Comodoro Rivadavia, de febrero de 2009.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"A. , F. G. c/ G. G. E. s/ RESTITUCIÓN DE MENORES (Legajo de copias art. 250 inc 2° CPr)", Expte. N° 99/2008,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia N° 2(Expte. N° 1205/2008), por haber interpuesto el demandado a fs. 13 recurso de apelación contra la resolución de fs. 9 vta., que ordena la restitución de los niños T.E.G., L.A.G. y G.G.G. a su madre, entre otras medidas.

A fs. 22/26, se agravia el recurrente porque la medida de restitución de sus hijos a la madre de éstos se adoptó inaudita parte. Alega que los extremos invocados por la actora no se encuentran acreditados. Critica que se haya tomado la decisión sin brindarle la posibilidad de ser oído y dar su versión de los hechos. Realiza una reseña de los hechos de la causa. Agrega que el artículo 206 del C.C. debe ser interpretado en forma armónica con las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño y no de forma automática. Continúa diciendo que corresponde priorizar el interés superior del niño y otorgar la guarda al progenitor más idóneo y que la actora no reúne dicha cualidad. Sostiene que los fundamentos esgrimidos por el juzgador para adoptar la decisión son insuficientes. Solicita se revoque la medida. Ofrece prueba.

A fs. 38/39 contesta el traslado la actora y se opone a la prueba ofrecida. El escrito resulta extemporáneo pues como surge del cotejo del expediente había operado el vencimiento del término legal para ello (fs. 35).

Previo a toda consideración hemos de

realizar una breve reseña de los hechos. A fs. 6/8, la actora solicito la restitución de sus hijos menores de edad: T.M.G., L.A.G., G.G.G. que se encontraban con el progenitor. Relató brevemente los antecedentes de su convivencia con el padre de éstos y el acuerdo al que arribaron en orden a los niños, que describió del siguiente modo: "En los primeros medes venía a ver a los niños, se los llevaba y los retornaba a mi hogar... desde hace más de un mes que el Sr. G. se ha quedado con los niños, sólo me los ha traído una vez para que los vea pero no dejan que los niños regresen a mi hogar" -fs 11 vta./12-.

Fundó la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, el vínculo filial y la corta edad de los niños. Invocó los artículos 206 y 264 inc 2° del CC.

El mismo día en que se presentó la medida, se ordenó el mandamiento de restitución de los niños a su madre -fs. 9-. La orden judicial fue ejecutada por el Oficial de Justicia, ordenándose además la presencia de la autoridad policial -fs.15. La diligencia se efectuó el día 24 de octubre de 2007; se notificó la orden judicial al padre, "procediendo en consecuencia a hacer entrega se los menores sin inconveniente alguno" -fs. 16-.

A fs. 17, se presentó el padre y a fs. 18 apeló la medida.

Posteriormente se realizó la audiencia convocada por la jueza -fs. 27- con la presencia de las partes en la que se acordó el régimen de comunicación y cuota alimentaria, continuándose con la sustanciación del presente.

Reseñados los antecedentes de la causa,

adelantamos que la impugnación efectuada por el recurrente al trámite dado a la medida cautelar tiene sustento suficiente.

Sabido es que los procesos de familia, aquellos que tienen por objeto pretensiones y peticiones fundadas en el derecho de familia, tienen un régimen procesal específico, en nuestra provincia el reglado por la ley 4347, que responde a tres premisas básicas. Estas son la proyección de la solución del conflicto al futuro, la naturaleza de los intereses tuteladas que muchas veces exceden los de las partes procesales y el rol del juez de familia signado por los principio de inmediación y función conciliadora.

Estas notas distintivas del proceso se proyectan en las medidas cautelares que presentan caracteres diferenciados. Así, en materia de derecho procesal de familia se verifica en el proceso cautelar modificaciones respecto al carácter instrumental de las medidas, en lo referente al trámite, en los presupuestos de admisibilidad y ejecutabilidad, en lo relativo a su proveimiento y en el régimen de caducidad (conf. Guahnon, Silvia "Medidas cautelares en los procesos de familia", JA, 2002-I-).

Hemos de detenernos en el carácter diferenciado que aquí interesa, es decir el relativo a la sustanciación del pedido de medidas cautelares. Las características propias del derecho de familia determinan que se admita como regla general la sustanciación previa con la contraria. Las razones se encuentran íntimamente vinculadas, primero por las graves consecuencias que ellas podrían aparejar para el o los afectado y toda su familia, luego por la proyección de la solución para el futuro y teniendo en

miras además la plena vigencia de los principios de inmediación y conciliación que informan a todo proceso de familia. (Ver CNCiv, Sala F, 5-10-76 ED 76-699. Citado en: Revista de Derecho Procesal de Familia- I. 2002. pág 36 y ss. Ed Rubinzal Culzoni).

Por supuesto esto no implica desconocer que existen supuestos en los que cabe su dictado sin audiencia previa, estos se configuran frente a existencia de circunstancias graves que así lo aconsejen, verbigracia los casos de violencia intrafamiliar.

Ahora bien, de la lectura de las actuaciones no surge que el caso que nos ocupa participe de las notas que autorizan apartarse de la aconsejada bilateralidad. El cotejo de las constancias del expediente, los dichos de la parte actora y la procesal demostrada por el padre de los niños así lo demuestra.

El certificado policial que obra a fs. 9, es del día 2 de fecha julio de 2008, y refiere a a través de los dichos de la actora a un episodio de violencia ocurrido en ese día. En el relato de los hechos efectuado al promover la demanda se hace referencia al mismo y la inmediata decisión del Sr. G. G. E. de retirarse del hogar. No se invoca la repetición de los episodios de violencia, por el contrario se hace referencia a un tácito acuerdo de tenencia compartida. Consecuentemente, no surge del escrito indicio alguno que permita inferir una situación de riesgo para la salud psicofísica de los niños. El argumento central de la peticionante es la corta edad de sus hijos, siendo éste el fundamento por lo que considera que estarían mejor junto a ella. En

ningún momento afirma que el padre no se ocupe de los niños, no los atienda o demuestre una conducta violenta o malos tratos hacia sus hijos.

Las circunstancias propias de la causa demuestran, entonces que le asiste razón al recurrente cuando sostiene se le ha vulnerado el debido proceso y el derecho de defensa, dado que se adoptó una medida sin su debida intervención, sin escucharlo a él ni a los niños.

El déficit denunciado se agrava además frente a la modalidad adoptada para hacer efectiva la medida adoptada sin intervención de la parte afectada y sin haber tomado contacto directo con los niños destinatarios de la medida.

En efecto, se ordenó la intervención directa de los Oficiales de Justicia que no cuentan con especialización en la materia, no se previó el acompañamiento de personal especializado –verbigracia integrantes del ETI- y a su vez se dispuso la intervención de la autoridad policial con facultades de allanar domicilios si fuere necesario, incluso de agregó en la orden: "estando ampliamente facultados para actuar con firmeza y al mismo tiempo con moderación , atento que se afectan intereses de niños y/o adolescente.

Este tribunal no puede avalar una intervención con tales características no solo en el caso particular por los motivos reseñados sino en el futuro. Aun en casos extremos no puede el Tribunal desentenderse del cumplimiento de la orden como si se tratara de una cuestión comercial. La restitución de niños es un tema altamente complejo que necesita la presencia de los cuerpos especializados para evitar que

las situaciones se desborden y a fin de garantizar de algún modo que no se potencie una situación que de por sí es conflictiva, ello en aras a la debida tutela de los niños involucrados.

La gravedad de los vicios es manifiesta, sin embargo, sabido es que la nulidad por la nulidad misma no tiene andamiaje en nuestro régimen procesal, más aun en el caso concreto debemos superarla en miras a los principios que fundan los procesos de familia (intereses tutelados y proyección de la solución al futuro).

El resultado de la declaración de nulidad de todo lo actuado sería inoficioso e incluso perjudicial. Es que los padres han llegado a un acuerdo en la audiencia fijada para el día 7 de noviembre de 2008 a pedido del padre de los niños. En tal oportunidad, los padres acordaron un régimen de comunicación amplio a cumplirse en el domicilio materno de donde, además, el padre los retirará los días martes y jueves para llevarlos su hogar y reintegrarlos al materno y fin de semana estarán con el desde las 18 del viernes a las 22 horas del domingo. En definitiva, una versión perfeccionada del acuerdo que antes habían celebrado y relató la actora en el escrito inicial.

Los alcances de este acuerdo torna abstracto el pedido de revocación de la medida.

Por supuesto, prima el interés superior del niño, adecuadamente resguardado en el acuerdo a que han arribado las partes.

Atento el modo en que se resuelve la cuestión y atento la naturaleza de la misma, las costas se imponen en el orden causado. Se regularán los honorarios del profesional interviniente, teniendo en

cuenta las tareas cumplidas, celeridad procesal, éxito obtenido y capacidad económica del obligado al pago, (arts. 6, 8, 14, 30 ley 4335).

Por ello, la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1) Declarar abstracto el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por el demandado de fs. 13.

2) Tener presente el Tribunal los considerandos respectivos en función de los intereses tutelados y derechos comprometidos.

3) Costas de la alzada en el orden causado. Regular los honorarios de las Dras. Liliana Jorge de Merlo y Ana Clara Romero, en forma conjunta, en la suma de pesos doscientos ($ 200) y los del Dr. L. R. en la suma de pesos doscientos ($200,00).

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2009

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS