuanto mínimo dos meses sin asistir a clases o al médico. Que en el período vivido en aquella ciudad han desarrollado nuevas

relaciones que son minimizadas por la Jueza y contrariamente a lo sostenido en sus considerandos, tampoco ha reparado en garantizar los derechos de los niños en este aspecto, causando un daño gravísimo al obligarlos a modificar en forma radical su cotidianeidad y su vida en contra de su voluntad.

Se agravia la recurrente en tercer término porque considera que la magistrada hace una interpretación errónea de la literalidad de la autorización extendida por el Sr. B. para que sus hijos viajen a Córdoba con la madre. Hace hincapié en que la misma fue concedida por un mínimo de sesenta días, siendo la intención y voluntad de las partes al firmar, que persistiera mientras dure el diagnóstico y tratamiento de la madre y no por un término determinado de sesenta días como considera la Jueza al sentenciar.

En el cuarto agravio critica que la juzgadora sostenga que el centro de vida de N. y T. haya sido y sea Comodoro Rivadavia, entendiendo que llega a esta conclusión a partir de premisas que no son aplicables al caso. La primera, porque sin fundar califica la estadía de los niños en Córdoba como ilegítima, cuando su traslado y permanencia en aquella ciudad fue consentido expresamente por el Sr. B. mediante instrumento público y jamás lo ha cuestionado. La segunda, porque analiza el centro de vida de los niños desde una concepción estática y no dinámica, dejando de atender sus necesidades actuales, toda vez que hace más de un año que desarrollan su vida diaria en Córdoba, debiendo evitar el trauma provocado por la desintegración familiar y la sustracción de su vida cotidiana.

Como quinto agravio, la demandada ataca los fundamentos utilizados por la jueza respecto de los informes del ETI. Así, dice que es cierto que la actividad desarrollada por los profesionales intervinientes han otorgado a la juzgadora herramientas suficientes para fallar conforme al interés superior de los niños, sin vulnerar sus derechos y sin causar el grave impacto que originó la resolución en crisis, como consecuencia del apartamiento de los informes referidos. Transcribe partes de ellos y realiza consideraciones, para concluir diciendo que no surge de tales informes la necesidad de trasladar la vida de los niños a esta ciudad y que muy por el contrario a lo resuelto, se estima necesario que la organización de los cuidados y la comunicación se establezca en forma altamente pautada y por escrito. Que de ninguna manera el ETI concluye en que debe otorgarse el cuidado personal al progenitor en forma unilateral y limitarse el derecho a la comunicación materno filial hasta una nueva intervención.

Centra el sexto agravio, en primer lugar, en que se ha omitido deliberadamente ponderar la opinión de los niños, toda vez que han expresado ante el ETI y ante la aquo su deseo genuino de continuar residiendo en la ciudad de Córdoba con su madre. En segundo término, dice que la jueza se aparta de lo peticionado por el progenitor de los niños e inclusive de lo solicitado por la Asesora de Familia, ya que en ningún momento peticionaron el cuidado personal a favor del Sr. B. y durante el proceso nunca se cuestionó la aptitud de la Sra. C. como madre, ni se denunció un riesgo inminente para los niños. Considera que por esa

razón la jueza falla “extra petita”. Y en tercer lugar manifiesta que el desacuerdo de los padres no es fundamento para extralimitar su decisorio, más cuando existía ofrecimiento del progenitor de alquilar una vivienda para que la Sra. C. residiera en Comodoro Rivadavia con sus hijos y ella reconoció que de hacerse lugar a la restitución, volvería a esta ciudad para poder estar junto a sus hijos.

En su séptimo agravio, luego de transcribir los fundamentos expuestos por la jueza para arribar a la conclusión en cuestión, sostiene que no es cierto que fuera la única solución posible, que existen innumerables herramientas para destrabar conflictivas familiares teniendo en cuenta principalmente el interés superior del niño y no como en el presente caso que impone una decisión que solo agudiza su situación actual. Que al dictar una sentencia de cumplimiento inmediato, sin brindarles la posibilidad de transitar paulatinamente el cambio de residencia, despedirse de sus afectos y traer consigo sus pertenencias más preciadas, se está lejos de haber arribado a la solución que mejor se condice con el interés familiar, los derechos y garantías constitucionales y el respeto del interés superior de los niños. Se suma a ello, la imposibilidad material de contar con el acompañamiento de la madre para afrontar tamaños cambios de vida y de esta manera surge la incongruencia de la sentenciante al pretender fundar su decisorio en el interés superior del niño.

Se agravia, en octavo lugar, con relación a la imposición de costas. Dice que toda vez que se debería decidir en aras del interés de los niños

y es lógico que ambos padres entendieran que tenían derecho a litigar, el principio objetivo de la derrota no resulta aplicable, debiendo imponerse costas por su orden. Que tratándose de derechos personalísimos, no apreciables en dinero, la aplicación del principio rector de la derrota sería un exceso.

En el noveno y último agravio, reitera su crítica a la decisión de la jueza de otorgar el cuidado personal unilateral de los niños al progenitor y la nueva intervención al ETI a fin de diseñar la propuesta para un adecuado régimen de comunicación con su progenitora no conviviente. Y dice que se excluye totalmente a la Sra. C. del derecho de tomar decisiones y distribuir las responsabilidades en un ámbito de armonía y bienestar para los niños. Que ni siquiera se fijan pautas mínimas para la comunicación materno filial, supeditando ello a la nueva intervención del ETI, tal como si existiera una medida de prohibición de acercamiento respecto de sus hijos, en total desmedro de N. y T..

Solicita que se revoque lo dispuesto por la jueza, se rechace la demanda, se disponga la forma en que los niños deberán volver a la ciudad de Córdoba y el régimen de comunicación paterno filial.

Corrido el pertinente traslado de la expresión de agravios al actor apelado, los contesta a fs.595/606, realiza distintas consideraciones y solicita el rechazo de los mismos en todas sus partes.

A fs.609 se señala audiencia a los fines de previstos por los arts.14 y 130 de la Ley III N°21 y 12 de la Convención Internacional de los Derechos

del Niño. La misma se celebra a fs.613 con asistencia del Sr. M. A. B. y los niños T. y N. B..

Corrida la pertinente vista a la Sra. Asesora de Familia de conformidad con lo establecido por el art. 131 de la Ley III N°5, la misma es contestada a fs.615/617, manifestando que en su opinión no hay razón válida alguna para modificar la instancia de grado.

II Así, y adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a esta Alzada, no resulta ocioso en el inicio recordar que no es preciso que el tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

En primer lugar, es necesario destacar el principio rector que guiará la resolución de la cuestión traída a esta Alzada: "el interés superior del niño". Conforme los nuevos paradigmas y directivas de la legislación vigente, la persona menor de edad es un sujeto pleno de derechos y no un objeto de protección, y ello no solamente vale para los jueces, sino que principalmente tiene que ser entendido por los padres: sus hijos son personas y sujetos de derechos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación -voto del Dr. Maqueda- ha determinado que la regla jurídica que ordena

sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene el efecto de separar conceptualmente aquél interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, e incluso, el de los propios padres (autos "S., C.", sentencia del 2/8/2005, Fallos 328:2870). En el mismo fallo, el más Alto Tribunal de la Nación destacó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el interés superior del niño como principio regulador, siendo obligación del Estado adoptar esta pauta de interpretación -en las diversas esferas en las que le corresponde actuar- desde la perspectiva libre de prejuicios que ordena utilizar el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En palabras de la Dra. Argibay: "... cuando hay un menor de edad cuyos derechos pueden verse afectados, el juez debe decidir teniendo en cuenta su mejor interés, opinión que puede o no coincidir con la de los adultos que intervienen en el pleito...".

En el caso de autos, el Sr. B. ha extendido a sus hijos una autorización para viajar en compañía de su madre a la ciudad de Córdoba y permanecer en ella por un tiempo, aunque no se había fijado con exactitud (sesenta días como mínimo a partir del 15 de abril de 2015– fs.62/63), mientras durara el diagnóstico y tratamiento médico de la Sra. C., alojándose en el domicilio de los abuelos. Nótese que se trata de una autorización para viajar y que la transitoriedad de tal situación permite deducir que la señora regresaría a esta ciudad con los niños. Sin embargo, con fecha 01 de junio del mismo año, la señora celebra un contrato de locación, arrendando un inmueble

por el término 24 meses (fs.65/66). Luego remite la carta documento al Sr. B. anoticiándolo de su decisión de continuar residiendo en la ciudad de Córdoba por motivos de salud, el nuevo domicilio de los niños, su escolarización, teléfono de contacto, que T. se encuentra en tratamiento, disposiciones sobre la cuota alimentaria y demás circunstancias que todas, en suma, permiten conocer la decisión de radicarse en forma definitiva en aquella ciudad junto a sus hijos, de manera totalmente inconsulta.

Ha de tenerse en cuenta que más allá de los motivos expuestos como fundamentos para permanecer residiendo en la ciudad de Córdoba, los mismos no han sido acreditados de forma fehaciente por cuanto no surge de autos un diagnóstico preciso ni el tratamiento a seguir por la Sra. C., como tampoco que la atención médica que recibe T. deba realizarse indefectiblemente en aquella ciudad.

En efecto, las razones mediante los cuales la demandada justifica la residencia de sus hijos en Córdoba se vinculan solamente con cuestiones personales de la madre, no conciernen en principio, directamente a los niños. Debe reconocerse que toda persona tiene derecho a buscar lo mejor para sí y a radicarse en aquel lugar que considere más adecuado para su desarrollo integral, pero, cuando el ejercicio de ese derecho involucra a los hijos menores de edad, debe prevalecer el interés de éstos por sobre el de los adultos. No se evidencia que el cambio de domicilio responda a los intereses superiores de los niños, sino que por el contrario, éstos han sido afectados, alejándolos de su centro de vida, los establecimientos

educacionales a los que asistían, sus actividades extraescolares, la familia paterna.
Adviértase que hasta el momento del traslado y desde su nacimiento, los niños habían transcurrido toda su vida en esta ciudad. Ello convierte a Comodoro Rivadavia en el centro de vida de N. y T., de acuerdo con la disposición del art. 3 inc. f) de la Ley 26.061, entendido como el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de sus vidas. Y este centro de vida no puede ser modificado por un traslado contrario a derecho.

Dicho esto, trataremos la cuestión relativa al cuidado personal de los niños, definido por el art.648 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC)como los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo. Si bien la regla es el cuidado personal compartido, el art. 653 del CCyC regula el cuidado personal unilateral como un supuesto excepcional, enumerando las pautas que debe ponderar el juez para atribuirlo. Como primera variable a ser tenida en cuenta, es la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro. En autos ha quedado evidenciada la alta conflictividad entre los progenitores en torno a la comunicación y respecto al contacto de los niños con su padre. La Sra. C. traslada la residencia a otra ciudad de manera inconsulta, realiza maniobras obstaculizadoras que no permiten mantener contacto a los niños con su progenitor y no accede a que los traiga a Comodoro Rivadavia. Otras pautas a tener en cuenta y que están íntimamente relacionadas entre sí, son la edad y la opinión de los

hijos. De acuerdo a su edad y de conformidad con lo informado por el ETI (fs.440/441), ambos niños han podido manifestar su deseo de vivir con la mamá en Córdoba, pero no puede dejar de tenerse en cuenta que las profesionales han dejado sentado la evidencia un discurso fuertemente direccionado y contaminado hasta del vocabulario adulto. Que en el caso de T., el niño introduce algunas temáticas que impresionaban preparadas con antelación, cambiando de tema cuando se intenta indagar sobre algunos episodios. Que en el caso de N. también se presenta un modo de hablar titubeante, cercano al tartamudeo cuando repite contenidos que no surgen de sus vivencias, para luego comunicar que es algo que le dijeron su mamá o su hermano. En la audiencia de toma de contacto celebrada a fs.613, se advirtió que ambos niños están desarrollando actividades deportivas además de las educacionales y en completa armonía con su entorno.

El art.653 del CCyC enuncia también el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo. El mantenimiento del status quo es una pauta aceptada por la incidencia en el interés superior del niño de toda modificación en la situación de convivencia, pero ello no quiere decir que sea una variable rígida o no pueda ser revisada. Es sabido que todas las cuestiones relativas al cuidado de los hijos son, de hecho, circunstanciales o, al menos, siempre están sujetas a verse modificadas. Esta flexibilidad es acorde con los cambios que se pueden suscitar en la vida de las familias.

Por ello, la decisión de la jueza

respecto de otorgar el cuidado personal unilateral de T. y N. a su progenitor aparece como la más acertada en estas circunstancias. Se debe dejar en claro, que esto en modo alguno significa que los niños no pueden ver a su madre o que se le prohíba tácitamente el contacto como lo menciona la recurrente.

La misma norma establece el derecho-deber de colaboración del progenitor no conviviente hacia el conviviente, para que aquel mantenga participación e interés activos por sus hijos. Y ese contacto en un derecho que solo podría ser restringido cuando, de su ejercicio, pueda derivarse un peligro para la salud física o moral de los niños. La decisión de la magistrada en cuanto a que el régimen adecuado de comunicación entre N. y T. con su progenitora fuera a través de una nueva intervención del ETI para su diseño y propuesta, desde ningún punto de vista constituye una barrera para que los niños mantengan la debida comunicación y contacto con su madre, sino una forma de establecer el ejercicio de ese derecho evitando los innumerables inconvenientes surgidos entre los progenitores.

Al respecto en la contestación a la vista conferida, la Sra. Asesora de Familia (fs.615/617) manifiesta que el régimen de vinculación de la demandada con sus hijos estuvo garantizado desde el mismo momento en que se ordenó la restitución, plasmado en acuerdos provisorios y, además, en la audiencia de avenimiento celebrada en la Asesoría se organizaron diversos encuentros hasta fin de este año y una comunicación diaria con la madre, que se viene desarrollando desde que los niños permanecen al cuidado de su padre.

Por último, el agravio vertido con

relación a la imposición de costas, debe ser rechazado. El art. 69 del Cód. Procesal establece el principio general de que las costas deben ser impuestas al vencido, no se trata de algo mecánicamente objetivo, porque el mismo precepto manda al juez eximir de los gastos cuando encuentre mérito para ello. Vale decir que la regla del vencimiento no es absoluta. En tal sentido, la jurisprudencia ha acudido al argumento de "la razón probable para litigar". No obstante, la creencia subjetiva de los litigantes sobre el derecho que les asistiría, no es suficiente por sí sola para eximir al perdidoso del pago de las costas. Pensar que se tiene la razón de su parte, no los releva la obligación de cargar con los gastos del contrario, si el resultado del pleito no les es favorable (Conf. Loutayf Ranea, Condena en costas en el proceso civil, ed. Astrea, pág.77 y sus citas). En el caso, por como se decide y los fundamentos brindados, no resultan atendibles los argumentos que esgrime la apelante sobre el punto, razón por la cual se mantiene la imposición de costas decida en la primera instancia.

Por todo lo expuesto, se rechaza el recurso de apelación deducido por la demandada a fs.574 y se confirma la resolución dictada a fs.558/572 en todas sus partes.

III- Atento el modo de resolver la cuestión, las costas de la alzada se imponen a la demandada vencida (art. 69 y 70 del Cpr.). A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la calidad, extensión y eficacia de la labor cumplida, de

conformidad a lo previsto en los arts.13 y 32 de la Ley XIII N°4 DJ.

Por ello, la **sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs.574 y confirmar la resolución de fs.558/572.

2) Costas de la Alzada a la recurrente vencida. Regular los honorarios profesionales de las Dras. A. C. R. y L. D. J. M., conjuntamente, en el 30% y los de los Dres. C. F. N. y J. T. S., conjuntamente, en el 25%. Ambos porcentajes sobre los honorarios regulados en primera instancia a la parte que representan y con más la alícuota del IVA si correspondiere.-

3) Notifíquese, regístrese y devuélvase.

La presente sentencia se firma por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse vacante un cargo de Juez de Cámara y concordar en la solución del caso (Ley V N°17 del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut).

Ricardo Rubén Enrique Hayes
Juez de Cámara

Graciela Mercedes García Blanco
Presidente

REGISTRADA BAJO EL N° AÑO 2016

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS