Esquel, 18 de marzo de 2007.-

--------VISTO:----------
--------El recurso de apelación incoado por la Sra. M. M. M. en contra de la resolución de fecha 01 de Noviembre de 2007 en cuanto dispone otorgar la custodia provisional de la menor C. R., a su progenitor F. R., encomendándole provea a la adecuada comunicación con la madre en su propio domicilio, la escuela o los lugares recreativos a los que concurra o en el domicilio de la otra hija de la pareja y hasta tanto se celebre la audiencia que se dispone en el punto 4º; la concesión del recurso en relación y con efecto devolutivo; la expresión de agravios (fs. 39/41 del legajo de apelación); la contestación a los agravios (fs. 43/45 vta. del legajo de apelación); la vista contestada por la Sra. Asesora de familia e Incapaces y ----------

--------CONSIDERANDO:----------
--------Que la recurrente se agravia y solicita nulidad por entender que no se ha valorado adecuadamente la verosimilitud del derecho; que al haberse dictado la medida inaudita parte se violó su derecho de defensa; que no se dio intervención previa a la Asesoría Civil de Familia resultando así nulo el acto y que la sentencia fue arbitraria al conculcar el interés superior de la niña violentando su derecho a la convivencia familiar.----------
--------Que la Sra. Asesora de Familia e Incapaces al contestar la vista conferida, coincide con la recurrente en que la medida no debió ser dictada inaudita parte citando doctrina al respecto y en que se ha vulnerado el derecho a la convivencia familiar de la menor.----------
--------Respecto a la verosimilitud del derecho, la jurisprudencia ha dicho: “Las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo de su verosimilitud. El juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (CSJN 30-5-95, “Baliarda S.A. y otros vs. Provincia de Mendoza” JA 1996-I, síntesis, conf. cit de KIELMANOVICH, JORGE L. “Medidas cautelares”, Rubinzal Culzoni. Santa Fe 200, pag. 117); también se ha dicho que “La verosimilitud del derecho y el peligro en la demora son dos recaudos genéricos de toda medida cautelar que deben evaluarse en forma armónica, así a mayor verosimilitud del derecho no cabe ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño y, viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor acerca de la verosimilitud puede atemperarse (Cam. Nac. Com. sala A, 21-4-93, “Laboratorios Andrómaco SAICI vs. El cabildo Cía. Argentina de Seguros Generales S.A” conf. cit de KIELMANOVICH, JORGE L. “Medidas cautelares”, Rubinzal Culzoni. Santa Fe 200, pag. 118). En consecuencia, ante el peligro de que una menor de edad, con capacidades diferentes o especiales, pueda sufrir el daño gravísimo de un abuso sexual, o lo que es peor, continuar padeciéndolos debe atemperarse al máximo el rigor a la hora de apreciar el fumus bonis iuris. Cabe agregar que contrariamente a lo sostenido por la recurrente, la a quo basó su decisorio no solo en el escrito de iniciación sino también en las actuaciones que se instruyen en sede penal y en el acta-acuerdo de donde surge un régimen de “tenencia compartida”.----------
----------Lo hasta aquí expresado sería suficiente para tener por adecuada la apreciación de la Sra. Jueza a quo respecto a la verosimilitud del derecho en relación a la gravedad del peligro, no obstante ello la publicicación del procedimiento de familia y el incremento del protagonismo inquisitivo en los magistrados derivado de la defensa de los menores en resguardo de su interés superior, entre otras consideraciones, hace que este Tribunal se encuentre habilitado para apreciar el fumus bonis iuris no solo en atención a las constancias colectadas al momento de dictar la cautelar sino también teniendo en cuenta las actuaciones posteriores y en este sentido cobra importancia el informe del E.T.I. obrante a fs. 51/54 en cuanto expresa dudas fundadas de que la Sra. M. pueda sostener la restricción impuesta a su pareja el Sr. D. Estaríamos así ante una prueba con la suficiente contundencia para sostener el fumus bonis iuris en la medida de probabilidad que tal instituto requiere. Así, la verosimilitud del derecho ha sido correctamente apreciada y no se puede recibir favorablemente el agravio en cuestión.------
----------Que la recurrente se queja, y en ello coincide la Sra. Asesora de Familia e Incapaces, de que la medida cautelar se haya dispuesto inaudita parte, coinciden en que la adopción de medidas cautelares sin previa sustanciación solo resulta procedente en situaciones “muy graves” o de “urgencia impostergable”. Aduce también la recurrente que, dadas las características del medio, se pudo haber convocado a la primera audiencia en forma previa al dictado de la mencionada cautelar.----------

--------Tal como lo impone la prudencia, el peligro o sospecha que una menor sea abusada sexualmente no puede calificarse sino como una situación “muy grave” o de “urgencia impostergable”. El argumento recursivo contiene en sí mismo la génesis de su rechazo. Es que los hechos descriptos no admiten ni la mas mínima demora y por mas cortas que sean las distancias en Esquel, por mas proximidad que haya en el conocimiento de las personas y la existencia de medios de notificación rápidos, es indudable que el llamado a audiencia previa implicaría una dilación que no por breve resulta menos peligrosa. Cabe agregar que la impugnación de la recurrente invoca un supuesto error in procedendo lo cual exige requisitos esenciales tales como la violación a un texto expreso de la ley (art. 169 C.P.C. y C.), lo cual no ocurrió conforme lo hemos referido, y la invocación expresa, del perjuicio sufrido, explicando las defensas que se vio privado de oponer (art. 172 2º parr. C.P.C. y C.). No hay , a juicio de este Cuerpo, ninguna referencia respecto a esto último que pueda ser considerada suficiente.----------Que la recurrente se queja en cuanto la a quo no dio intervención previa a la Asesoría Civil de Familia violando, según sus dichos, lo dispuesto por el art. 59 del C. Civ. y art. 12 punto 2 de la Convención de los Derechos del Niño, agregando que “… la intervención del Ministerio de Menores se hacía imprescindible para proteger, precisamente los intereses de mi hija que según lo razonado por el a quo se encontraban en peligro. Y allí se encuentra centrado el perjuicio que causó la falta de intervención del Ministerio de Menores, avalando por lo tanto el presupuesto necesario para evitar que se me endilgue el planteo de la nulidad por la nulidad misma”. Es carga del nulidicente invocar el perjuicio sufrido por el acto nulo explicando las defensas que no ha podido oponer y no resulta cumplimiento suficiente la invocación de una violación genérica al derecho de defensa si a su vez no se manifiesta cuales fueron las defensas que se vio privada de oponer. Así se ha sostenido que:“Tanto el interés como el perjuicio deben ser concretamente invocados, pues es preciso que la irregularidad haya colocado a la parte en estado de indefensión, pero no una indefensión teórica , sino que ella debe surgir de la reseña expresa y precisa de las defensas que el incidentista se vió privado de oponer y que hubiera podido hacerlo de no mediar el procedimiento viciado pues no suple la exigencia de este artículo la mera enunciación genérica de haber sido violado el derecho de defensa en juicio por impedirse el ejercicio de la facultad procesal que de otro modo se habría materializado, máxime cuando ni siquiera se intenta hacerlo en el memorial de agravios, lo que hace presumir fundadamente que las actuaciones cumplidas no han causado perjuicio” (CNCiv. E, 30/7/79 ED 86-174). Por lo expuesto, no puede considerarse fundado el agravio respectivo.----------
-----Que la apelante se agravia al entender violado el derecho de la menor a la convivencia familiar cotidiana incurriendo en abuso de la protección pues, dice, hubiera sido suficiente una prohibición de acercamiento para el Sr. A. D. con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia.----------
--------En primer lugar es necesario advertir que la medida no implica una modificación tan abrupta al régimen de convivencia anterior desde que, tal como lo dijo el a quo y quedó demostrado por el acta acuerdo agregada a fs. 4, los progenitores venían sosteniendo una tenencia compartida y morando la menor alternativamente en el domicilio de ambos progenitores. También se debe tener en cuenta que se le ha reconocido a la madre un régimen de comunicación amplio con la sola exigencia de que el mismo se desarrolle en un ámbito distinto en el que solía compartir con el Sr. D., prudencia mínima aconsejable frente a un eventual peligro de abuso. Resulta innegable el derecho de la menor a una plena integración familiar y a convivir con ambos progenitores mas ello no resulta óbice a que, en forma transitoria y cautelar, se dispongan modificaciones en atención al resguardo de otro derecho subjetivo –tanto o más importante - tal cual es el de la integridad física y sexual de la menor. La medida de alejamiento del Sr. D. no pareció suficiente para la Sra. Juez de la instancia anterior y el tiempo se encargó de darle la razón pues del informe del E.T.I. es claro en afirmar que “… la determinante negación por parte de la Sra. M. y su actitud indagadora durante el primer encuentro con C. generan dudas sobre sus posibilidades de sostener la restricción impuesta al Sr. D”.----------Por ello, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut,------
----------R E S U E L V E:----------
--------1) CONFIRMAR la resolución de fecha 01 de Noviembre de 2007, obrante a fs. 12/13vta. en cuanto fuera motivo de recurso ----------
--------2) REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase con los autos principales caratulados: “ROMANO, L. C. s/ Medidas de Protección” (Expte. Nro. 829-104-2007-R).----------
--------La presente resolucion es dictada con dos Jueces de Cámara, por encontrarse excusado el Sr. Juez de Cámara, Dr. Benjamín Moisá y haberse alcanzado la mayoría.- (arts. 8 y 9 de la Ley 1.130, texto según Ley 4.550).----------

GÜNTHER ENRIQUE FLASS JORGE LUIS FRÜCHTENICHT

REGISTRADA BAJO EL N° 18 DEL AÑO 2008 DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS CONSTE.-

Norma Marrero
Secretaria