NEUQUEN, 14 de marzo del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"F. R. D. C/ D. A. V. S/ INC. APELACION"**, (**JNQFA2 INC** Nº **93939/2018**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. José I. **NOACCO dijo:**

I.- La parte actora apela la resolución dictada el día 17 de octubre de 2018 que denegó la medida cautelar solicitada.

A fs. 303/310 presenta su memorial, pidiendo se revoque el resolutorio recurrido y se haga lugar al reintegro de las niñas a ésta ciudad.

Cuestiona el resolutorio de grado por considerarlo contradictorio con el concepto de ley y norma jurídica y, además, por atentar contra principios de orden constitucional.

Conceptualiza lo que entiende como interés superior del niño en su triple acepción, como un derecho sustantivo, como un principio jurídico y como una norma de procedimiento.

En consecuencia, dice que los estados parte deben explicar el modo en que se ha respetado ese derecho en su decisión, qué se ha considerado que atiende a ese interés superior y cómo se han ponderado sus intereses frente a otras consideraciones.

Señala así que ese interés superior es un concepto dinámico, flexible y adaptable.

A partir de allí, cuestiona que la a-quo tomara como elemento determinante de análisis y decisión fuera la

supuesta inexistencia de riesgo actual o situación de vulnerabilidad que justifique la medida y coloca como una verdad incuestionable que la modificación del domicilio atente contra el interés superior, desconociéndose el valor de la relación afectiva y compromiso que el dicente tiene para con sus hijas y el ejercicio pleno de los derechos y deberes parentales.

A su vez, considera erróneo tomar como fundamento la afirmación de que el contacto paterno filial esté reanudado y garantizado en la convivencia con la madre, lo cual no es real. Considera que ello se sostiene a partir de su propio cumplimiento, y carece de toda lógica que su voluntad de cumplimiento de sus obligaciones sea fundamento de la denegación de la cautelar. Solo se valora su compromiso y ejercicio parental para contradecirlo.

Afirma que notable esfuerzo no es valorado ni interpretado en la resolución en debida forma. Precisamente es ese compromiso, afecto y cuidado lo que debiera haber motivado se hiciera lugar a su petición.

Agrega que se soslayan las conclusiones iniciales de las pericias de autos, y también lo ya resuelto por esta Sala el 29 de octubre de 2015, en la causa n° 61751/2013.

Señala que la resolución recurrida adelanta o profetiza una opinión adversa a la reparación de sus derechos y el de sus hijas, por considerar perjudicial la modificación de la situación actual.

Manifiesta que la resolución contiene un error en la apreciación de los hechos y en la aplicación del derecho y que no valora las conductas de las partes, quiebra el equilibrio de las partes en el proceso y resuelve de antemano que las niñas están mejor con la madre.

A su vez, instala la idea de que el tiempo borra toda antijuridicidad.

Explica que lo valorado por la ley, los principios y las garantías constitucionales ceden frente a una situación de hecho consolidada en el tiempo; situación de hecho provocada por la contraria, que en ningún momento atendió el interés superior de las niñas.

II.- A fs. 313/315 contestó traslado la parte actora, pidiendo se confirme el resolutorio.

Señala que lejos de fundar el agravio, la parte alega a favor de su pretensión denegada sin decir en ningún momento de qué manera el cambio podría satisfacer el interés superior de las niñas.

Afirma la inexistencia actual de riesgo o situación que de sustento a su petición.

Advierte que no está en riesgo la relación afectiva del padre con sus hijas y que la judicialización constante ha sido una opción elegida por el padre, ya que su parte ofreció otros espacios que no fueron aceptados y que hubieran acortado los plazos procesales mediante una opción superadora.

Agrega que las niñas no se verían beneficiadas con el cambio en la situación actual y que la resolución se da en un marco cautelar, por lo que no existe actitud profética respecto al peticionante y se ha observado en aquella el interés de sus hijas.

Refiere que la decisión de su representada se basó en una situación real de peligro para las niñas, un interés legítimo basado en dichos de su hija. Más allá de las cuestiones que se suscitaron después, su conducta fue el

resultado de esa situación, por lo que solicita el rechazo del recurso de apelación.

III.- Ingresando al tratamiento del recurso, importante es destacar que al igual que en toda medida cautelar, en materia de familia debe ponderarse la existencia de verosimilitud del derecho y peligro en la demora. Además y como nota particular de la especialidad en casos como el presente que involucra a niños, niñas y adolescentes, también debe contemplarse al momento de resolver el principio general contenido en el inc. C) del artículo 706 del Código Civil y Comercial de la Nación, ello es que se tenga en cuenta su interés superior.

Todos ellos son justipreciados por la a-quo en el acotado marco que el tratamiento de la medida cautelar impone.

Meritúa en primer lugar la situación actual de ambas niñas, y de conformidad con el dictamen de la Defensora de los Derechos del Niño, advierte que no existe una situación de riesgo o vulnerabilidad que amerite un cambio –provisional- en la vida de las niñas, resultando adecuada la cita doctrinaria en que se apoya en tanto en la materia cautelar y hasta tanto se resuelva en definitiva resulta conveniente el mantenimiento del status quo.

También destaca que aún sin desconocer el modo en que se llevó a cabo el traslado ni la incidencia del factor tiempo, la modificación con carácter provisional no sería conveniente. Ello no importa desconocer el derecho que eventualmente asista al recurrente y que deberá ser debidamente ponderado al momento de resolverse en definitiva.

La línea argumental del resolutorio es fundada y adecuada a las actuales circunstancias de la causa; ajustada -claro está- al acotado marco que el campo cautelar permite.

La resolución en crisis ha dado cabal cumplimiento a los recaudos que tanto la legislación como la doctrina prevén cuando la medida involucra a niños, niñas y adolescentes, tomando no solamente en cuenta la petición, sino también escuchando a las niñas y tomando en cuenta su opinión y la de la Defensora de sus derechos.

Así se ha dicho que: “Ingresando ahora a una brevísima y genérica caracterización de las medidas cautelares en el ámbito familiar, debe decirse, en primer, lugar que las notas típicas de este instituto no se visualizan tan nítidamente —o en algunos casos directamente se encuentran ausentes—. Si bien la doctrina coincide en señalar que en materia de familia y cuando se trata de cautelares sobre las personas, aquéllas participan de las características genéricas de todas las cautelares en lo atinente a la verosimilitud del derecho y peligro en la demora, lo que autoriza al juez a dictarlas si la urgencia del caso lo requiere (26), no todos los restantes caracteres propios a la tutela precautoria se perfilan de igual modo. Esta especialidad no implica dejar de lado los principios del instituto, pero sí exige una adecuación a las particulares características que presentan las acciones en materia familiar, en las cuales una apreciación estricta del cumplimiento de algunos de los recaudos de la teoría cautelar podría redundar muchas veces en un perjuicio irreparable a la persona o a las relaciones familiares” (Silvia E. Fernández, Medidas cautelares ~ Cuestiones generales ~ Generalidades ABELEDO PERROT Nº: AP/DOC/1303/2014).

En el contexto señalado, y –reitero- luego de ser escuchadas las niñas y recibida la opinión de la Defensora de los Derechos del Niño, se dictó la resolución rechazándose el pedido de la cautelar.

Se cumplieron de ese modo los recaudos que tanto el Código Civil y Comercial de la Nación, como la ley 2302 establecen, y lo resuelto en todo momento hacer referencia a la situación actual y al marco provisional, por lo que de ninguna manera importa prejuzgar ni sellar la suerte del peticionante, toda vez que inclusive el resolutorio en crisis prevé que existe la posibilidad de que al momento de resolverse sobre qué tipo de cuidado personal ejercerán los progenitores ello importe eventualmente un cambio de lugar de residencia.

El escrito recursivo pretende ir más allá en sus fundamentos, ya que gran parte de ellos como así también la conducta de las partes dentro y fuera del proceso deberán ser objeto de prueba y oportuna valoración al momento de dictarse sentencia, dado que será en ese momento donde se resolverá lo que resulte ajustado a derecho y mejor satisfaga al interés superior de ambas niñas, no ya en forma provisional sino permanente.

Teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que el traslado ha sido efectuado y el desarrollo de las actividades de ambas niñas con normalidad en la Ciudad de Buenos Aires, y advirtiéndose también que como lo señala la Defensora de los Derechos del Niño que no surgen situaciones de gravedad que ameriten la modificación del estado actual, es decir que no existe peligro en la demora, se satisface ese interés actual no innovándose sobre la situación en forma cautelar, sin perjuicio de lo que corresponda resolver al momento de dictarse sentencia.

“El principio del interés superior del niño resulta uno de los estándares más fuertes en materia de protección integral de derechos de niñas y niños, pero también puede convertirse en un eslogan carente de sentido, si no se lo interpreta mediante el recurso a ciertas pautas válidas,

con criterio de justificación, que alejen la arbitrariedad.- El Comité de Derechos del Niño, en su observación general 14 sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial (63), describe al interés superior del niño como un derecho, un principio y una norma de procedimiento. En lo que aquí nos interesa, el interés superior del niño es una norma procesalmente operativa: "siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos" (pto. 6.c). El interés superior del niño se relaciona en forma directa con el segundo aspecto que queremos destacar relativo a la toma de decisiones —aun cautelares— relacionadas con la custodia y ejercicio de derechos de la responsabilidad parental: el derecho del niño a ser oído. En efecto, "la evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que ésta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Así se establece con claridad en la observación general 12 del Comité, que también pone de relieve los vínculos indisolubles entre el art. 3º, párr. 1º, y el art. 12. Ambos artículos tienen funciones complementarias: el

primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El art. 3º, párr. 1º, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del art. 12. Del mismo modo, el art. 3º, párr. 1º, refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida". (Silvia E. Fernández, op. cit.).

Y de la misma forma, comentando la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño del año 2013, dicen Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan que: “En consecuencia, el trámite procesal y la decisión que de él concluya siempre están condicionados por el mejor interés del o los niños involucrados en cada caso concreto.”

Y al describir sus implicancias procesales añaden a continuación: “Esta exigencia justifica la flexibilización de las normas previstas en la ley de rito y la amplitud de las atribuciones del juez para dirigir el proceso en aras de una pronta solución y la efectiva protección de los niños, niñas y adolescentes involucrados.” (Los Principios generales del proceso de familia en el Código Civil y Comercial, Revista de Derecho Procesal, Tomo 2015-2, Procesos de familia, pág. 58. Rubinzal Culzoni Editores.).

En consecuencia, habiendo la jueza de grado valorado todos los extremos fácticos necesarios para el pronunciamiento cautelar que le fuera requerido, habré de proponer al acuerdo se conforme el resolutorio, con costas de la Alzada por su orden.

La Dra. Patricia **CLERICI dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar el resolutorio de fecha 17 de octubre de 2018.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 68, 69 del CPCyC).

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. JOSE I. NOACCO

Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria