000467/2017

Comodoro Rivadavia, de octubre de 2017.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"S., B. N. en autos caratulados: "M., N. A. y M., G. R. s/ Guarda Preadoptiva" Expte Nº 896/2016 s/ MEDIDA CAUTELAR" Expte. Nº 467/2017**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia Nº 1 (Expte. Nº 667/2017), por haber interpuesto la parte actora a fs. 17, recurso de apelación contra la resolución de fs. 13/15vta que no hizo lugar a la medida cautelar de no innovar requerida.

I.- De fs. 1/8 surge que la actora Sra. B. N. S. interpone medida cautelar de no innovar (conservativa) del estado de familia del niño L. G. I., en contra de los Sres. N. A. M. y G. R. M., a fin de que se ordene la suspensión de cualquier tipo de proceso judicial tendiente a ello y/o del juicio de adopción y/o el dictado de sentencia en relación a G., hasta tanto se resuelve la acción autónoma de nulidad en trámite por ante el Juzgado de Familia Nº 2 e incidente de nulidad en trámite por ante el Juzgado de Familia Nº 1, por los perjuicios que la declaración de adopción y/o sentencia de similar naturaleza pudiera causar en los derechos del niño en relación a su progenitora la Sra. S. y a ella misma.

Peticiona que dicte con carácter de cautelar una comunicación de manera inmediata al Sistema Federal de Comunicaciones Policiales,

requiriendo se prohíba la salida del país del niño.

Relata antecedentes respecto de la acción autónoma de nulidad instaurada de la sentencia que declaró el estado de adoptabilidad de G. y respecto de la nulidad en relación al proceso de guarda preadoptiva.

Expone sobre los requisitos de procedencia de la medida y que el derecho que se pretende asegurar es evitar un nuevo estado de familia en el niño L. G., es decir impedir que su estado actual de hijo por naturaleza de S. e I. mute por el de hijo adoptivo de M. y M., creando un nuevo estado familiar con todas las consecuencias que ello conllevaría mientras se encuentra pendiente de resolución la medida autónoma de nulidad por cosa juzgada írrita y el incidente nulidad. Funda la verosimilitud del derecho en su vínculo materno filial, que no puede ser supeditado que se lleve adelante un juicio de adopción que podría extinguirlo el jurídico. El peligro en la demora en cuanto se pretende resguardar y tutelar a través de la medida el interés superior del niño y la salvaguarda de su derecho a la identidad, integridad y mantenimiento de lazos familiares, convivencia familiar y a conocer sus orígenes, evitando una mutación en su estado de familia que le permita a su madre mantener sus derechos en relación al niño. Considera que la inminencia del inicio del proceso de adopción y posterior provocará un nuevo estado de familia que luego podrán verse revertidos con consecuencias nefastas y en caso de

sentencia favorable en la acción autónoma de nulidad, un nuevo desplazamiento del estado de familia, en el peor de los casos hace inocua la sentencia e impediría que G. regrese con su madre por la consolidación de un status. Con la medida se pretende preservar el estado de familia actual de G., mantenerlo

inalterable ante el inminente planteo de adopción de los Sres. M. y M.. Ofrece prueba, funda en derecho. Peticiona se despache la medida conforme lo peticionado.

A fs. 10/12vta., contesta vista la Sra. Asesora de Familia. Relata antecedentes de los procesos judiciales. Entiende que la medida cautelar de no innovar el estado de familia del niño L. G. I. implicaría una grave afectación a la tutela judicial expedita y efectiva, a la garantía de plazo razonable y al derecho a la inserción familiar oportuna

del niño.

A fs. 13/15vta. la Sra. Jueza de grado resuelve no hacer lugar a la medida peticionada. Dice que en el caso de autos no se vislumbra ninguno de los caracteres tipificantes de una medida cautelar, pues no existe proceso judicial principal en virtud del cual la actora pueda invocar verosimilitud de su derecho. En el expediente de guarda preadoptiva se otorgó la guarda con fines de adopción del niño y se rechazó la petición de S. de ser parte de dicho proceso, por lo que no se acredita la verosimilitud del derecho a fin de hacer viable la medida peticionada teniendo en cuenta el carácter esencialmente dinámico de la persona y sus relaciones familiares. Considera que no se dan los

requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora que alega la accionante y no resulta éste el remedio legal adecuado a los fines de atacar las sentencias dictadas en los Exptes. 641/2014 y 896/2016.

A fs. 17 la accionante interpone recurso de apelación contra dicha resolución. En su memorial de fs 20/30vta, luego de transcribir la decisión impugnada precisa como primer agravio que el yerro de la sentenciante deriva cuando sostiene que ninguno de los caracteres tipificantes se vislumbra y en relación al peligro en la demora, afirma que existen acciones principales e inclusive incidentales de las que surge la verosimilitud del derecho invocada y además, los actos no se encuentran firmes ya que han sido todos cuestionados con diversos andamiajes procesales.

Expone que se trata de una medida cautelar de no innovar en materia de derechos de familia. El estudio que se haga de los requisitos debe estar privativamente vinculado a esa naturaleza especial (niño-derecho-estado de familia) ante el posible cambio del estado de familia de G., cambio filial que se pretende impedir. Se trata de no modificarle a G. derechos vinculados a la identidad y familia.

Dice que yerra la a qua cuando valora respecto de la instrumentalidad de la medida cautelar, pues la misma carece de un fin en sí misma y se encuentra subordinada y orientada funcionalmente a un proceso principal, que es la nulidad impetrada en contra de la guarda preadoptiva. Además es provisoria porque de atenderse habrá de subsistir hasta que se dicte la sentencia definitiva en los reclamos nulificantes.

Afirma que la medida cautelar de no innovar en ningún momento pretendió atacar las sentencias dictadas en los expedientes 641/14 y 896/16, sino erigirse como cautelar de incidente de nulidad de la guarda preadoptiva a los fines de evitar la frustración de los derechos que pudieran conseguirse en ella de iniciarse un juicio de adopción.

El cumplimiento del requisito de verosimilitud del derecho. Dice que la magistrada no logra valorar las acciones judiciales impetradas, como si de ellas no pudieran derivarse graves consecuencias para los derechos de G. y su madre. Existe una acción principal que es la medida de protección que se encuentra cuestionada por una acción de nulidad, en la que se dictó una sentencia de adoptabilidad que no se encuentra firme. También se cuestionó el procedimiento de guarda preadoptiva, por lo que se demuestra la verosimilitud del derecho de la Sra. S..

Entiende que la verosimilitud del derecho existe porque hay una probabilidad de que se le reconozcan los derechos en los que se fundan sus pretensiones.

El cumplimiento del requisito de peligro en la demora. Existe claro riesgo de que se avance en mutar una situación de identidad de G., en su estado de familia que ocasionará la desintegración familiar. La gravedad de que se avance con el juicio de adopción conlleva el riesgo de no poder hacerse efectiva la sentencia de nulidad con la imposibilidad de recuperar a su hijo y acarrea la nulidad de la adopción, con los

daños que generará a G., pérdida e irreparabilidad de sus lazos familiares, de conocer sus orígenes, de saber quiénes son sus padres hasta que tenga edad para ello, de mantener un vínculo sano con su madre o en el mejor de los casos de volver a vivir con su mamá.

Como segundo agravio expone sobre la falta de logicidad, de contradicción y de balancing entre los requisitos. Entiende que se parte de una premisa de criterio amplio de admisibilidad de medida cautelar, que abandona al momento de emitir su decisión, cuando expresa que no están cumplidos los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, soslayando para su determinación extremos procesales como un incidente de nulidad que dejó de tener en cuenta y considerar y que la hubieran llevado a una conclusión diferente de la dictaminada. El análisis debió atender los derechos sobre los cuales se está litigando, más aún sobre los que se ha de litigar. Ambos requisitos están cumplidos y sobre todo probado el peligro que para el resultado del proceso de nulidad significaría la modificación de la situación de hecho o de derecho existente al tiempo de requerirse la medida analizada.

Concluye que la jueza llegó a una solución dotada únicamente de valor pragmático y por ello, inadecuada para sustentar la decisión concreta de la cautela pedida. Se aparta de las constancias que menciona, realiza afirmaciones dogmáticas que no se sustentan en hecho alguno, basadas únicamente en la

voluntad de la juzgadora. Peticiona se revoque el fallo en crisis y haga lugar a la medida cautelar incoada en los términos en que fuera planteada. Formula reserva del Caso Federal.

III.- Reseñados así los antecedentes de la causa, cabe precisar que la medida cautelar de no innovar solicitada por la actora, se funda en la conservación del estado de familia del niño L. G., por los perjuicios que la declaración de adopción y/o sentencia de similar naturaleza pudiera causar en los derechos del mismo en relación a su progenitora, por lo peticiona se ordene la suspensión de cualquier tipo de proceso judicial tendiente a ello.

Funda su derecho en haber iniciado una acción autónoma de nulidad por cosa juzgada írrita contra la sentencia que declara el estado de adoptabilidad del niño e incidente de nulidad contra el proceso de guarda preadoptiva, que conlleva la extinción de su vínculo materno filial con su hijo y que traería consecuencias nefastas ante una eventual sentencia favorable.

Según ha dicho la doctrina, la pretensión autónoma de nulidad incoada por la recurrente dio lugar a un proceso declarativo que, seguramente, no será breve y demandará un tiempo importante de sustanciación. Mientras tanto, la sentencia impugnada goza de buena salud, está firme y presta para la *executio* (Peyrano: La impugnación de la sentencia firme T 1 p.365, Rubinzal Culzoni 2006).

Sabido es, que para la procedencia de la

medida cautelar de no innovar, al igual que las restantes medidas cautelares dispuestas en el código de rito, es necesario acreditar la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Así, conforme jurisprudencia y doctrina mayoritaria a la que ha adherido esta Sala, la prohibición de innovar debe ser aplicada con criterio restrictivo, o sea siempre y cuando la cautela no pudiera obtenerse por medio de otra medida precautoria.

En este orden de ideas, de acuerdo a lo analizado, se advierte la existencia de elementos que tornan la versión de la actora lo suficientemente verosímil como para justificar el dictado de la medida pedida. En efecto, la suspensión resulta necesaria para que la decisión del proceso autónomo sea eficaz y efectiva.

"Si bien es preciso reconocer que es de la esencia de las medidas precautorias de orden excepcional enfocar sus proyecciones –en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, este Tribunal ha tenido oportunidad de indicar que para que sean receptadas deben estar enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva" (Fallos: 320:1633 en "Chiodi Carlos s/ acción de amparo CSJN 16/11/2004), y ese presupuesto puede llegar a configurarse en un tema tan delicado como el estado de familia de un niño.

La Corte Nacional, aunque haciendo un uso anómalo de la cautelar innovativa, ha convalidado los despachos anticipatorios y sostuvo como doctrina que "la

medida cautelar innovativa puede anticipar y proyectarse sobre el fondo de la controversia sin que implique prejuzgamiento, enderezándose a impedir perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado". De allí en más, no podrán negársele a la medida innovativa (cautelar o anticipatoria) los frutos y virtudes de su despacho (Peyrano: op. cit. P.375).

En base a estos argumentos corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 17 y revocar la resolución de fs. 13/15vta., ordenando disponer como medida cautelar de no innovar la suspensión de los procesos que tiendan a modificar el estado de familia de L. G. I., hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la acción autónoma de nulidad interpuesta.

IV.- Costas de la Alzada por su orden (art. 69 del CPCCCh). Los honorarios profesionales se fijarán teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, el mérito de la labor desarrollada, éxito obtenido, de conformidad a las pautas y porcentuales establecidos en los arts. 5, 6, 13, 26 y 46 de la Ley XIII N° 4 modif. N° 15).

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) Hacer lugar al recurso de apelación

interpuesto a fs. 17, conforme los considerandos respectivos, y en consecuencia revocar la resolución de fs. 13/15vta.

2) Ordenar que en la instancia de grado se disponga como medida cautelar de no innovar la suspensión de los procesos que tiendan a modificar el estado de familia de L. G. I., hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la acción autónoma de nulidad interpuesta.

3) Imponer las costas de esta instancia por su orden conforme considerando respectivo (art. 69 del CPr.). Regular los honorarios a favor de la Dra. M. A. C., en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de los que le corresponda por su actuación en la instancia de grado, con más la alícuota del IVA si correspondiere.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.La presente se firma por dos vocales de Cámara en razón de encontrarse en uso de licencia la Sra. Jueza de Cámara, Dra. María Fernanda Zanatta y concordar en la solución del caso (Ley V-N°17).

GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO **RICARDO RUBEN ENRIQUE HAYES**
JUEZA DE CAMARA **PRESIDENTE**

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2017
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS

MARIA MAGDALENA CONSTANZO
SECRETARIA DE

CAMARA