Comodoro Rivadavia, de julio de 2020.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"A., W. D. c/ B., L. s/ MEDIDA CAUTELAR" Expte. N° 32/20**, venidos del Juzgado de Familia N° 3, (Expte. N° 275/18), por haber interpuesto el Sr. W. D. A. a fs. 130, recurso de apelación contra la sentencia que rechazó el pedido de restitución a ésta ciudad de la niña S.L.B. y declaró la incompetencia del Juzgado de Familia N° 3 para continuar entendiendo en la causa -fs. 120/128vta-.

I.- El recurrente se agravia porque considera que la resolución carece de fundamentación y yerra en la aplicación del derecho. Sostiene que el informe del Equipo Técnico Interdisciplinario, en el que se basó la jueza para decidir, incurrió en una descripción errónea de los antecedentes de la vinculación paterno filial toda vez que siempre se le negó todo tipo de contacto y comunicación con la niña. Señala que es ilegítimo exigirle un tratamiento terapéutico previo, como requisito excluyente para considerar la posibilidad de vinculación con su hija, cuando no existe antecedente alguno de violencia en relación con la niña. Expresa que si bien en los hechos el traslado y consecuente cambio del centro de vida de la niña fue llevado a cabo a fines del año 2017, el no consintió la decisión unilateral de la Sra. B.. Refiere que no se explicitan los fundamentos jurídicos que conducen a rechazar su pretensión respecto del reintegro de la niña a su centro de

vida, en la resolución solo se alude a la respuesta de la niña a una trabajadora social, a la que la niña manifestó que no lo quería ver, entiende que eso solo no basta. Expresa que el deber de escuchar la opinión de la niña y que sea tenida en cuenta no releva el deber de la jueza de valuar integralmente los hechos y el derecho aplicable y el principio de estabilidad vigente en el Código Civil y Comercial de no modificar el centro de vida de los niños y niñas sin la autorización y/o acuerdo del progenitor no conviviente. Asimismo se agravia porque se omitió considerar el perjuicio derivado del cambio del centro de vida e imposibilidad de generar una vinculación paterno-filial por la distancia física impuesta. Manifiesta que las juezas de familia tienen la obligación de actuar proactivamente y procurar alternativas de abordajes que permitan sanear las consecuencias problemáticas anteriores que puedan repercutir en los niños. Asevera que se vulneró el debido proceso toda vez que existe un derecho que le asiste tanto a los niños como al padre no conviviente de respetar el centro de vida de la niña y de mantener adecuado contacto paterno filial, y es el derecho que el pretende restablecer, y en el caso la bisabuela debía haber acreditado los elementos con que intentara justificar la vulneración de los derechos fundamentales de la niña y el consecuente perjuicio para él. Asimismo considera que es improcedente la declaración de incompetencia de la jueza, toda vez que de hacerse lugar a su pretensión la causa debe quedar radicada en el domicilio y centro de vida de la niña que fue

modificado unilateralmente, es decir debe darse continuidad a la competencia de la jurisdicción local. Finalmente se agravia porque se vulneró la garantía de acceso a la justicia toda vez que el cambio de competencia le genera un perjuicio frente a la imposibilidad física y material de trasladarse a la CABA para litigar dado que carece de recursos económicos para costearse los gastos. Hace reserva del caso federal.

A fs. 142/149, contestó el traslado la demandada y solicitó el rechazo total de los agravios y confirmación de la sentencia apelada, conforme los fundamentos que expone en su escrito a los que remitimos por razones de brevedad.

A fs. 155, contesta vista la Sra. Asesora de Familia en representación complementaria de la niña y considera que deben rechazarse los agravios y confirmación de la resolución dictada por la jueza de familia.

II.- Relación suscinta de los hechos:

Entre los hechos relevantes para la resolución de la presente causa se destacan los siguientes:

El Sr. A. –fs. 1/8vta.- inició medida autosatisfactiva solicitando la restitución de la niña S. a ésta ciudad, toda vez que fue trasladada en forma ilegítima, unilateral y arbitraria por la Sra. L. B. –bisabuela-.

Dado los antecedentes del caso se agregaron las causas vinculadas al actual debate. Concretamente, los expedientes: "A., S. y B., L. c/ A., W. D. s/ RESTITUCIÓN DE MENORES" Expte. N° 451/2015; "A., W. D. s/ MEDIDA CAUTELAR" Expte. N° 452/2015; "A., W. D. s/

MEDIDA CAUTELAR” Expte. N° 453/2015; “B., J. M. c/ A., W. D. s/ VIOLENCIA FAMILIAR” Expte. N° 454/2015; “A., W. D. c/ B., L. s/ REGIMEN DE COMUNICACIÓN” Expte. N° 455/2015 y “B., L. s/ AUTORIZACION PARA VIAJAR” Expte. N° 786/2015.-

La jueza, rechaza la vía procesal propuesta (medida autosatisfactiva) y le da trámite a la pretensión como cautelar genérica, corriendo traslado de la demanda a la Sra. B., quien contesta a fs. 39/46 –fs.13-

A fs. 76, se ordena acordelar la contestación del Oficio ley N° 1469/2018, acompañado por el “Juzgado N° 86 de la ciudad de Buenos Aires”.

A fs. 77, obra audiencia con el Sr. A. donde solicita el retorno de su hija a la ciudad y la revinculación con la niña, no de manera traumática, sino de la mejor manera posible.

A fs. 79 la jueza dispuso: “I) Atento las resultas de la audiencia que antecede y el contenido del informe social obrante a fs.21/24 en autos conexos “*A., W. D. c/ B., L. s/ EXHORTO*” Expte. N° 27392/2018, que obran acordelados, hasta tanto se resuelva sobre el objeto de los presentes, dese intervención al Equipo Técnico Interdisciplinario a fin que, en el término de DIEZ (10) días, diseñe un régimen de vinculación posible entre la niña, S. L. B. y su progenitor, Sr. W. D. A.. II) Hago saber al E.T.I. que deberá brindarle al accionante orientación y pautas de acercamiento a su hija menor de edad, ilustrándolo acerca de las dificultades y características del proceso intentado y su relación con el aspecto terapéutico…”

A fs. 94/95vta., obra informe del Equipo Técnico Interdisciplinario fechado el 22/04/2019, de la entrevista realizada con el Sr. A..

A fs. 97 y 102/103, contesta vista la Sra. Asesora de Familia.

A fs. 104 teniendo en cuenta la distancia y a efectos de escuchar a la niña, se ordenó el libramiento de un oficio al Juzgado de Familia en turno y con competencia en la ciudad autónoma de Buenos Aires a fin de que informen sobre la existencia en el organismo de medios para la realización de la audiencia mediante videoconferencia y en caso afirmativo señale fecha y horario hábil, debiendo informar a la mayor brevedad posible a estos actuados, a cuyo fin se libró el Oficio Ley U 1218 DJA (ex Ley 22.172) N° 829/2018, intimándose a fs. 108 a las letradas de la parte actora a informar el resultado del diligenciamiento.

A fs. 108vta./110 la letrada acompaña constancia de diligenciamiento y solicita el libramiento de un oficio reiteratorio.-

En atención al transcurso del tiempo y la falta de respuesta, se ordenó a la Actuaria comunicarse con el Juzgado interviniente a fin de tomar conocimiento el estado de la diligencia, obrando a fs. 111 el correspondiente informe, librándose por Secretaría un nuevo oficio Ley U 1218 DJA (ex Ley 22.172) N° 608/2019 el cual conforme surge de fs. 118 resultó devuelto por el correo argentino.-

A fs. 113, contesta vista el Ministerio Público Fiscal. Entiende que al estar residiendo la niña S. desde el mes de noviembre de 2017 en la ciudad autónoma de Buenos Aires, allí radica su centro de vida, por ello

considera la incompetencia del Juzgado de Familia de ésta ciudad. Cita el art. 716 del C.C.C.-

A fs. 116, contesta nueva vista la Sra. Asesora de Familia compartiendo el dictamen presentado por el Ministerio Público Fiscal y considera que la jueza de familia resulta incompetente para continuar entendiendo en la presente causa. Recalca nuevamente que debe tenerse en cuenta al momento de resolver el "interés superior del niño".

III.- El punto central a decidir en esta causa es determinar ¿Cuál es el mejor y superior interés para S.; permanecer en la ciudad autónoma de Buenos Aires donde reside desde noviembre de 2017 junto con su hermano U. y su bisabuela, donde se constituyó su "centro de vida" dado que convive con ellos desde el año de vida –tiene 10 años actualmente-; o regresar a ésta ciudad para generar un posible y adecuado vínculo con su progenitor que la reclama, con quien no tuvo ningún contacto desde los primeros meses de vida?.

La respuesta a éste interrogante impactará en la competencia de la Jueza de Familia de ésta ciudad, toda vez que como bien señala la Sra. Asesora, teniendo en miras especialmente la inmediación que debe primar en toda causa del fuero y con base en los principios de celeridad y economía procesal debe ser competente el tribunal del lugar de residencia actual de la niña.

Los conceptos que valoraremos para tomar la decisión:

a. El interés superior S.

El art. 3.1 Convención sobre los Derechos del Niño prescribe que: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o

> privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".
>
> Es decir, que cuando estamos frente a uan afectación actual o potencial de los derechos de una niña, niña o adolescente, debemos decidir teniendo en cuenta su mejor interés, opinión que puede o no coincidir con la de las personas adultas que intervienen en el pleito (CSJN, 13/03/2007, "A.F.").

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación de los arts. 8 y 25 de la Convención, señala que "el interés superior del niño es un principio regulador de la normativa de los derechos del niño y se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades."

Se ha afirmado así que "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. De ello se desprende que todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento en un conflicto como el presente deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del niño no debiendo ello ser desplazado por más legítimos que resulten los intereses

de los padres y de aquellos que ejercen la guarda pre-adoptiva. De lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño". (CSJN, 13/03/2007, "A.F.").

La Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, define en el art.3 lo que se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente, señalándose como tal "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley".

Agrega el artículo citado que debe respetarse:

"a) Su condición de sujeto de derecho;

b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;

c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;

d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;

e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;

f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda

circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

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".

Esta ley y los derechos que allí consagra a los niños y adolescentes, constituirá el marco, junto con los tratados internacionales vigentes, incorporados a nuestra Constitución Nacional (art. 75.22), dentro del cual se analizará y resolverá la presente cuestión.

b.- El principio de estabilidad o continuidad.

El principio de estabilidad o continuidad también se lo conoce como el mantenimiento del statu quo o el centro de vida del niño (art. 3°, inc.f), ey 26.061). El Código Civil y Comercial, ha incorporado este principio como una de las ponderaciones que debe realizar el tribunal, y lo caracteriza como "el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo" (art. 653, inc. d).

El estándar de la estabilidad y continuidad apunta a que con la asignación respectiva no se quiebre la continuidad afectiva, espacial y social del niño/a. Para ello será conveniente, en principio, no variar su lugar de residencia, la escuela a la cual concurre, los lugares de encuentro, etc.; es decir, mantener el entorno social y cultural, sin que en lo posible se modifiquen las costumbres y hábitos cotidianos ni sobrevengan desplazamientos bruscos de un medio a otro, ya que la continuidad es necesaria para la formación equilibrada de su personalidad y reduce el impacto de la desintegración familiar (Mauricio Luis Mizrahi, "la

guarda de un niño por un tercero. Principio de estabilidad", La Ley 2013-E, 30/09/2013).

El principio de estabilidad o continuidad, por ende, sólo ha de ceder si se acredita la falta de idoneidad de quien ejerce el cuidado personal de la niña o del niño, y, a la par, la mayor idoneidad de quien lo reclama. Tendrá que certificarse, asimismo, que la situación existente irrogue un daño de mayor gravedad que el que podría ocasionar la alteración y que, desde luego, el padecimiento o el conflicto en el que está envuelto aquél se resuelva con el mero cambio de convivencia. Por lo tanto, deben existir motivos graves o poderosas razones que aconsejen innovar; de lo contrario el criterio constante ha de ser el de mantener la situación consolidada. La Corte Federal se ha pronunciado de manera específica sobre el principio de continuidad o estabilidad. (CSJN, 29-4-2008, LA LEY, 2008-C, 694).

Dijo allí lo siguiente:

a) Que se debe aplicar la regla de la estabilidad para dañar lo menos posible a los niños que padecieron el impacto de la desintegración familiar. Para hacer modificaciones "deben mediar causas muy serias relacionadas con su seguridad o la salud moral o material".

b) Que en los casos como los que se analizan rige el principio de la "continuidad afectiva, espacial y social de la infancia". De ahí que un cambio de residencia puede importar "una injerencia arbitraria en la vida privada del hijo, vedada por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (arts. 2.2, 12.1 y 16.1)"; y que en los autos podría incluso

verificarse un “abuso de derecho en la elección del domicilio familiar”.

c) Que en el fallo apelado no hay “una valoración real de los beneficios del cambio de guarda” y, en el caso, la decisión importó una “alteración drástica” de la niña. Se dejó de lado el principio del “centro de vida” (art. 3, inc. f), de la Ley 26.061) y, con ello, se comprometió el entorno físico de la residencia habitual de ella y “toda su realidad vital”.

d) Se resaltó, en fin, que en los primeros años de la vida del niño “se edifica el mundo interior” de él, por lo que es indispensable evaluar las secuelas que provocaba la severa alteración dispuesta.

Ello así, las pautas a evaluar para la búsqueda de una solución son: las circunstancias fácticas y el análisis de los informes de los equipos técnicos.

Teniendo en cuenta los derechos en pugna, la Corte Federal ha dicho en un caso de similares connotaciones al presente que “más allá de las consideraciones de origen jurídico, existen dos extremos relevantes para la búsqueda de respuestas. Por un lado, la adecuada apreciación de las especiales circunstancias fácticas y, por el otro, la producción y evaluación serena de los informes de los equipos técnicos realizados a partir del trabajo con el menor, con el propósito de valorar el riesgo que la modificación de emplazamiento del niño le pudiera provocar”. (CSJN 13.03/2007 “A.F.”)”.

La aplicación al caso concreto

En virtud de los lineamientos expuestos, entendemos que debe analizarse las circunstancias fácticas que rodean esta delicada causa, como así

también, las pruebas rendidas, que han sido elaboradas por personal técnico idóneo en la materia sometida a conflicto.

Las desavenencias y conflictiva de este grupo familiar y los numerosos hechos de violencia del Sr. A. perpetrados contra la madre de W. y S. datan de varios años atrás, aún antes del nacimiento de S. y han quedado asentados y verificados en los expedientes y actuaciones acordeladas con el presente, que dan muestras elocuentes de la violencia.

Esta realidad es la que determinó que S. desde antes de cumplir su primer año de vida conviva junto con su hermano U. –hoy mayor de edad- y la Sra. B., que ha sido la persona de la familia extensa que se encargó de su cuidado y protección. Es decir, éste es el núcleo familiar de la niña.-

Así, la Sra. B. ejerció la guarda de S. que hoy tiene 10 años de edad desde que contaba con nueve meses hecho reconocido por el propio actor -fs. 94vta., ejerciendo, como bien señala la jueza, una continua acción de resguardo y contención hacia su grupo familiar. Es ella quien le ha otorgado tanto a S. como a U., el efectivo amparo y la estabilidad necesaria para su desarrollo integral.

Y como corolario de ello al mudarse la Sra. B. a otra ciudad –Buenos Aires- en noviembre del año 2017, se trasladó todo el grupo familiar ya consolidado.

Por su parte, el informe del Cuerpo Médico Forense -fs. 21/23vta.- en el Expte. N° 27392/2018 agregado por cuerda refiere a las condiciones habitacionales y socio-económicas en la que se encuentra la Sra. B. y sus nietos. Específicamente da

cuenta que S. asiste a una escuela privada en doble jornada con buen rendimiento escolar, una vez por semana asiste con el colegio al Club de Amigos donde realiza gimnasia y practica hockey y además concurre a una escuela de música.-

En el marco de la entrevista al ser preguntada por su progenitor manifestó expresamente “no quiero verlo” (sic) y cambió de tema inmediatamente.

Asimismo de la entrevista realizada al Sr. A. por el Equipo Técnico Interdisciplinario –fs. 94/95- surge que nunca inició ni sostuvo un tratamiento terapéutico tendiente a modificar su posición frente al modo de vincularse, continúa depositando en terceros la responsabilidad de lo ocurrido con sus hijos y centra su discurso en sus propias necesidades y carencias. Concluyen que ante la falta de reconocimiento del daño ocasionado a sus hijos y la necesidad de ayuda, continúa siendo un vínculo difícil, lejos de constituirse en un rol protector y de cuidado para con su hijo e hija.

Conforme los criterios expuestos, no tenemos dudas que el interés superior de S. se da en la permanencia con su hermano y su bisabuela, en el mantenimiento de su realidad existencial; y el principio de estabilidad o continuidad son decisivos para la resolución del litigio. Y si bien este principio no es absoluto y se plantearán situaciones en las cuales resultará conveniente la modificación de un estado de hecho, lo cierto es que en este caso concreto, dicha variación no sólo no es aconsejable sino, todo lo contrario, altamente perjudicial para la niña. Es que S. se encuentra hace casi tres años con su familia residiendo en Buenos Aires inserta en una escuela, en un grupo que

le ha otorgado la estabilidad que toda niña necesita para su desarrollo integral. Es innecesario expedirse sobre el trauma que podría causarle el desarraigo que pretende el recurrente (con quien no tiene vínculo afectivo), de aquellas personas que le otorgaron y otorgan protección y contención.

Por su parte, el progenitor no asegura el interés superior de S., ha demostrado nula disponibilidad para el cambio a lo largo de éstos años. En ningún momento ha reconocido el deber de revisar su modo de vincularse, no inició ni sostuvo un tratamiento terapeútico tendiente a su modificación, solo piensa en su propio interés, en sus necesidades y carencias, no tiene registro de las necesidades de la niña.

Recordemos que la "posible recuperación de un vínculo que fue roto, que se cortó por la responsabilidad de los adultos, debe ser encarada desde un trabajo casi diríamos de bordado, con el requisito indispensable de que los adultos involucrados -por lo general el padre- se hagan cargo de que algo de lo que ellos han hecho produjo como consecuencia la interrupción de ese vínculo. Es sobre esta base, de la aceptación de su responsabilidad por parte del adulto, que los profesionales podemos intervenir para ayudar en los casos en que para los niños ese vínculo sea importante y necesario y ellos estén dispuestos a dar algunos pasos de acercamiento" (Susana Tesone, "Revinculación", www.asapmi.org.ar/publicaciones, noviembre de 2007).

Por lo que, no existiendo razón alguna que amerite la modificación del status quo de la niña, corresponde confirmar el rechazo del reintegro solicitado.

Como corolario de ello teniendo en cuenta especialmente el principio de inmediación que debe primar en toda causa del fuero, toda vez que el actual centro de vida de la niña se encuentra en la ciudad autónoma de Buenos Aires, las pretensiones del actor respecto al cuidado personal y/o revinculación con S. deben discutirse en aquella ciudad ante el Juzgado de Familia en turno con competencia en la materia que corresponda.

IV.- Las costas de ésta instancia se imponen al apelante vencido, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 69 del C.Pr.).

Los honorarios profesionales, se regularán teniendo en cuenta la extensión e importancia de las labores desarrolladas, el resultado obtenido, así como el carácter con que actuaran (arts. 5, 6, 8, 13 y 32 de la Ley XIII, Nro. 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 el recurso de apelación interpuesto por el actor a fs. 130 y en consecuencia, confirmar la sentencia interlocutoria de fs. 120/128vta.

2.- Las costas de ésta instancia se imponen al recurrente vencido.

3.- Regular los honorarios profesionales de la Dra. A. A. D. T. L. en el TREINTA (30%) POR CIENTO y los de las Dras. L. N. P. y M. P. S., conjuntamente, en el VEINTICINCO (25%) POR CIENTO, de los honorarios regulados a cada representación en la instancia de origen.

4.- Tener presente la reserva del caso federal –punto V- de fs. 139vta.

5.- Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

Graciela Mercedes GARCIA BLANCO
JUEZA de CAMARA

Fernando NEHUELANCA
PRESIDENTE

María Fernanda ZANATTA
JUEZA de CAMARA

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2020

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS