Comodoro Rivadavia, de marzo de 2011.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"J., K. Y. c/ E., P. L. S/ MEDIDA CAUTELAR",** Expte. N°37/2011, venidos del Juzgado de Familia N°3 (Expte. N°32/2011).

I.- Llegan los autos a conocimiento de esta Sala por haber interpuesto la actora a fs. 15, recurso de apelación contra del auto de fs. 14 que rechazó in limine la presentación tendiente a obtener la guarda provisoria de los niños L. y E. E. J. a favor de la madre, actora en los presentes, por no surgir prima facie el peligro en la demora que habilite el dictado de la medida cautelar.

A fs. 19/21vta. expresa agravios la recurrente. En primer termino manifiesta que con posterioridad a la denuncia efectuada, el demandado ha ingresado a su domicilio y se llevó algunas de sus pertenencias. Que obligó a sus hijos a estar en contacto con su nueva pareja en contra de la voluntad de los mismos. Acompaña exposición policial.

En relación a los argumentos por los cuales se rechazó in limine su pretensión, señala que el peligro en la demora esta justificado en atención a que están en juego dos cuestiones fundamentales: la estabilidad emocional y la estabilidad económica de los niños, por el desamor del padre que se niega a mantener contacto con ellos y prestar ayuda económica. Entiende que estando acreditada la verosimilitud del derecho, debe ceder la exigencia del peligro de la demora.

Respecto del argumento señalado por la Sra. Juez de primera instancia respecto a no haberse esgrimido argumentos suficientes que justifiquen el apartamiento de los principios generales de la materia, señala que se encuentra en juego la salud psicológica de los menores y el derecho de defensa de la actora, a quien el demandado hostiga en su domicilio, ingresa al mismo sin autorización alguna. Precisa que, con la medida intentada, se intenta preservar el bienestar físico, psíquico y emocional de los mismos.

Entiende que los niños son acosados psicológicamente por su progenitor quien los maltrata emocionalmente y obliga a mantener contacto con

su nueva pareja en contra de su voluntad.

Invoca la aplicación del art. 59 inc. a y b de la ley III-21. Hace reserva del caso federal.

A fs. 25/26 contesta la vista conferida, la Sra. Asesora Civil de Familia e Incapaces.

II.- La aquí actora, el 8 de febrero de 2011, con fundamento en los arts. 3 y 9 de la CIDN, 59 de la ley III-21 y 234 inc. 2 del CPr. solicitó medida de protección de personas a favor de sus hijos L. (**) y E. (*).

En abono de tal petición acompañó exposición policial del 21 de enero de 2011 de la que surge que en marzo de 2010, el demandado, cónyuge de la presentante, se retiró del hogar porque “había mucha discusión y violencia verbal”, habiendo llegado a un acuerdo que le prestaría ayuda económica y tendría contacto con los hijos. Denunció que hacia 2 meses que no le contribuía económicamente y no atendía a sus hijos cuando lo llamaban por teléfono, les dice que los pasará a buscar y no cumple. Considera que ello constituye maltrato, exponiéndolos a situaciones que alteran su normal desarrollo, impidiendo que mantengan el lazo afectivo con el padre.

Solicitó, como medida cautelar, la custodia provisoria de los niños.

La juez de primera instancia, rechazó in limine la petición por no haber acreditado mínimamente el peligro en la demora, recaudo exigido para adoptar la medida inaudita parte, ni haber esgrimido argumentos suficientes que justifiquen apartarse de los principios generales. Dispuso que ocurra por la vía pertinente y se cumpla la etapa prejudicial de avenimiento.

III.- A fin de resolver el recurso traído, cabe precisar que la presentante solicita una medida de protección para sus hijos un año después de la separación conyugal.

Los términos de la demanda permiten inferir que la medida solicitada se fundamenta en que los hijos no tienen adecuada comunicación con su padre y que el mismo no contribuye con la cuota alimentaria aunque no peticiona en tal sentido.

Solicita también, se le otorgue la guarda provisoria, aunque

de hecho la conserva.

No argumentó falta de ingresos, surgiendo que se desempeña laboralmente en la municipalidad local. Tampoco argumentó que la guarda de hecho que detenta sobre los niños se ve impedida o turbada por el demandado aunque advierte sobre lo que considera maltratos por exponer a los niños a situaciones que alteran su normal desarrollo.

No obstante, tales extremos, el rechazo in limine no resulta acertado.

No es ocioso señalar que es cierto que, en rigor, el peligro en la demora no se advierte, desde que en ningún momento se aduce la pretensión del padre de ejercer la tenencia de sus hijos, pero si la necesidad de la madre de esclarecer la situación, y de procurar el contacto paterno filial en adecuadas condiciones.

En anteriores pronunciamientos, hemos señalado que no puede desconocerse la flexibilidad de las formas en los procesos de familia y que 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).

Claro está, que el interés superior de los niños, en la especie, es mantener un adecuado contacto con su padre no conviviente, entendiendo por tal, no solo el contacto fluido, sino en condiciones de respeto psíquico y físico.

En atención a ello, el criterio sustentado por la Corte, imponía, la adopción de un procedimiento que de satisfacción al pedido o lograr el esclarecimiento de la intención de la actora, de manera de no hacer pesar sobre ella, y lo que es peor, sobre L. y E., las deficiencias del planteo profesional.

Y tal como lo señala la Sra. Asesora, por las características propias de las medidas cautelares en el proceso de familia, es muy poco frecuente, y hasta desaconsejable, que las medidas se despachen inaudita parte, para exigir en

rigor la demostración de una urgencia que justifique su inmediata adopción como sugiere el temperamento de la Sra. juez.

En el caso, no se advierte que habiendo solicitado la guarda de manera provisoria -que además lleva insita la fijación de un régimen de comunicación con el otro progenitor-, se exija la demostración de una urgencia tal, que impida al magistrado, sustanciar la medida y oír a los niños interesados.

En este orden de ideas, se afirma que se pretende asegurar no solo el derecho del padre sino principalmente el de los menores, debiendo dar preeminencia a estos últimos, pues el interés superior del niño, rectamente entendido, requiere que no se desnaturalice la relación con sus padres.

Resulta entonces reprochable, el rechazo in limine dispuesto, si se tiene en cuenta la particularidad que ofrecen las medidas cautelares en el proceso de familia, en que se advierte una simplificación procesal y modificaciones en torno a los presupuestos de admisibilidad y proveimiento inaudita parte, todo lo que justificaba, la previa sustanciación previa con la contraria.

Por último, es dable recordar que en este campo, familiar, más que en ningún otro el derecho debe tender sobre todo a evitar el conflicto (Conf. Cardenas, Eduardo LL 1991-E-1368 cit por Aida Kemelmarjer de Carlucci JA 1993-IV-676), resultando menester que el juez, a tal fin ordene el procedimiento, adecuándolo e instando el trámite, pues de ello derivará una más acabada comprensión del conflicto sometido a su decisión.

Con un mínimo de sustanciación, puede prevenirse el conflicto que se advierte. La falta de urgencia o del peligro en la demora que puede argüirse por el tiempo transcurrido entre la separación y el reclamo permite colegir la gestación del conflicto y la posible necesidad del adelantamiento jurisdiccional.

En cuanto a la disposición de ocurrir a la etapa previa de avenimiento, aun cuando no se trate de una medida cautelar peticionada en el marco de un proceso de divorcio, no explicó la juez cómo sortea la pauta directriz “interes superior del niño”, mientras

transcurre la suerte de suspensión sobre el pronunciamiento provisorio solicitado.

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 24573 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 mas 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 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. 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 Asesoria de Familia.

Por tales argumentos, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto, y revocar el rechazo in limine dispuesto, debiendo ordenar en la instancia de grado disponer la realización de una audiencia con las partes, como lo sugiere la Sra. Asesora Civil de Familia e Incapaces.

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 in fine, 13 y 46 del Decreto-Ley 2.200 (t.o. por Ley 4.335) y teniendo en cuenta la pauta sentada en el art 2.

V.- Advirtiendo que se ha consignado erróneamente el apellido del demandado, deberá procederse en la instancia de grado a la debida recaratulación de la presente causa.

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 interpuesto a fs. 15, revocar el auto de fs. 14 y disponer en la instancia de grado la tramitación de la presente conforme los considerandos respectivos.

2) Sin costas de esta instancia. Regúlense los honorarios profesionales a la Dra. C. C. en el dos por ciento (2%) de los que le sean regulados por los trabajos realizados en la primera instancia en el proceso.

4) En la instancia de grado, corresponde recaratular la presente conforme lo señalado en el considerando V.

3)Regístrese, notifíquese y devuélvase.