Esquel, de septiembre de 2011.-

--------**VISTO**: ----------

--------El recurso de apelación interpuesto por la Dra. A. M. R. en representación de la Sra. M. N. C. (fs. 58) contra la sentencia interlocutoria registrada bajo el Nº 197 del año 2011 de fecha 5 de julio de 2011, obrante a fs. 31/32 y vta. y que fuera concedido a fs. 59; y------

--------**CONSIDERANDO:** ----------

--------1. Que la Sra. Juez de Familia en lo sustancial decide mantener la medida cautelar solicitada la cual consiste en la custodia provisoria de la joven G. A. B. y del niño M. Á. B. a favor del progenitor Sr. E. M. Á. B. y fijar un amplio régimen de comunicación con la progenitora de ambos Sra. M. C., quien retirará al niño de la escuela, permaneciendo con ella hasta las 20:00 hs. y luego lo reintegrará al hogar paterno, en tanto la joven A., podrá permanecer con su abuela.----------

--------2. A fs. 71/74 y vta. la actora expresa los agravios que la resolución le acarrea y previo a realizar una síntesis de los acontecimientos de la causa, se explaya sobre la falta de idoneidad –que a su entender– tiene el padre de los sujetos de autos para el ejercicio de su custodia; seguidamente interpreta la relación que existe entre el Sr. B. y su hija, mediante la cual ha quedado demostrado *"que se llevan mal"*, y transcribe segmentos del informe del Equipo Técnico Interdisciplinario, donde surge que el padre ha impedido el vínculo de los niños con la madre, principalmente del niño M. Á. con aquélla.----------

--------Consecutivamente se pronuncia sobre el padre más idóneo, cita jurisprudencia y reseña hechos que sucedieron en el transcurso del proceso, aduciendo que el Servicio de Atención a la Víctima de Delito informa sobre la existencia de *"...extrema vulnerabilidad en los niños quienes son víctimas de grave violencia doméstica..."*, haciendo referencia al expediente Nº 248/2011, de trámite por ante el Juzgado de Familia Nº1 y a continuación se extiende sobre la aptitud de la madre para el ejercicio de la custodia de los niños, relatando aspectos que así lo indican, cita jurisprudencia respaldando su postura en los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26.061, transcribiéndolos, solicitando

se revoque la sentencia y se otorgue la custodia de G. y M. Á. a su madre M. C.----------

--------3. Corrido el pertinente traslado, la contraria contesta el mismo a fs. 80/82 y vta. reflexionando que el recurso de apelación carece de una crítica concreta y razonada de la sentencia, y que sin perjuicio de ello, contesta los agravios analizando la sentencia recurrida y refiriendo que *"Ninguna de las cuestiones mencionadas como agravios (supuestos) torna la sentencia como arbitraria y por ende no deben prosperar."*----------

--------Seguidamente refuta los agravios de la actora extendiéndose sobre la aptitud del Sr. B. para el ejercicio de la custodia de sus hijos, sobre la relación de éste con su hija G. y sobre la inexactitud del impedimento de contacto de M. Á. con su mamá, realizando observaciones de acontecimientos que –a su parecer– así lo demuestran, indicando que ellas excluyen la falta de idoneidad para desempeñar la custodia de los niños que invocara la Sra. C. y reflexiona sobre determinadas conductas desplegadas por ésta.----------

--------Analiza sucesos del expediente que le hacen inferir que éstos fueron indicios orientadores respecto a qué progenitor por el momento debe permanecer en la custodia de los niños y a continuación se refiere a la aptitud de la madre, cotejando informes del Equipo Técnico Interdisciplinario y de la escuela Nº 791 a la cual concurre G., de donde se desprende que tal disposición no es tal y solicita que se confirme la sentencia.----------

--------4. Resumidas así en sus aspectos centrales las críticas formuladas por la recurrente, este Cuerpo abordará el análisis de la misma a los fines de determinar si le asiste o no razón en sus planteos.----------

--------En primer lugar, aclaramos que esta Cámara concibe al proceso cautelar como aquel que tiene por objeto una verdadera pretensión de tutela anticipada y provisional del derecho o en interés de las personas involucradas en el proceso, diversa de la pretensión o petición definitiva que se discute en el mismo. Compartiendo la enseñanza del maestro Lino Enrique Palacio, entendemos *"...que se trata de un proceso que goza conceptualmente de autonomía, por su peculiar estructura, grado de conocimiento diferenciado y particular impuesto para la adopción de las medidas cautelares –a partir de una superficialidad que se distingue, en*

este aspecto, del conocimiento fragmentario y exhaustivo característico o propio de los procesos de ejecución y conocimiento, respectivamente y de los extracontenciosos-, y por la provisionalidad de sus resoluciones".- (conf. *"Derecho Procesal Civil",* Edit. Abeledo Perrot, Tomo VIII, pág. 18).----------Así ello, a los fines del tratamiento de los agravios de la actora, esta Sede considera que los fundamentos vertidos por la Sra. Juez de Familia no deben ser analizados en forma aislada, sino teniendo en cuenta la naturaleza de las medidas cautelares y su aplicación en las cuestiones de familia.----------

----------Expone Jorge Kielmanovich, quien se ha ocupado especialmente de las medidas cautelares en los procesos de familia, "*...que las mismas adquieren un peculiar contorno, verificándose profundas modificaciones en relación a varios puntos. Uno de ellos es el desdibujamiento de su carácter instrumental, por cuanto pueden dictarse medidas que aparejan una evidente identificación entre su objeto y el de la pretensión de fondo.* (conf. *aut. cit. "Medidas Cautelares en los Procesos de Familia"*, L.L. 1996-A-1199).----------

----------Por otra parte, como toda medida precautoria tanto la guarda provisoria como la fijación de las visitas son esencialmente interinas y mutables y pueden ser modificadas o dejadas sin efecto, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, conforme lo dispusiera la resolución objeto de apelación, encontrándose su fundamento en el art. 231 primera parte del Código Civil, rigiendo por aplicación analógica el art. 206 segunda parte de ese cuerpo de normas en lo pertinente.----------

----------Como enseña la doctrina, y se colige fácilmente, se trata de preservar la estabilidad de modo que se dañe lo menos posible a los niños que padecieron el impacto de una desintegración familiar.----------

----------En este lineamiento cabe mencionar que, en todas las situaciones que tienen como protagonistas a niños y/o adolescentes, es necesario buscar, además del interés del menor, una solución que implique cierta estabilidad –aunque no inmutabilidad– que posibilite el buen desarrollo emocional de aquéllos. Dicha estabilidad debe encuadrarse en una realidad que va más allá de lo afectivo y que requiere condiciones externas que resguarden, afirmen y aseguren la misma, debiéndose buscar una solución armónica que tenga en cuenta, no sólo la referida "estabilidad" sino que,

fundamentalmente, no los afecte ni física ni emocionalmente a M. Á. y a G.-
----
--------Si esto es así, en el campo de la teoría cautelar general, tanto más en la economía del Derecho de Familia, y, más específicamente aún, en materia de niñez, en tanto la regulación de las relaciones de esta índole por parte de los jueces incide centralmente en derechos básicos de una persona humana que ha menester de un *'plus'* de protección. He aquí, precisamente, uno de los estándares de aplicación constante en este ámbito, nos referimos al mantenimiento del *'status'* cuando de medidas provisionales se habla, salvo -claro está- que se hayan constatado importantes anomalías en el desarrollo de la guarda por parte de quien la ejerce al iniciarse la intervención jurisdiccional, anomalías éstas que se vieron reflejadas a través de las actuaciones obrantes en autos, tales como la denuncia penal ante el Ministerio Público Fiscal (fs. 12/13 y vta.), informe del Equipo Técnico Interdisciplinario (fs. 16/19), audiencias ante la sra. Juez de Familia (fs. 20 y 30 y vta.), todo lo cual concluyó con la adopción de la medida cautelar hoy apelada.----------
--------Es que la natural condición de dependencia de la infancia, hace necesario que los organismos administrativos y judiciales contribuyan a un resguardo particularmente cuidadoso de sus derechos. Así, las personas que transitan por esa época fundacional de la vida son acreedoras de un resguardo intenso y diferencial por razón de su edad y de las variables de indefensión que las afectan.----------
--------Como lo ha percibido la doctrina, esta idea angular plasma los principios del Estado de Derecho en el campo de la infancia. Su ejercicio responde a niveles primarios, ya que toda sociedad humana ha de dar protección a los miembros más desvalidos, entre ellos, a sus niños (conf. Gutiérrez García C. y Martí Sánchez J.M.: *"Los derechos del menor. Evolución y situación actual"*, en Revista Jurídica de Castilla La Mancha, Nº 28 esp. Pág. 34 y 35, con referencias a instrumentos internacionales y europeos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 7; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25.2.-; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2.1.-; Declaración de Derechos del Niño, Resol. Nº 1386 ONU, 20/11/1959, principio 2; Convención Americana sobre

Derechos Humanos, art. 19; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 24.1.-; Protocolo Adicional de San Salvador, art. 16).----------

--------El denominado “*mejor interés”* hace a la esencia de la actuación materna/paterna. Así, la doctrina nos recuerda que los niños son la *"humanidad en ascenso"*, por lo que la patria potestad es una verdadera función social que los padres deben desempeñar en orden a la humanización de los hijos, con la pertinente garantía del Estado.----------

--------Es dable mencionar que el entorno de M. Á. y de G. consiste en su vida familiar, escolar y social. Por ello, cualquier desequilibrio en este sistema exige una nueva adaptación por parte de ellos y esta alternativa necesariamente debe ser mejor o igual a la anterior, a efectos de evitar que éstos se vean perjudicados y que, debido a la importancia que este equilibrio supone en sus vidas, entendemos que su entorno no debería ser modificado a menos que existieran poderosas razones que lo hicieran necesario.---------

---

--------Asimismo se ha dicho: *"El "statu quo" es una de las circunstancias más importantes a sopesar en estas cuestiones, ya que se parte de la base de que debe evitarse todo cambio si no existen graves perjuicios o poderosas razones que lo justifique, pues en lo posible se debe tratar de no alterar las condiciones de hecho en las que vive el menor. En otras palabras, debe evitarse cualquier cambio en el régimen de vida de los menores, en procura de la estabilidad necesaria para la formación equilibrada de la personalidad, salvo razones graves que lo motiven"* (Cám. Civ. 2, Sala I, La Plata 98215 RSD-105-2 S 6-6-2002).----------

--------Es que, compartimos el criterio doctrinario en cuanto ha expresado que “*...deben ser los padres los que en tales casos aporten soluciones consensuadas, teniendo en vista como objeto primordial el bienestar de los menores involucrados, víctimas inocentes de las desaveniencias existentes entre sus progenitores, por cuanto en tales casos la actuación de la justicia, al dirimir el conflicto, necesariamente dejará disconforme al perdidoso, agudizando aún más la problemática existente.- Por ello se ha propiciado modernamente la tendencia de que el juez debe actuar bajo un nuevo modelo de justicia en donde no prevalezca la contienda...se trata de que la sentencia se oriente fundamentalmente a obtener las soluciones conducentes para resolver racionalmente los conflictos, en los que el*

principal afectado es el menor." (Andrea R. Alberto, "Conflictos resultantes de la separación de los padres", DJ, 1993-2-497, citado en Doctrina Judicial, La Ley, 6/3/02, pág. 532).----------

--------Siendo ello así y encontrándose justamente en juego el interés superior del niño y de la adolescente, el orden público familiar tiende a un objetivo que en el sub-case y a la luz de los antecedentes merituados en el momento de la adopción de la medida cautelar, cuya resolución obra 31/32 y vta., resulta ser la solución por el momento más beneficiosa para el núcleo familiar y hasta tanto y conforme se lleva dicho se proceda a evaluar en la instancia originaria los antecedentes y evoluciones necesarios para su modificación, mantención o supresión según corresponda a las actuales circunstancias del caso sobre la base de la solución más beneficiosa para el interés superior del niño y de la joven (doctrina arts. 231, 206 segunda parte del Código Civil, 3 y concs. de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, art. 75 inciso 22 CN, conf.: Méndez Costa, María Josefa, “Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia”, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2006, págs. 313/342), contando además con la conformidad del representante promiscuo del menor para esta medida en los términos del art. 59 del Código Civil, por lo que no corresponde otra solución por el momento, que la desestimación del recurso intentado y por ende la confirmación de la resolución apelada.----------

--------Cabe advertir al Sr. B., que el ejercicio provisorio de la tenencia importa también asegurar al otro progenitor la adecuada comunicación con sus hijos y el derecho de supervisar su educación (arts. 264, inc. 2º, Código Civil). El concepto contenido en la norma citada abarca tanto lo que tradicionalmente se ha denominado el ejercicio del derecho de visita, como la posibilidad de hacerse oír en cuanto a la toma de decisiones respecto de sus hijos niño, de su formación y evolución espiritual (argto. jurisp. CC 1, Sala I, LP 209244 RSI-188-91 del 7-5-1991).----------

--------A modo de conclusión, cabe agregar que deben ser los padres los que en estos supuestos aporten soluciones consensuadas, teniendo en vista como objeto primordial el bienestar de sus hijos, víctimas inocentes de las desaveniencias existentes entre sus progenitores, por cuanto en tales casos la actuación de la justicia, al dirimir el conflicto, necesariamente dejará disconforme al perdidoso, agudizando aún más la problemática existente.

Por ello, se ha propiciado modernamente la tendencia de que el juez debe actuar bajo un nuevo modelo de justicia en donde no prevalezca la contienda, pues se trata de que la sentencia se oriente fundamentalmente a obtener las soluciones conducentes para resolver racionalmente los conflictos, en los que el principal afectado es el menor (argto. doct. Andrea R. Alberto, *"Conflictos resultantes de la separación de los padres"*, DJ, 1993-2-497, citado en Doctrina Judicial, La Ley, 6/3/02, pág. 532).---------

--------Costas de Alzada a la apelante perdidosa en la apelación, en virtud del criterio objetivo de la derrota sustentado por la manda del art. 69 del C.P.C.C., resultado obtenido y por no encontrar ningún mérito para su apartamiento, correspondiendo regular los honorarios de los profesionales intervinientes por sus actuaciones en esta Sede Dres. M. I. M. en la suma de $ 507 y los Dres. N. S. y A. M. R. en conjunto y proporción de ley, en la suma de $ 489, todos ellos con más el IVA que les correspondiere (art. 13 y ccdtes. de la Ley XIII Nº4 y su modificatoria Nº15 DJP, Arancel).----------

---

--------Por ello, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut.-

---------- **R E S U E L V E:** ----------

--------1°) **CONFIRMAR** en todos sus términos la resolución interlocutoria dictada a fs. 31/32 y vta. por las consideraciones expuestas precedentemente.----------

--------2°) **COSTAS** de Alzada a la apelante vencida, en virtud del criterio objetivo de la derrota, resultado obtenido y por no encontrar ningún merito para su apartamiento (art. 69 del C.P.C.C.).----------

--------3°) **REGULAR** los honorarios de los profesionales de los Dres. M. I. M. en la suma de $ 507 y los Dres. N. S. y A. M. R. en conjunto y proporción de ley, en la suma de $ 489, todos ellos con más el IVA que les correspondiere.----------

--------La presente sentencia es dictada por dos Jueces del Tribunal por licencia del Dr. Günther Enrique Flass y haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 Ley V Nº 17 (Digesto Jurídico Provincial).----------

JORGE LUIS FRÜCHTENICHT **CLAUDIO A. PETRIS**