000003/2011

Comodoro Rivadavia, de mayo de 2011.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"P. V. A. c/ S. V. C. A. s/ RESTITUCION-LEGAJO DE COPIAS-art 252 inc. 2 CPr."** Expte N° 3/2011, venidos del Juzgado de Primera Instancia de Familia N° 3 (Expte N° 719/2009) por haber interpuesto a fs.43, la Defensa Pública en representación de la actora recurso de apelación contra la resolución de fs. 37 que otorga la guarda provisoria de la niña V.S.P. a favor del padre.

En su memoria de fs.46/50 vta., señala que interpuso demanda de restitución a fin que el demandado le entregara su hija, de quien se había apropiado ilegítimamente (arts. 264 y 206 del CC). Agrega que se presentó el demandado y solicitó la guarda provisoria de la niña con fundamento en el artículo 236 inc. 2° del CPr. Manifiesta que el tribunal resuelve en forma arbitraria otorgar la guarda provisoria al padre. Señala que la niña desde su nacimiento ha estado al cuidado y protección de la madre. Sostiene que no se ha acreditado en la causa la existencia de causas graves que habiliten el cambio de guarda a favor del padre. Refiere a lo informado por los profesionales del Equipo Técnico Interdisciplinario –ETI-. Advierte que el padre retuvo a la niña que tiene dos años de edad, en periodo de lactancia, en forma injustificada a fin de controlar la situación. Agrega que se adoptó una decisión sin contar con informes completos de los equipos interdisciplinarios pues nada se dijo respecto de la figura materna. Insiste que no se acreditó maltrato alguno por parte de la actora. Invoca el principio del Interés Superior del Niño y la

Convención Internacional de los Derechos del niño y niña. Solicita se revoque la resolución de grado y se restituya la niña a la madre. Hace reserva del caso federal.

A fs.52/55, contesta el demandado, sostiene los fundamentos de la resolución impugnada y solicita el rechazo del recurso.

A fs.65 se realiza audiencia en la alzada a fin de escuchar a las partes y tener contacto personal con la niña V.S.P.

A fs. 67, contesta la vista conferida la Asesora de Familia e Incapaces y solicita se requieran nuevos informes al ETI.

A continuación, se ordena al Equipo Técnico Interdisciplinario informe respecto de las intervenciones realizadas en el grupo familiar y, en caso contrario, se realicen las entrevistas correspondientes (fs.68). A fs.72/73, se glosa el informe efectuado por las profesionales integrantes del ETI.

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 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 (Ley III N° 21).

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 la normativa provincial en algunos supuestos autoriza el dictado de las medidas cautelares inaudita parte, frente a existencia de circunstancias graves que así lo aconsejen, verbigracia los casos de violencia intrafamiliar (Ley XV N° 12).

De la audiencia de avenimiento de fs. 4, surge que V.S.P. vivía con su madre, no llegando las partes a un acuerdo respecto de la custodia de la niña y de la cuota alimentaria. Es más, surge del acta la negativa expresa a abonar una cuota por alimentos por

el Sr. S. V.. A fs. 5,6 y 7 constan los intentos de la actora para recuperar la custodia de su hija mediante la intervención de distintos organismos (Defensoría, Comisaría de la Mujer).

Con motivo de la situación que denuncia y atento el resultado negativo de las gestiones realizadas para recuperar a la niña, la actora interpone a fs.10/12 medida cautelar de restitución de su hija contra el demandado.

A fs.16, se agrega un primer informe del ETI en que surge que no se pudo contactar al padre en el domicilio denunciado. A fs.20/21, el Sr. Valenzuela solicita se dicte medida cautelar de protección de menor contra la actora a fin que se deje sin efecto la restitución de su hija y se le otorgue su tenencia.

A fs.29, se agrega informe del ETI en que surge que la niña permanece con el padre en su domicilio junto con la abuela paterna, persona de edad avanzada (80 años). Destacan que por la complejidad de la situación familiar se planifica continuar realizando nuevas intervenciones a fin de arribar a un diagnóstico integral.

A fs.32, el demandado contesta demanda.

Finalmente, a fs.37 el juzgado dispone la guarda provisoria de la niña a favor del padre, resolución que se dicta hasta tanto se cuente con la totalidad de los informes diagnósticos del Equipo Técnico Interdisciplinario.

Las circunstancias propias de la causa demuestran, entonces que, en principio, le asiste razón al recurrente cuando sostiene se ha dictado una medida cautelar sin contar con un diagnóstico integral de la situación familiar. Esto es así, pues surge de las

intervenciones del ETI y de las constancias del expediente que el conocimiento integral de la situación familiar se completa recién en la alzada con el informe de fs.72/73.

Al respecto cabe considerar que las medidas protectorias, en el caso, la guardia provisoria de la hija de los litigantes, son esencialmente interinas y mutables y pueden ser modificadas o dejadas sin efecto cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen. Ello es así, pues cumplen un fin tuitivo de los menores de edad, en consecuencia, pueden modificarse cuantas veces sea necesario en pos del Interés Superior del Niño y el resguardo de sus derechos.

La Corte Suprema de Justicia sostuvo que, 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).

Efectuados los informes pertinentes por el Equipo Técnico Interdisciplinario y entrevistados los involucrados en el conflicto familiar, se advierte que corresponde un cambio de criterio respecto a lo ordenado en la instancia de grado.

Como se observa, las conclusiones de las profesionales actuantes son favorables al otorgamiento de la custodia a la madre.

En el informe de fs.72/73 exponen que:

…"Se observa que V.a, recibió de esta mamá los cuidados y atención de acuerdo también a las características de la joven en cuanto a sus propias limitaciones. Dichos cuidados apuntan a la satisfacción de las necesidades básicas, tal incluso como la misma abuela materna alude, modalidad quizás en la que también creció V., donde el ejercicio del rol materno se reflejan en aspectos concretos como alimentación, higiene, relegando por desconocimiento otras necesidades como la estimulación afectiva a partir del juego, de las expresiones afectivas, etc. De allí que se observa por ejemplo que en presencia de la niña mantiene una actitud pasiva, distante, con escasa interacción, para ella ese modo es el adecuado, único que conoce (a partir de sus propias experiencias) para vincularse con su hija…" Seguidamente concluyen que los aspectos señalados podrían ser superados de contar con el acompañamiento en el maternaje, estiman conveniente la permanencia de la niña con su madre, si bien aconsejan el acompañamiento del Servicio de Protección de Derechos"….

Señalan que el entorno familiar de la progenitora se muestra dispuesto a colaborar u auxiliar a la misma, sobretodo durante la jornada laboral así como la necesidad de que el padre adopte acciones protectorias concretas como acompañamiento y colaboración en la crianza, aporte de una cuota alimentaria y obra social, entre otras (Informe ETI N° 90/2010).

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.

Como se señaló, en el particular debe primar el Interés Superior del Niño debiéndose considerar sus intereses y las especiales necesidades y cuidados que requiere una niña de tan corta edad, sobretodo de su madre, este estrecho vínculo no puede ser sustituido por los cuidados que -por estar trabajando el padre- pueda brindar una abuela de avanzada edad (80 años) a pesar de la buena voluntad de la misma y aún cuando cuente con la ayuda de personal doméstico. Con relación a las dificultades económicas que tendría la madre expuestas por el padre, se destaca que con el debido acompañamiento y asistencia de éste las mismas pueden ser superadas dado que ambos padres deben cumplir con su rol y con las obligaciones que impone la patria potestad a fin que los hijos logren su desarrollo psíquico, físico y espiritual.

Lo expuesto, las especiales circunstancias del caso, la edad de la niña, el hecho que desde su nacimiento convivió con su madre y estuvo a su cuidado hasta el momento que su progenitor la retuvo, las disposiciones del artículo 206 y 264 del CC, la falta de acreditación de causas graves que demuestren que Victoria pudiera encontrarse en situación de riesgo de permanecer junto con su progenitora, el apoyo de la familia extensa de la madre en el cuidado de la hija y conclusiones vertidas por los profesionales del ETI, posicionan a la madre como el progenitor más idóneo para el cuidado de la niña quien al momento tiene dos años de edad.

Conforme los fundamentos expuestos, se concluye que

corresponde hacer lugar al recurso de la actora, revocar la resolución de fs.37 y ordenar se otorgue la guarda de la niña V.S.P. a su madre V. A. P., manteniendo comunicación con el otro progenitor. A los fines de concretar la medida y restituir la niña a la actora se fijará en la instancia de grado audiencia de partes a sus efectos, con intervención del ETI y la Sra. Asesora de Familia.

Atento el modo en que se resuelve la cuestión y atento la naturaleza de la misma, las costas se imponen al demandado vencido. 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. 5 a 7, 32, 13 y ss Ley XIII N° 4).

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

RESUELVE:

1) Hacer lugar al recurso de la actora de fs.43 y en consecuencia revocar la resolución de fs.37.

2) Otorgar la guarda de la niña V.S.P a la actora, Sra. V. A. P. conforme los considerandos pertinentes.

3) Costas de la alzada al demandado vencido. Regular los honorarios de la Dra. M. A. C. en la suma de pesos doscientos ($200) y de la Dra. A. de L. D. en la suma de pesos cien ($100).

4) Tener presente la reserva del caso federal de fs.50.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se firma por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Jueza de Cámara, Dra. Silvia N. Alonso y concordar en la solución del caso (Ley 5 N° 17 del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut).

REGISTRADA BAJO EL N° AÑO 2011

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS