000432/2015

Comodoro Rivadavia, de septiembre de 2015.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"L., L. D. c/L. G., P. M. s/MEDIDA CAUTELAR"**, Expte. Nro. 432/2015, venidos del Juzgado de Familia Nro. 2 (Expte. Nro. 470/2015).

I.- Llegan los autos a conocimiento de esta Sala por haber interpuesto la actora a fs. 34, recurso de apelación contra del auto de fs. 32 que rechazó in limine la presentación tendiente a obtener a título de medida cautelar provisoria, el cuidado personal exclusivo unilateral del niño a su favor y la prohibición de acceso y acercamiento de la madre demandada al domicilio en que vive el niño con su padre.

El rechazo fue dispuesto con fundamento en no surgir una situación de riesgo actual e inminente que habilite el dictado de la medida cautelar toda vez que del relato de los hechos surge que el padre ha dado respuesta a la situación de vulnerabilidad de su hijo haciéndose cargo del mismo.

A fs. 36/39vta, expresa agravios la recurrente. En primer término indica que la sra. Jueza tuvo en cuenta las circunstancias actuales de la situación descripta en la demanda, arribando por ello una solución desajustada a derecho y al interés superior del niño.

Manifiesta que los antecedentes descriptos en la demanda ponen de manifiesto la gravísima situación de vulnerabilidad y vulneración de los derechos del niño a que lo expuso su madre. Y teniendo en cuenta que los cuidados personales son

compartidos con idénticos derechos y responsabilidad entre los progenitores respecto del niño, existe el riesgo actual e inminente que la madre continúe el ejercicio irresponsable de sus derechos derivados de la autoridad parental, sin limitación alguna respecto de su hijo.

Invoca la vulneración del debido proceso y la garantía de jueza imparcial al haber rechazado en forma liminar la medida de protección iniciada, indicando cumplir con la etapa de avenimiento. Explica que la procedencia de varias vías no empece la viabilidad de la medida cautelar solicitada en beneficio de B. sino que resultan procedimientos que se complementan.

Acusa insuficiente consideración de los elementos de juicio y prueba agregados a la demandada.

Por último se queja de la falta de intervención de la Asesora de Familia y del ETI en forma previa a resolver. Asimismo, de la omisión de cumplir con la obligación constitucional de oír al niño y tomar en cuenta su opinión.

Efectúa reserva del caso federal.

A fs. 49/50 contesta la vista conferida, la Sra. Asesora Civil de Familia e Incapaces.

II.- El aquí actor, padre de B. de * años de edad, el 10 de julio de 2015, con fundamento en los arts. 3 y 9 de la CIDN, 59 y 60 de la ley III-21 y 231 del C.C. solicitó como medida cautelar provisoria el cuidado personal exclusivo unilateral del niño y la prohibición de acceso y acercamiento de la demandada a su domicilio.

Relató que en el año 2009 contrajo

matrimonio con la demandada y que en octubre de ese año nació B. Por desavenencias de la pareja, en el mes de noviembre de ese mismo año 2009 la Sra. L. G. decidió vivir en la casa de sus padres llevándose consigo al niño.

Al poco tiempo advirtió la situación conflictiva en el que se desenvolvía el grupo familiar de la demandada y a la vez ciertas conductas que implicaban desprotección hacia B. Asimismo la demandada comenzó a impedir el contacto con el niño exigiéndole "más dinero" para verlo.

Relató que la Sra. L. G. habría cometido hechos delictivos resultando imputada por daño y violación de domicilio en dos causas seguidas por la Fiscalía, con pedido de captura en una de ellas. Acompañó copias de los legajos correspondientes.

En tal contexto, en el mes de marzo de 2015 la demandada abandonó la ciudad con el niño sin que pudiera averiguar sobre su paradero. Fue recién en el mes de mayo, que aquélla se comunicó telefónicamente exigiéndole permiso para que su hijo saliera del país hacia Chile.

Manifestó que en mayo de 2015, él y su madre, recibieron una comunicación desde el Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Río Negro para que viajaran a la ciudad de Bariloche, porque su hijo se encontraría en situación de extrema vulnerabilidad y afectación de su salud física y psíquica por el trato negligente que le daba su progenitora.

Así fue como encontraron a B. alojado en un dispositivo de emergencia por la situación de riesgo y descuido al que lo había sometido su madre,

viviendo por dos meses en una carpa al lado del lago, en situaciones climáticas extremas y sin recursos materiales, presentando un cuadro de desnutrición y con serias dificultades en el uso del lenguaje.

Acompañó acta de manifestación por la cual se dejó constancia de tales extremos y del retiro del niño por su padre, con quien se encuentra conviviendo en su domicilio en esta ciudad.

Relató que el niño se integró rápidamente a la convivencia familiar bajo su cuidado y el de su actual pareja con quien entabló un vínculo afectivo.

Actualmente, B. concurre al Jardín de infantes N°*** de esta ciudad. Adjuntó constancia de alumno regular.

En base a tales extremos justificó la verosimilitud en el derecho, por la ostensible vulneración y amenaza de los derechos de B. a un ambiente familiar adecuado para su normal desarrollo y el peligro en la demora para solicitar como medida cautelar el cuidado parental exclusivo unilateral a su favor.

La juez de primera instancia, rechazó in limine la petición, tuvo en cuenta que el presentante dio respuesta a la situación de vulnerabilidad de su hijo y no invocó situación de riesgo actual e inminente que habilite la promoción de la medida cautelar. Dispuso que el interesado dé cumplimiento a la etapa prejudicial de avenimiento conforme el art. 88 de la Ley III-21.

III.- A fin de resolver el recurso

traído, cabe precisar que el presentante solicita una medida cautelar y de protección para su hijo, quien estando al cuidado de su madre fue expuesto a situaciones de extrema vulnerabilidad y peligro tales como: vivir durante dos meses (anteriores al 15 de mayo) en la ciudad de Bariloche en una carpa al lado del lago; estar desnutrido; presentar serias dificultades en el uso del lenguaje – extremo que pudo ser corroborado en esta Alzada en oportunidad de la audiencia que da cuenta el acta de fs. 45-.

El análisis, debe partir dejando sentado que se trata de una medida cautelar, una solución preventiva, provisoria y urgente que constituye un paliativo eficaz para morigerar los dañosos efectos del trascurso del tiempo durante el curso del proceso (cfme. Kessler, Luis "Medidas cautelares en la crisis conyugal" cit. por Guahnon, Silvia "Medidas cautelares en el derecho de familia" Ed. La Rocca, Bs. As. 2007 p. 149).

Frente a la conflictiva familiar, se torna necesario arbitrar medidas de protección hacia esa familia y remediar transitoriamente los conflictos originados en tal ámbito. Cuando los progenitores no pueden convenir acerca de tales extremos, es al órgano jurisdiccional a quien le corresponde intervenir para ordenar la situación en forma inmediata hasta que se resuelva definitivamente y por medio de la sentencia y en los procesos respectivos, pues la tramitación sea del proceso de divorcio y/o de atribución del cuidado personal del niño como consecuencia de la crisis familiar o conyugal, no puede aparejar un riesgo para la integridad física y psíquica de los integrantes del

núcleo familiar, mucho menos del niño involucrado, titular de un interés superior y principal sujeto de tutela preferente en estos actuados.

Sabido es que en esta materia, la actitud esperada del órgano jurisdiccional es de "protección y acompañamiento" que debe reflejarse en la tutela cautelar, que en el ámbito familiar tiene notas típicas y diversas (cfme. Berizonce, Roberto "La tipicidad del proceso de familia y su reflejo en la tutela cautelar y anticipatoria" Revista de Derecho Procesal "Medidas Cautelares" E. Rubinzal Culzoni 1 p. 154).

Por ello en las medidas cautelares que pueden solicitarse y proveerse, aun oficiosamente (conf. art. 105 a) Ley III-21 DJPCh) es suficiente la concurrencia de ciertas circunstancias denotativas del peligro o daño inminente de la persona (Berizonce, Roberto, op cit. p 160). Cuando la medida cautelar se solicita antes de la presentación de la demanda principal, como en el caso, se exige la demostración de la "urgencia" que justifica el pedido previo (cfme. Kielmanovich, Jorge L. "Derecho Procesal de Familia" Ed. Lexis Nexis, Bs.As. 2007 p. 201, en igual sentido: Guahnon, Silvia, op cit. p. 63).

En el caso, es cierto que la situación de extrema vulnerabilidad ha cesado por el momento, desde que, localizado el padre, el niño se encuentra bajo su cuidado personal exclusivo. No obstante, tal cesación está revestida de la inestabilidad y provisionalidad propia de las situaciones de hecho.

También lo es, que los términos de la

demanda permiten inferir claramente el peligro que se cierne sobre la situación de hecho planteada y la gravedad que acarrearía la presencia de la progenitora con ánimo de ejercer su responsabilidad parental sobre B.

El relato que efectuó advierte suficientemente sobre el maltrato al que fue sometido el niño por parte de su madre, exponiéndolo a situaciones de riesgo que alteran su normal desarrollo.

Y nótese que coherentemente, el actor, peticiona la prohibición de acercamiento y acceso a su domicilio.

Dentro de tales parámetros, la decisión en crisis debe ser modificada por varias razones.

Desde un punto de vista sustancial, resulta evidente que el peligro en la demora no está dado para paliar la situación en la que se encontraba Benjamín cuando su padre fue a buscarlo a Bariloche y que fue remediada en los hechos, sino que el extremo que se trata está dado por la posibilidad que su madre vuelva a someterlo a ese descuido, maltrato y peligro.

El propio bloque de constitucionalidad federal contiene pautas y disposiciones sustantivas en materia de cuidado personal (arts 17.4 de la CADH, 9.3, 18.1) cuya aplicación inmediata resulta desoída con el temperamento asumido.

Contrariamente a lo expuesto por la Sra. Jueza de Primera Instancia, entendemos que “el relato de los hechos invocados por el presentante” se presenta suficientemente ilustrativo de la posibilidad que B. pueda ser nuevamente expuesto a situaciones de

vulnerabilidad y riesgo por las conductas de su madre, si el padre, a cuyo cuidado personal se encuentra, no cuenta con una decisión jurisdiccional que avale y garantice la situación de hecho que por el momento, enerva la urgencia según la propia concepción de la sentenciante.

Por ello, frente a la petición concreta no es aceptable aplazar hasta la promoción del juicio correspondiente la acción tendiente a normalizar judicialmente una situación familiar desequilibrada. Y ello, sin efectuar detenimientos sobre el régimen de comunicación necesario a fin de mantener el vínculo con el progenitor no conviviente, en el caso la demandada.

Queda demostrada la improcedencia de la decisión de la a quo, pues bajo el pretexto de normas procesales, deja sin respuesta y vacío de protección, el interés superior del niño destinatario de las medidas que a título de provisorias se peticionaron.

Omitió la señora jueza, considerar que la decisión que en definitiva se tome al respecto (ejercicio de la responsabilidad parental y cuidado personal) deberá adoptarse en el juicio principal, que al efecto se deduzca cumplimentando con los trámites previstos en la normativa vigente.

Se trata de evitar mayores perjuicios, daños o peligros ya demostrados. No se requiere que los ya sufridos se profundicen, se concreten, permanezcan o se agraven. Por el contrario, en el caso se trata de "prevenir" daños irreversibles en el desarrollo biosicosocial de B.

Por ello no se advierte que habiendo

solicitado el cuidado exclusivo unipersonal de manera provisoria -que además lleva insita la fijación de un régimen de comunicación con el otro progenitor-, sea pertinente la exigencia de la demostración de una urgencia tal, que impida al magistrado, sustanciar la medida y oir al niño interesado.

Desde un análisis formal, tampoco resulta justificada la decisión en crisis, si se tiene en cuenta que no puede desconocerse la flexibilidad de las formas en los procesos de familia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido como directríz 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.

Tal como lo hemos señalado en otros antecedentes, no explicó la señora jueza cómo sortea la pauta directriz señalada, mientras transcurre la suerte de suspensión sobre el pronunciamiento provisorio solicitado hasta que se ocurra por la vía que indica (ver esta Sala S.I. 102/2009 Expte. N°211/2009 proveniente del Juzgado de Familia N°3 y S.I. N°46/2011 Expte.N° 37/2011 proveniente del Juzgado de Familia N°2).

El referido criterio sustentado por la Corte, imponía a la sentenciante adoptar un procedimiento que dé 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. Este criterio se encuentra receptado legislativa y doctrinariamente (ver ley 13.634 de la provincia de Bs. As. y art.5 inc.f de la ley 26589 de mediación obligatoria según el cual, las medidas cautelares se encuentran exentas de la mediación; en igual sentido 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).

Contaba la señora jueza, 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 Asesoría de Familia.

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 urgencia que advirtió y beneficiar así el derecho de defensa. Siempre claro está, para decidir provisoriamente y mientras dura la sustanciación del juicio principal que deberá iniciar el peticionante.

De haber dado intervención a la Señora Asesora, hubiera contado con mayores elementos para decidir en atención al informe que agregó en esta instancia sobre antecedentes referidos a una anterior intervención en el ámbito de su Ministerio.

En conclusión, frente a la petición concreta, hubo varias alternativas a seguir que fueron descartadas sin fundamentos valederos.

Todas estas razones cobran mayor importancia aun, si se advierte que se busca proteger derechos básicos y fundamentales como la preservación de su integridad psicofísica, vivir en un ámbito familiar adecuado, libre de violencia física y psíquica, de manera que el interés superior de B. está dado por garantizarle una estabilidad material y jurídica que le permita permanecer en la situación en la que hoy describe el actor, de respeto a su persona y su dignidad, asegurándole a él y a su padre, que no será arrancado nuevamente del lugar de su centro de vida y expuesto a situaciones como las descriptas y comprobadas por los Equipos de Emergencias, Técnico y de Guardia de las Instituciones de la ciudad de Bariloche.

En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y revocar el rechazo liminar dispuesto tal y como lo hemos decidido en otras ocasiones en que esta Alzada consideró apresurada la decisión del "rechazo in limine" de medidas cautelares peticionadas sin merituar alternativas fácticas y jurídicas posibles (esta Sala S.I. 12/2007; 171/2009; 68/2010; 107/2010 y 19/2012 entre otras).

IV.- En virtud de lo analizado, corresponde decretar como medida cautelar que el cuidado personal del niño B. A. L. L., estará a cargo de su padre, L. D. L. en forma exclusiva por el plazo de tres meses, sin que esta medida implique la prohibición de mantener un régimen de comunicación con

su madre bajo la modalidad que resulte aconsejable, previa intervención del ETI.

El peticionante deberá iniciar las acciones pertinentes a dirimir el fondo de la situación de hecho en la que se encuentra.

V.- 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 5 a 9, 13 y 46 de la ley arancelaria (t.o. por Ley 4.335) y teniendo en cuenta la pauta sentada en el art
2.

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. 34 y revocar el auto de fs. 32.

2) Admitir la medida cautelar peticionada y en consecuencia disponer que en forma provisoria y por el término de tres meses el niño B. A. L. L. permanecerá bajo el cuidado unilateral exclusivo de su padre Sr. L. D. L. en el domicilio de este último sito en calle C. Nro. *** del B. J. F. de esta ciudad.

3) Imponer a la Sra. P. M. L.G. la prohibición de acceso y acercamiento al domicilio del actor sito en calle C. N°*** del B. J.F. de esta ciudad.

4) En la instancia de grado y previa

intervención del ETI, deberá decidirse acerca del régimen de comunicación con la madre no conviviente.

5) Sin costas de esta instancia. Regúlense los honorarios profesionales a las Dras. L. N. P. y V. L. M. en la suma de diez (10) jus.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase. La presente Sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Juez de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y haber concordado en la solución del caso (cfme. ley V N°17 DJCh).

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2015 DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS