Comodoro Rivadavia, de octubre de 2009.

VISTOS Y CONSIDERANDO

Estos autos caratulados:**"D.,F. s/ Medida Cautelar"**, Expte **no. 357/2009,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia No. 2(Expte no. 383/2009), por haber interpuesto la actora a fs.42, recurso de apelación contra la resolución de fs. 41 que deniega la cautelar requerida.

I- En su memoria de fs. 44/48., se agravia porque se rechaza el pedido de custodia provisoria de sus hijas a favor de la abuela paterna. Manifiesta que no se ha tenido en cuenta los hechos denunciados. Señala que la existencia de un juicio por la custodia de sus hijas no es óbice para la presente petición por ser de naturaleza cautelar. Agrega que carece de asidero legal o jurídico afirmar que solo la custodia puede ser detentada por los progenitores. Invoca el informe efectuado por el Equipo Técnico Interdisciplinario (ETI). Insiste en la procedencia de la medida. Solicita se revoque la resolución recurrida. Hace reserva del caso federal y de recurrir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II- De las constancias de autos surge que a fs. 8/12, el actor promueve medida de protección dentro del marco regulatorio de la ley 4347 – actual Ley III N° 21 (D.J.)- con el objeto que: a)se brinde tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico a la Sra E. N. P., madre de sus hijas; b) en su caso, se incorpore a la misma a un programa oficial o comunitario de atención, orientación y tratamiento de adicciones, c) se otorgue provisoriamente la custodia de sus hijas N. D y K. D. a favor de la Sra. M. C. P. , abuela paterna de las niñas. Relata los hechos en que

funda su petición y ofrece prueba.

El tribunal a fs. 13 y 17 rechaza la medida de protección requerida con relación a la Sra. P.y, atento los hechos denunciados dispone la intervención del Equipo Técnico Interdisciplinario a fin que realice un informe socio ambiental del grupo conviviente y situaciones de riesgo o peligro para sus integrantes.

A fs. 24 consta un informe de la Actuaria con relación a la tramitación del Expte no. 273/2009 (violencia familiar).

Seguidamente a fs. 24 vta., con fecha 8 de julio de 2009 el tribunal rechaza la medida cautelar.

A fs. 28 y vta. se glosa el informe efectuado por las Licenciadas M. R. y G. Á., integrantes del E.T.I.

A fs. 30, la Sra. Asesora de Familia e Incapaces contesta la vista conferida por el tribunal.

La actora apela el rechazo de la medida de protección a fs. 32, recurso del que desiste posteriormente a fs. 38.

Posteriormente a fs. 39, reitera nuevamente la pretensión de que se otorgue la custodia de las niñas a la abuela paterna, funda la petición en el informe realizado por el ETI y denuncia la existencia de otros episodios que evidenciarían la situación de riesgo en que se encuentran sus hijas.

Finalmente, a fs. 41 el tribunal dicta la resolución aquí recurrida que rechaza la petición del actor.

III- Realizada la reseña del caso, corresponde entrar al análisis de la cuestión venida en

apelación.

Sostiene el recurrente que se omitió considerar los hechos de la causa; dicha afirmación no corresponde a la realidad del expediente.

La Jueza sostuvo que, corresponde que la custodia sea ejercida por los progenitores, fundó la decisión en las razones expuestas a fs. 24 vta., esto es, haberse resuelto la cuestión con anterioridad -Expte no. 273/09 Sent. Int. no. 116/2009- y mantenerse las circunstancias fácticas tenidas en cuenta al momento de otorgar la custodia provisoria a la madre.

Si bien el actor recurrió la resolución de fs. 24 vta., con posterioridad desiste del recurso quedando firme el auto referido.

La crítica realizada omite toda referencia a la situación de violencia familiar denunciada en el Expte no. 273/09 acordelado al presente, y al Informe No. 403/09 del ETI (fs. 22) que no fue impugnado por el progenitor.

En dicho informe se detalla el desequilibrio existente en la relación de pareja, detentando el Sr D.una posición de poder en desventaja de la madre de sus hijas, y se da cuenta de la existencia de violencia psicológica y la dependencia económica de la misma. Incluso, la vivienda que ocupa pertenece al padre de sus hijas y se encuentra en el mismo lote donde se ubica otra vivienda ocupada por la familia del recurrente, situación que redunda en la producción de nuevas discusiones y conflictos familiares relacionados con las niñas hijas de la pareja Panes-Distel.

Se consigna el rol que asume la abuela paterna- Sra Perrota- que las funcionarias actuantes

describen como: " una posición visiblemente intrusiva, defensiva de su hijo, en detrimento de Panes, al igual que el resto de los adultos, no mide el contenido de las expresiones con las que alude por ejemplo a la madre de los infantes…"(sic).

Lo expuesto da razón suficiente a lo afirmado por la Jueza: la situación fáctica tenida en cuenta al momento de resolver en el juicio por violencia familiar no ha sido modificada.

Ahora bien, del último informe del ETI (fs. 28) surgiría la aparente dificultad de la madre para cumplir con las recomendaciones y terapias sugeridas a fs. 22, a fin de mejorar su situación personal y continuar con el cuidado de sus niñas que repercute en el desarrollo de su rol materno.

No escapa al tribunal que las limitaciones atribuidas a la señora P. tienen una estrecha vinculación con la situación de violencia familiar que diera origen a la causa no. 273/09, que se viene repitiendo a lo largo de la historia de relación del grupo, sea con el padre de sus hijas o con la familia extensa de éste. A ello se debe agregar la dependencia económica y habitacional de la madre reseñada con anterioridad que posiciona a la misma en una situación desigual de inferioridad.

Pero, ese extremo no alcanza para fundar un cambio en la situación de las mismas. Las dificultades para someterse a las terapias sugeridas por el ETI, obligan a redoblar esfuerzos para lograr ese objetivo; máxime cuando han sido sólo sugerencias sin apercibimiento. Todo ello en pos de no profundizar la violencia cumplimiento con los deberes impuestos por las leyes 26061 y 26485 que protegen a los niños y a la

mujer de la violencia que se ejerza sobre ellos.

El recurrente centra su crítica en las supuestas falencias de la madre a fin de obtener un cambio en la custodia de sus hijas optando por la figura de la abuela paterna, siendo que las mismas han estado siempre con su madre. La circunstancia de no haberse producido hechos de mayor gravedad dentro del contexto de violencia familiar en que se encuentra inmersa la madre y sus hijas, que sugieran que la madre podría poner en riesgo la integridad de las niñas, es razón suficiente- en esta etapa procesal- para mantener el criterio.

Es deber de los jueces extremar la prudencia al disponer este tipo de medidas a fin de no alterar en demasía la situación habitual de los niños, pues la misma reviste el carácter de cautelar y no consiste en el otorgamiento de la tenencia definitiva de los niños ni la modificación de algún régimen previamente acordado, sino de evitar la afectación a la integridad física o psíquica de los infantes involucrados. (Ver: Guahnon Silvia V. " Medidas Cautelares en el derecho de familia" pág 201. Editorial La Rocca. Junio de 2007).

Reiteramos, madre e hijas son víctimas de la situación de conflicto evidenciada a través del Expte no. 273/09, la madre en forma directa y las niñas como testigos involuntarios de los hechos denunciados, por lo tanto, el grupo familiar necesita ayuda y el sometimiento a terapias de apoyo que permitan superar las adversidades, medidas que se encuentran dentro de las facultades otorgadas a los jueces y deben ser ordenadas.

A mayor abundamiento, como reconoce el

recurrente, está pendiente la tramitación del proceso por la custodia definitiva de las niñas, en el mismo el Sr. D. pretende se le otorgue la custodia, conducta que contradice en principio el objeto del presente en el que propone como adulto referente a un tercero.

En función de lo expuesto, la pretensión de revisión no puede prosperar porque, el cambio de custodia provisoria que se propone no redundaría en beneficio de la niña.

Como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño sujeto de derecho de los intereses de los otros sujetos de derecho incluso llegado el caso, de los padres. Pues el niño es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir con, pero no se reducen a los de sus mayores (del voto de los Señores Ministros Dres Carlos Fayt, Raúl Zaffaroni y Carmen Argibay . citados en:CSN 13/03/2007. Fallos 330:642. A.F La Ley 2007-B-686).

Ahora bien, es preciso a fin de evitar mayores consecuencias negativas sobre las niñas el dictado medidas positivas que tiendan a la protección del grupo familiar.

Por ello, en la instancia de grado se deberá ordenar se sometan a terapias de tratamiento y asistencia psicológico ambos progenitores y las hijas de la pareja. Mantener la disposición de exclusión del hogar e impedimento de acercamiento decretado en el Expte 273/09 por el término de tres meses. Disponer a través de la intervención del ETI un régimen de

comunicación entre las niñas y su padre a fin de evitar las posibles situaciones de conflicto con la madre, incluida la familia extensa del progenitor.

Atento el modo de resolver la cuestión, las costas de la alzada se imponen al recurrente vencido. Los honorarios de regulan teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, etapa cumplida, labor desarrollada y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados (arts 5,7, 32, 13 y ss ley XIII N°4).

Por ello, la Sala A de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción de la ciudad de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1).- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el incidentista y confirmar la resolución de fs. 41

2).- Ordenar en la instancia de grado las medidas señaladas en los considerandos pertinentes.

3) Costas de la alzada al recurrente vencido. Regular los honorarios de la Dra. L. F. M. en la suma de pesos cien ($ 100)

4) Notifíquese, regístrese y devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos Jueces de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la doctora Silvia N. Alonso de Ariet y haber concordado en la solución del caso (Ley V N° 17 DJ art. 274 del CCCCh.).-

REGISTRADA BAJO EL NRO. DEL AÑO 2009

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS