000131/2015

Comodoro Rivadavia, de mayo de 2015.-

VISTOS Y CONSIDERANDO

Estos autos caratulado: **"I. R. R. A. s/RESTITUCION DE MENORES (E.A.D.S)"** Expte. N°131/2015, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral,Rural y de Minería de Sarmiento (Expte. N° 13/2015), por haber interpuesto R. Wa. en representación de su hija Y. B. D. S., recurso de apelación contra la resolución de fs. 14, que ordena la restitución de la niña E.A.I. al actor.

I.- A fs.48/53, sostiene la recurrente que la medida causa un gravamen irreparable a dos menores de edad, la progenitora Y. B. D. S. y su hija E.A.I. Afirma que el proceso es irregular e insiste que no se tuvo en cuenta la minoría de edad de la joven madre. Señala que no se le dio intervención al Asesor de Menores antes de resolver la medida que vicia de nulidad lo actuado. Manifiesta que se conculcó el art. 12 de la C.D.N y la ley 26061, porque no se escuchó a la madre-niña antes de decidir. Alega que la decisión carece de fundamentación suficiente, agrega que tampoco citan las normas legales aplicables al caso. Señala que por la naturaleza de la medida requerida y lo dispuesto por la CDN, se debió sustanciar con la madre. Insiste en la arbitrariedad de la sentencia, la que acusa de nulidad o por lo menos de apresurada. Solicita se revoque la decisión y se entregue la niña a su madre.

A fs.61/66, contesta el actor el traslado y solicita el rechazo del recurso.

A fs.76, se presenta Y. B. D. S. por haber llegado a la mayoría de edad y ratifica todo lo actuado en su representación por la Sra. W.

A fs.80, se intima al actor a tomar participación en autos o designar nuevos letrados con motivo de la renuncia realizada por sus abogados, no habiéndose dado cumplimiento a la manda judicial.

A fs.81 y 83, se realizan las audiencias previstas por el art.130 de la Ley III 21, y se toma contacto personal con los interesados.

La Asesora de Familia contesta la vista conferida a fs.85/88vta. y dictamina a favor de la madre conforme los fundamentos expuestos en su escrito.

II.- De las constancias del expediente surge que el actor a fs.3/6, solicita la restitución de la guarda que detentaba de la niña E.A.I., hija de Y. B. D. S. Denuncia que la madre es menor de edad y que viviría provisoriamente en el domicilio de la abuela de la niña.

Manifiesta que la niña tiene tres años de edad y que ostenta su guarda desde hace dos años.

Señala que la niña nació en C. en el año **** y que fue producto de una relación ocasional con su madre. Agrega que tomó

conocimiento de su paternidad en el año **** y se hizo cargo de su hija porque la madre no podía. Manifiesta que la joven habría intentado dar la niña en adopción.

Afirma que desde entonces la niña convive con su grupo familiar, que su progenitora la ve en algunas ocasiones, destaca los cuidados que le brinda a la infante y que nunca mereció reproche alguno de parte de la familia materna.

Denuncia que la madre en una de sus visitas le informó que iría con su hija a hacer algunas compras y que nunca la reintegró a su hogar negándole la guarda de la niña.

Informa que fue citado por el Ministerio de la Defensa a una audiencia a fin de que entregara la documentación de la niña. Aduce que esto cierra el círculo vicioso y demuestra la intención de la madre de no restituir a E.A.I.

Critica la conducta de la madre, alega que ignora las condiciones en que se encontraría viviendo la niña en casa de la abuela que sugiere no serían las adecuadas y requiere su restitución.

Realizada información sumaria de los dos testigos propuestos por el actor, en la misma audiencia, el juez resuelve ordenar la medida y restituir la niña al señor I. R., orden que efectivamente se concreta el 15 de febrero de 2015 (fs. 30/31).

III.- Se advierte que el 13 de febrero de 2015 se presentó la medida, el día 14 se realizó la

audiencia a fin de tomar declaración a los testigos propuestos por el actor y se ordenó el mandamiento de restitución de la niña al padre- fs. 14-. La orden judicial se procuró diligenciar el mismo día 14 de febrero de 2015, no siendo posible ante la resistencia de la madre y de la abuela materna. Luego, se concretó la restitución de la niña el día 15 de febrero, con la presencia del actor, integrantes del Servicio de Protección de Derechos, personal policial y el Secretario del Juzgado.

Se constataron las condiciones de la vivienda y sus dependencias. Se verificó en el acto que, la niña E.A.D.S. iba y venía alegremente jugando de la cocina a la habitación, que luego de un extenso diálogo con la joven Y. y su progenitora se les hizo saber de la conveniencia de evitar situaciones traumáticas y los inconvenientes de presenciar situaciones violentas si el uso de la fuerza pública era necesario para cumplir con la medida, deponiendo su resistencia en ese momento. Surge del acta que la niña se encontraba en buenas condiciones físicas y emocionales, se mostraba propensa a dialogar y contestó tranquilamente las preguntas que le hacían los funcionarios e integrantes del S.P.D. Consta que la madre manifestó su intención de impugnar el reconocimiento de paternidad realizado por el actor.

Incluso se detalla que la niña jugaba apaciblemente, que luego de recoger unas zapatillas y

un libro, le dio un beso a su abuela, su madre y otra niña que estaba en el lugar y fue entregada por su abuela al funcionario del Servicio de Protección de Derechos, a fin de cumplirse con la medida.

A fs.39/40, informó el Asesor de Familia Subrogante que en sede de la Asesoría se presentó la menor de edad Y. B. D. S., madre de la niña E.A.D.S., a fin de requerir su

intervención con relación a la custodia de su hija, que se realizó una audiencia de avenimiento sin comunicar su resultado.

A fs.42, la progenitora de la niña apeló la medida.

IV.- Reseñados los antecedentes de la causa, adelantamos que la impugnación efectuada por la recurrente al trámite dado a la medida cautelar tiene sustento suficiente.

Sabido es que los procesos que tienen por objeto pretensiones y peticiones fundadas en el derecho de familia, tienen un régimen procesal específico. En nuestra provincia el reglado por la Ley III 21, que responde a tres premisas básicas. Estas son la proyección de la solución del conflicto al futuro, la naturaleza de los intereses tutelados que muchas veces exceden los de las partes procesales y el rol del juez de familia signado por el principio de inmediación y la función conciliadora.

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 afectados 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 existen supuestos en los que cabe su dictado sin audiencia previa, estos se configuran frente a existencia de circunstancias graves que así lo aconsejen, verbigracia los casos de violencia intrafamiliar, no siendo el particular uno de estos. Más aún, de la lectura de las actuaciones no surge que el caso que nos ocupa participe de las notas que

autorizan apartarse de la aconsejada bilateralidad. El cotejo de las constancias del expediente, los dichos de la madre, su juventud, la secuencia de los hechos denunciados y lugar donde ocurrieron; por ejemplo, la niña nació en C. en el año **** de una madre adolescente, el reconocimiento paterno se produce dos años después en la ciudad de Sarmiento, sin realizar una reseña de lo ocurrido durante ese periodo que aclare la realidad de los

hechos determinantes a la época.

Se aduce la entrega de la guarda (de hecho) voluntaria de la niña por su joven madre, sin que esta sea citada o escuchada y sin la intervención del Asesor de menores y la conducta demostrada por el actor evidencian la ausencia de elementos suficientes

para el dictado de la medida sin previa sustanciación.

Las deficiencias señaladas efectivamente se verifican. Las declaraciones

testimoniales no aportan elementos de convicción que habiliten el despacho de la medida sin escuchar a la madre de la niña, entonces menor de edad y con la participación del Asesor de Familia dado los intereses del niño en juego. Reparase que los testigos solo dicen conocer al actor, que no conocen a la madre ni saben donde se encuentra, que saben que la niña vive con el actor desde hace dos años, que no tienen conocimiento previo de la situación. Es decir, de sus dichos no surge las razones para determinar en esta instancia porqué el

padre es más idóneo para detentar la guarda o custodia de la niña.

No se han demostrado situaciones de riesgo para la salud física y psíquica de la niña. Tampoco la alegada intención de la joven de dar en adopción a su hija. El actor solo insinúa que no sabe en qué condiciones vive la niña con la familia materna, pero esta duda por sí sola no habilita la ausencia de sustanciación por ser solo manifestaciones de una sola de las partes.

Tampoco se acreditó que la madre hubiera dado en guarda voluntariamente la niña al actor o el peligro en la demora para la salud de la niña que impusiera la premura en el dictado de la medida inaudita parte.

Es más, surge que está en trámite la causa "D. S. Y. B. c/I. R. R. A. s/Impugnación de reconocimiento de la paternidad" Expte. N° 21/2015, por haber sido elevada a este tribunal en su oportunidad por una cuestión de competencia que, resuelta, continúan las actuaciones en la instancia de origen.

Las circunstancias propias de la causa demuestran, entonces que le asiste razón a la recurrente cuando sostiene que se le ha vulnerado el debido proceso y el derecho de defensa, dado que se adoptó una medida sin su debida intervención, sin

escucharla y sin la intervención del Asesor de Familia que autoriza la revisión del fallo.

La gravedad de los vicios es manifiesta, sin embargo, sabido es que la nulidad por la nulidad misma no tiene andamiaje en nuestro régimen procesal, más aun en el caso concreto debemos superarla en miras a los principios que fundan los procesos de familia (intereses tutelados y proyección de la solución al futuro).

El resultado de la declaración de nulidad de todo lo actuado sería inoficiosa e incluso perjudicial.

Reparase además que, la madre ha llegado a la mayoría de edad y ha tomado intervención con asesoramiento letrado y ha podido ejercer su derecho de defensa al impugnar la decisión quedando subsanados los vicios del proceso.

Conforme lo expuesto y teniendo en cuenta lo manifestado por la Asesora de Familia a fs. 85/88., corresponde revocar la decisión de fs. 14 y ordenar la restitución de la niña E.A.I a su progenitora Y.D. S., medida que se deberá realizar en sede del juzgado de origen y con la intervención de la Asesora de Familia y el ETI a fin que se acompañe y explique a las partes el alcance de la medida y la responsabilidad de ambos progenitores en el cuidado de la niña.

V.- Atento el modo en que se resuelve la cuestión y atento la naturaleza de la misma, las costas se imponen al actor vencido. Se regularán los honorarios de los profesionales intervinientes, teniendo en cuenta las tareas cumplidas, celeridad procesal, éxito obtenido y capacidad económica del obligado al pago, (arts. 5 a 7, 13 y ss Ley XIII 4 y 15).

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 progenitora de fs. 48/53, revocar la resolución de fs. 14. y ordenar la restitución de la niña E.A.I. a su madre Y. D. S., conforme los considerandos respectivos.
2) Costas de la alzada al actor vencido. Regular los honorarios de la Dra. F. U. en la suma de pesos equivalente a 8 jus y a los Dres. E. R. H. y C. Q., en forma conjunta, en la suma de pesos equivalente a 4 jus.
3) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 65vta.
4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2015

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS