Comodoro Rivadavia, de julio de 2009.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"B., J. J. c/ M., M. H. s/ DIVORCIO VINCULAR", Expte. Nro. 211/2009**, venidos del Juzgado de Familia Nro. 3 (Expte. Nro. 220/2009).

I.- Que llegan los autos a conocimiento de esta Sala por haber interpuesto la actora a fs. 30/35, recurso de reposición con apelación en subsidio contra del auto de fs. 29 en cuanto dispuso ocurrir por la vía pertinente a la petición de guardia y custodia y asistencia alimentaria de los niños G.B.M. y A.B.M con fundamento en los arts 34 inc. 5, 40, 56 y 175 del CPr. y 87 inc. c) 88 a 97, 99, 105, 122 y 205 de la ley III Nro. 21 (antes ley pcial. Nro. 4347).

Sostiene el recurrente que las normas provinciales que cita como fundamento la a quo y que en concreto se refieren a la necesidad de cumplimentar con la etapa prejudicial de avenimiento en las cuestiones relativas a guarda y alimentos, son aplicables cuando tales cuestiones se promuevan en forma autónoma. Que en el caso fue promovida como conjunta a la acción de divorcio de acuerdo con norma federal de fondo que prevé el tratamiento de cuestiones alimentarias y de tenencia y custodia dentro del proceso de disolución del vínculo matrimonial, tratándolas como medidas provisionales anómalas mientras dura la sustanciación del proceso principal. Indica que el temperamento de la juez a quo, desvirtúa el fin previsto por el Código Civil y por la ley provincial.

Abunda en consideraciones efectuadas al interponer la demanda y precisa que la guarda y alimentos provisorios se peticionaron en los términos del art. 231 del C.C., ocasionándole agravio la remisión al ámbito de la Asesoría de Menores e Incapaces que pretende la sentenciante. Efectúa reserva del caso federal.

II.- El aquí actor, promovió demandada de divorcio en los términos del art. 214 inc. 2 del C.C. y solicitó la atribución provisoria de la guarda de los hijos menores y la fijación de una cuota alimentaria provisoria mientras se sustancie el proceso en el marco de lo previsto por el art. 231 del C.C..

La juez de primera instancia tuvo por promovida la demanda de divorcio y le imprimió trámite de juicio ordinario de acuerdo a lo

previsto por el art. 101 de la ley III Nro. 21 (antes 4347).

Respecto de la guarda y asistencia alimentaria peticionadas ordenó ocurrir por la vía pertinente, alzándose contra tal decisión el recurrente.

Conforme surge de fs. 36 el a quo, entiende que tales peticiones deben canalizarse por vía incidental y por separado. Rechazó el recurso de reposición deducido en el entendimiento que las medidas provisionales previstas por el art. 231 del C.C. revisten naturaleza cautelar y es facultativo del juez, adoptarlas, de acuerdo a las circunstancias planteadas.

III.- De tal base fáctica y jurídica surge que existen dos planteos a dilucidar en el presente. En primer término, determinar sobre la necesidad de la etapa jurisdiccional previa a la interposición del pedido de las medidas precautorias a las que alude el art. 231 del C.C., dentro del marco de un proceso de divorcio y en segundo lugar sobre el carácter facultativo del juez de proveerlas mediando petición.

Sabido es que cuando la pareja se enfrenta a una crisis que puede desembocar en la ruptura del vínculo, muchas veces se torna necesario arbitrar medidas de protección hacia esa familia y de ese modo remediar transitoriamente los conflictos originados en tal ámbito. Cuando los cónyuges no pueden convenir acerca de tales extremos, es al órgano jurisdiccional a quien le corresponde intervenir para ordenar la situación en forma inmediata hasta que se resuelvan definitivamente y por medio de la sentencia y en los procesos respectivos, pues la tramitación del proceso de divorcio como consecuencia de la crisis conyugal, no puede aparejar un riesgo para la integridad física y psíquica de los integrantes del núcleo familiar.

En tal sentido el Código Civil en el art. 231 regula las medidas cautelares de tutela personal (alimentos provisorios; exclusión y atribución del hogar conyugal; tenencia provisional de menores; régimen de visitas provisorio), marco en el que fueron solicitados los alimentos y tenencia de los hijos menores por el actor.

El análisis debe partir dejando sentado que se trata de medidas cautelares, pues son soluciones preventivas, provisorias y urgentes que constituyen un paliativo eficaz para morigerar los dañosos efectos del transcurso

del tiempo durante el curso del proceso (Conf. Kessler, Luis “Medidas cautelares en la crisis conyugal” cit. por Guahnon, Silvia “Medidas cautelares en el derecho de familia” Ed. La Rocca, Bs. As. 2007 p. 149).

Dentro de tales parámetros, la decisión en crisis debe ser modificada por varias razones. Y ello aún cuando según el propio relato del actor, en los hechos la situación que pretende encauzar mediante las medidas solicitadas, se viene manteniendo desde 2008, desde un punto de vista sustancial, no es aceptable aplazar hasta la promoción del juicio correspondiente la acción tendiente a normalizar judicialmente una situación familiar desequilibrada. Sin efectuar detenimientos sobre el régimen de comunicación necesario a fin de mantener el vinculo con el progenitor no conviviente, en el caso la demandada.

La a quo justifica la remisión al trámite que indica en las normas procesales vigentes, sin sujeción, -al menos sin dar fundamentos para apartarse- a la pauta que exige asegurar el interés superior del niño en materia alimentaria y régimen de tenencia y comunicación con sus padres, en todo momento. En el caso, de aplicación inmediata ante la ruptura familiar denunciada.

De acuerdo al régimen legal vigente (art. 231 del C.C), para la fijación de medidas cautelares sobre las personas, en el proceso de divorcio o separación personal, basta con la deducción de la demanda, salvo que la medida cautelar se solicite antes de su presentación, hipótesis en la cual se exige la demostración de la “urgencia” que justifica el pedido previo (Conf. Kielmanovich, Jorge L. “Derecho Procesal de Familia” Ed. Lexis Nexis, Bs.As. 2007 p. 201, en igual sentido: Guahnon, Silvia, op. cit. p. 63).

Surge entonces, la improcedencia de la decisión de la a quo, pues bajo el pretexto de normas procesales, deja sin respuesta y vacío de protección, el interés superior de los niños destinatarios de las medidas que a título de provisorias se solicitaran.

La especial naturaleza de las medidas solicitadas que, como se dijo son provisorias –conclusión de la que la propia sentenciante participa - imponía una conclusión diversa a la arribada en la anterior instancia, sin que aparezca debidamente fundada la remisión de la juez a un incidente por separado, pues omitió considerar que la decisión que en definitiva se tome al respecto

(tenencia y alimentos) deberá adoptarse en el juicio principal que al efecto se deduzca cumplimentando con los trámites previstos en la normativa vigente.

Desde un análisis formal, tampoco resulta justificada la decisión en crisis, si se tiene en cuenta que no puede desconocerse la flexibilidad de las formas en los procesos de familia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido como directriz que cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las normas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (Fallos 324:122).

No explicó la juez cómo sortea la pauta directriz señalada, mientras transcurre la suerte de suspensión sobre el pronunciamiento provisorio solicitado hasta que se ocurra por la vía incidental.

El criterio sustentado por la Corte, imponía al sentenciante adoptar un procedimiento que de satisfacción al pedido en el plazo más breve –principio de simplificación de los trámites procesales- , mucho más tratándose de medidas provisionales, en que la remisión a una etapa previa a fin de promover el incidente respectivo resulta improcedente, pues ocasiona una demora injustificada en el dictado de la medida peticionada. Criterio que se encuentra receptado legislativa y doctrinariamente (ver ley 13.634 de la provincia de Bs. As. y art. 2 in. 6 de la ley 24.573 de mediación obligatoria según el cual, las medida cautelares se encuentran exentas de la mediación hasta que se hubiese agotado a su respecto las instancias recursivas ordinarias"; en igual sent. Patricia Bermejo "La Etapa previa en el proceso de familia en la Provincia de Buenos Aires a más de seis años de su implementación" Revista de Derecho Procesal - derecho Procesal de Familia I, Ed. Rubinzal Culzoni p. 56).

El propio bloque de constitucionalidad federal contiene pautas y disposiciones sustantivas en materia de deberes alimentarios (arts. 7.7 CADH; 27.4 CIDN; 11.1 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 75 incs. 22 y 23 CN), y respecto a la tenencia de los niños (arts. 17.4 de la CADH, 9.3, 18.1) cuya aplicación inmediata resulta desoída con el temperamento asumido.

Por ello, antes de decidir en el sentido efectuado, la magistrada debió expedirse sobre su procedencia previo traslado o sustanciación mediante una audiencia con la contraria atento la falta de invocación de urgencia y beneficiar así el derecho de defensa. Siempre claro está para decidir provisoriamente y mientras dura la sustanciación del juicio de divorcio. Cuenta además con herramientas procesales idóneas para evitar efectos procesales no queridos, o perjuicios sine die a quien resulte afectado por la medida que se disponga, fijando un plazo en el cual se deberán promover los respectivos incidentes previo cumplimiento de la etapa de avenimiento por ante la Asesoría de Familia.

La segunda cuestión a dirimir, esto es, la interpretación efectuada en sentido de ser facultativo del juez la adopción de tales medidas no resulta razonable. Pues, frente a la petición concreta, le cabe al juez hacer mérito de las razones esgrimidas y proveerlas. La facultad de la que puede hacer uso el juez refiere a la adopción de tales medidas de oficio, que no dependen para su dictado de la petición de parte interesada.

En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto, ordenando que en la instancia de grado, previa sustanciación con la contraria, se provean las medidas provisorias solicitadas.

IV.- En atención a la materia debatida y por cómo se decide no se imponen costas (art. 68 del CPr.). Los honorarios de los letrados intervinientes se regularán atendiendo a lo preceptuado por los artículos 32, 13 y 46 del Decreto-Ley 2.200 (t.o. por Ley 4.335).

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

R E S U E L V E:

1)Admitir el recurso de apelación en subsidio interpuesto a fs. 30/35 y disponer que en la instancia de grado, previa sustanciación con la contraria, se provean las medidas provisorias solicitadas conforme a los considerandos respectivos.

2)Sin costas de esta instancia. Regúlense los honorarios profesionales a las Dras. V.H. y D. S. en el cuatro por ciento (4%) de los que le

sean regulados por los trabajos realizados en la primera instancia por el proceso principal.

3)Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL Nº DEL AÑO 2009

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS