000474/2016

Comodoro Rivadavia, de noviembre de 2016.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados **"P. C., E. A. c/ S., A. J. s/ VIOLENCIA FAMILIAR"**, Expte. N° 474/2016, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia N° 2 (Expte. N° 532/2016).

I.- Las presentes actuaciones llegan a conocimiento y estudio de esta Sala por haber interpuesto la actora a fs. 74, recurso de apelación contra la providencia de fs. 69 que rechazó la medida de protección solicitada al inicio del proceso.

El memorial obra a fs. 77/84 y en el mismo solicita la revocación de la decisión y la restitución del niño a su progenitora, sin perjuicios de otras medidas de protección que se consideren pertinentes.

Sostiene que la situación planteada debe ser resuelta en el proceso más allá de las acciones de fondo que cada una de las partes pretendiera incoar. Afirma que no se respetó el art 706 del C.C.C. que recepta el principio de tutela judicial efectiva ni la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, toda vez que no se dio una respuesta rápida que contemple la situación del niño que fue alejado en forma repentina, arbitraria e injustificada de su progenitora y medio de vida; además de ser ella, víctima de violencia familiar generando desprotección y ausencia de respuesta oportuna. Señala que la providencia que se impugna no hace más que vulnerar sus derechos y la de su hijo, permitiendo que el denunciado continúe actuando de manera violenta, imponiendo su decisión

manipulando a sus hijos y a ella generando consecuencias graves emocionales en el grupo familiar. Expresa que la jueza podría haber dispuesto de oficio acciones tendientes a clarificar los hechos para contar con los elementos necesarios y brindar respuestas ajustadas a derecho, no siendo comprensible que solo imponga una solución de fondo, sin visibilizar la urgencia de la situación llevada a su conocimiento, posibilitando y perpetuando el ejercicio de violencia familiar por parte del Sr. S..

Remarca el rol del poder judicial en lo que atañe a la intolerancia de la violencia contra la mujer, la investigación y sanción penal, la rápida y eficaz respuesta jurisdiccional que proteja a la persona afectada de la comisión de nuevos hechos ilícitos.

Invoca leyes nacionales, provinciales y tratados internacionales en abono de su postura. Expresa que la jueza si bien supeditó el dictado de la restitución peticionada al resultado del informe del ETI, corriendo asimismo traslado de la petición a la contraria, omitió valorar las conclusiones realizadas por dichas profesionales incurriendo en una denegación arbitraria de justicia.

Agrega que la jueza omite explicar los motivos que la llevan a prescindir del informe elaborado por el ETI, y tampoco considera el informe pedagógico de fs. 68 que dan cuentan de la escolarización del niño, integración y desempeño del mismo durante el ciclo escolar el cual fue interrumpido por el violento traslado efectivizado del progenitor.

Concluye que la falta de decisión de la

jueza impacta en forma negativa en ella y su hijo quien por una maniobra unilateral e injustificada del progenitor vio afectado el desarrollo de sus actividades con el consecuente impacto que ello genera, aumentando la posición desventajosa y las posibilidad de futura vulneración de los derechos de la denunciante y su hijo. Hace reserva del caso federal.

Corrido traslado al demandado, los mismos son contestados a fs. 8690vta., a los cuales nos remitimos por razones de brevedad.

A fs. 94/95vta. la Sra. Asesora de Familia contesta la vista conferida, coincide y acompaña los fundamentos de los agravios, considera que debe revocarse la resolución de fs. 69 punto 1) y brindar una respuesta jurisdiccional a la solicitud de restitución.

II.- La ley provincial XV N° 12 en su art. 4 conceptualiza los distintos tipos de violencia (física, psicológica o emocional, económica y sexual) y establece que son sujetos pasivos tanto la mujer como niñas, niños y adolescentes.

La citada ley de violencia familiar que autoriza al juez de oficio o a pedido de las/los damnificadas/os a adoptar ante la sospecha de maltrato, evidencia psíquica o física que presente la víctima y la verosimilitud de la denuncia a adoptar diferentes medidas cautelares dentro de las cuales expresamente incluye la custodia o cuidado personal de los niños.

La aplicación de ésta normativa debe ser engarzada con la doctrina internacional de Derechos Humanos como lo prevé la Constitución y el Código Civil y Comercial (art. 2) y se ha reafirmado en reciente pronunciamiento el Superior Tribunal de Justicia: "…Por

otra parte, y aun cuando se aplicara la ley provincial que regula el procedimiento en casos de violencia familiar (Ley XV N° 12), como ocurrió en autos (fs. 49 vta./50), o se acudiera a las normas procesales de la ley 26.485, no resulta óbice para armonizar la interpretación de la situación planteada desde la óptica de las normas constitucionales y convencionales antes citadas. Es más, no se trata de una opción, es una obligación de los actores judiciales, y tal omisión no satisface la protección solicitada por las víctimas sino que a la postre, también, pone en riesgo la responsabilidad que el Estado Argentino asumió al suscribir los instrumentos internacionales ya referidos. (Sentencia 88/SRE/2016 del 21/10/2016)

Delineado el marco de actuación es dable señalar que el traslado de un niño es ilícito cuando se produjo en infracción a un derecho de custodia atribuido o ejercido efectivamente en ese momento.

Un traslado de estas características constituye el ejercicio de un acto de violencia.

Corroborando este criterio se ha sostenido que una forma de violencia es cualquier traslado o retención de un niño por parte de sus progenitores o de cualquier otro adulto violando el acuerdo de custodia (Cfme. UNICEF Innocenti digest "Niños y Violencia").

No desconocemos que el Tratado de Derechos Humanos se refiere a la retención ilícita de niños en el extranjero; sin perjuicio de lo cual sus conceptos son aplicables a los casos de retención ilícita interno.

La jurisprudencia tiene dicho: "que la

atención primordial al interés superior del niño a que alude el Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor" (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, autos: "R., J. M; y otros s/ protección de persona" 22/10/2010).

III.- Dentro de éste plexo conceptual básico analizaremos las constancias de autos.

Repárese que la Sra. P. C. decide radicarse este año en la ciudad de Mendoza con sus tres hijos, con el conocimiento del padre de los niños, toda vez que no solo estaba presente en la mudanza sino que además en su segundo viaje de visita a Mendoza, su hijo N. plantea el deseo de regresar a Rada Tilly con su padre, y tal decisión se materializó con el consentimiento de ambos progenitores.

La situación del niño E. es distinta porque al finalizar el período vacacional de julio no regresó a Mendoza, por decisión unilateral del progenitor.

Si bien la madre y el padre no han celebrado ningún convenio escrito respecto al cuidado personal de los niños han existido acuerdos tácitos al respecto.

El Equipo Técnico Interdisciplinario (fs. 78/80vta.), informa que entre las partes una asimetría, desequilibrio o disparidad de poder en la toma de decisiones respecto del lugar de residencia de la familia a lo largo de los años, actual residencia de los niños, usufructo de bienes en común. Refieren que

“Se evidencia en el Sr. S., una posición de mando, la tendencia a definir en forma unilateral la residencia de sus hijos, escasa empatía hacia el grupo familiar en conjunto por las vivencias de desarraigo, centrando la decisión de cada mudanza en las oportunidades económicas., desacreditación hacia la Sra. P. respecto de su rol materno, sin argumentos sólidos” (sic.)

Asimismo del informe pedagógico de la Dirección general de Escuelas –Jardín nucleado N° X-XXX “A.” G. C. –M., que data del 01 de agosto de 2016, surge que el niño concurría a ese establecimiento desde el inicio del ciclo lectivo (ver fs. 68).

La relación se ha caracterizado por la sucesión de episodios de violencia (ver fs. 69/73), conforme surge del relato de la actora, reconocido por el demandado aunque relatados desde una óptica distinta el acontecer de los hechos) y en virtud de la cual se decretan medidas urgentes de protección (prohibición de acceso y acercamiento y prohibición de comunicaciones telefónicas y/o electrónicas por dos meses (fs. 10/10vta.).

La Asesora de Familia también entiende que ante la gravedad de los extremos fácticos invocados por la denunciante, en cuanto que el progenitor trasladó al niño E. a la ciudad de Comodoro Rivadavia sin su consentimiento, por lo que la actora intentó buscar al niño y se produjo una situación violenta considerando que correspondía resolver no sólo la restitución requerida, sino también, ante la falta de acuerdo de los progenitores, con quien continuará viviendo el niño de manera provisoria hasta que se tramite la cuestión de

fondo que es el cuidado personal del niño (fs. 94/95vta.).

IV.- La jueza no ha resuelto el pedido de restitución del niño E. bajo el argumento de que no puede ser resuelta la cuestión en el acotado margen de la presente violencia familiar.

La endeblez de tal argumentación es palmaria conforme lo expuesto, puesto que aún en el acotado margen del proceso de violencia corresponde resolver la cuestión que el núcleo del conflicto requería como señala la Asesora de Familia al contestar la vista.

Así es imposible soslayar que E. vivía con su hermana y progenitora (quien ejercía el cuidado personal de ellos) en la ciudad de Godoy Cruz (Mendoza), hecho no desconocido y consentido por el Sr. S.. El niño concurría desde el inicio del ciclo escolar al Jardín de infantes en dicha ciudad conforme informe acompañado a fs. 68 y el progenitor en el mes de julio unilateralmente, sin comunicarlo a la progenitora muda el centro de vida del niño a la ciudad de Rada Tilly, sin tener en cuenta el impacto psíquico y vincular que ello ocasiona en un infante de cuatro años, además de exponer al niño a presenciar nuevos episodios violentos entre sus padres.

El traslado de los niños y ella a la provincia de Mendoza (donde vive su familia extensa) es por la persecución, amenazas, insultos y golpes desplegados por el demandado hacia su persona (fs. 70/73), poniendo a resguardo su vida y la integridad psíquica de sus hijos.

Por todo ello, corresponde la adopción

de la medida cautelar solicitada y se ordena la restitución inmediata del niño E. a su progenitora con quien convivirá provisoriamente, hasta que se tramite la cuestión de fondo; que deberá tramitarse teniendo en cuenta la residencia habitual del niño, su centro de vida (art. 716 C.C.C.).

A fin de cumplimentar lo ordenado, en la instancia de grado se realizará una audiencia con la intervención del Equipo Técnico Interdisciplinario y la Asesora de Familia a la que deberán concurrir los progenitores y el niño E.. Asimismo se establecerá en la instancia de grado un régimen de comunicación del progenitor con el niño.

V.- Las costas de ésta instancia se imponen al demandado vencido (art. 69 del C.Pr.).

Para la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta el resultado obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada, de conformidad a lo previsto en arts. 13 y 32 de la Ley XIII N° 4 modif. N° 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 apelación interpuesto por la actora a fs. 74, y revocar el punto 1) de la providencia de fs. 69.

2) Ordenar la restitución inmediata del niño E. F. S. a su progenitora la Sra. E. A. P. C. con quien convivirá provisoriamente, hasta que se tramite la cuestión de fondo. A cuyo fin, se realizará una

audiencia en la instancia de grado con la intervención del Equipo Técnico Interdisciplinario y la Asesora de Familia a la que deberán concurrir los progenitores y el niño E..

3) Establecer en la instancia de grado un régimen de comunicación del progenitor con el niño.

4) Costas de ésta instancia al demandado vencido.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia a las Dras. L. N. P. y M. E. L., conjuntamente, en la suma equivalente a CUATRO (4) JUS y a la Dra. E. M. R. G. en la suma equivalente a TRES (3) JUS.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara, Dr. Fernando Nahuelanca y por concordar en la solución del caso (Ley V N° 17 del DJPCh).

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2016

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS