Comodoro Rivadavia, de noviembre de 2017

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"B. J. O. y A. C. S. c/E. C. D. s/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA", Expte. N° 599/2017,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia Nro. 3 (Expte. N° 1058/2017) por haber interpuesto la actora a fs.86, recurso de apelación contra la resolución de fs.83/85 que rechaza la medida requerida.

I.- La recurrente en su memoria de fs. 88/91 sostiene que la decisión no resulta derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias de la causa. Critica el rechazo in limine de la medida. Destaca la falta de respuesta del ente administrativo a la interpelación realizada. Sostiene los fundamentos de las inasistencias de E. a los entrenamientos fijados. Afirma que la prohibición a que participe en la competencia de los XXVI Juegos de la Araucanía es ilegal y arbitraria. Alega que se prioriza el derecho de otros niños en desmedro de los de su hija. Sostiene que su parte no desconoce la importancia y finalidad de los entrenamientos pero que la destacada trayectoria de su hija demuestra que no eran necesarias las lecciones que se podrían impartir en ellos y que, fueron suplidas por el entrenamiento dado por el progenitor. Manifiesta que se restringe el derecho de su hija al deporte y de participar en la competencia. Solicita se revoque la decisión y se ordene la medida autosatisfactiva requerida.

II.- De las constancias del expediente surge que a fs. 76/80, J. O. B. y C. S. A., progenitores de la joven E. B., promueven medida autosatisfactiva contra el E. C. D., a fin que se disponga la

participación de la joven en los “XXVI JUEGOS DE LA ARAUCANÍA” que se llevan a cabo los días 4 al 11 de noviembre de 2017.

Señalan que el 31 de octubre de 2017 presentaron una nota ante el E. C. D. requiriendo que se expida con relación a la participación de E. en dicha competencia deportiva.

Argumentan que su hija participa del selectivo de judo para los juegos de la Araucanía en la categoría 70/78 kg y adjuntan copia del ejemplar del diario E. como prueba.

Denuncian que el entrenador, Sr. H. A. les comunicó verbalmente que su hija E. no participaría de la competencia por no haber concurrido a los entrenamientos.

Alegan que esto no es así porque E. entrenó con su padre, profesor de ese deporte, por razones de seguridad que le impedían concurrir a los entrenamientos fijados, motivos que eran conocidos por el entrenador.

Destacan la trayectoria y desempeño en este deporte de su hija que le habilitan a participar de la competencia.

Señalan que la falta de respuesta de la Administración demuestra la negativa a que su hija participe de la competencia, accionar que sostienen es ilegal y arbitrario.

Fundan su petición en el art. 16 de la CN y la Convención sobre los Derechos del Niño.

A fs. 82/82 vta., contesta la vista conferida la Sra. Asesora de Familia que dictamina contra la petición por los fundamentos que expone.

A fs. 83/85, la magistrada dicta la resolución recurrida que rechaza la medida autosatisfactiva.

Elevada la causa, este Tribunal fija audiencia a los fines de tomar contacto con la joven, la que se realiza a fs. 100 y, en la que la adolescente es oída y ratifica la pretensión exteriorizada por sus representantes legales.

III.- Estas medidas autosatisfactivas, a diferencia de las cautelares, no son instrumentales sino autónomas, no son provisionales sino definitivas, no necesariamente deben disponerse inaudita parte, el grado de conocimiento que se requiere para despacharlas consiste en que exista casi certeza del derecho; es decir, fuerte probabilidad o interés tutelable cierto y manifiesto. En cuanto el requisito de "peligro en la demora", aumenta y se traduce en que la tutela inmediata sea imprescindible, frustrándose en caso contrario el derecho invocado, y que pueden ordenarse previa contracautela o prescindir de ella, según el caso (STJCH. Leuful Víctor c/ Provincia del Chubut s/ Medida Autosatisfactiva". 01-07-2002).

El carácter definitivo de estas medidas autosatisfactivas, constituyen en la práctica una tutela anticipada, por lo que la fuerza de la probabilidad del derecho invocado y peligro en la demora debe ser de tal entidad que justifique la misma, siendo su implementación excepcional e interpretación de carácter restrictivo.

Sobretodo teniendo en cuenta que con la misma se satisface el objeto de la pretensión sustancial no siendo necesaria la tramitación de un proceso

posterior o la culminación de un proceso en trámite, contemporáneo.

En cuanto al primer requisito, es exigencia ineludible para admitir la pertinencia del pedido, la comprobación de su manifiesta arbitrariedad o ilegitimidad, determinante de la verosimilitud del derecho.

Ahora bien, cuando la tutela judicial solicitada tiene un carácter positivo, tendiente a que la Administración observe una conducta activa y realice una obligación de hacer como en el presente, solo podría disponerse cuando el acto debido por la Administración corresponda al ejercicio de facultades regladas (STJCH. "D.V.SRL c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia y otro s/ Medida autosatisfactiva" 22-4-2005. Rubinzal Online RC J 3595/2007).

La elección de los deportistas integrantes de la selección de Chubut en los juegos de la Araucanía, corresponde al cuerpo técnico designado, esta es una facultad sujeta al obrar discrecional de la administración, forma parte de la zona de reserva de la actuación del propio órgano administrativo por lo que no corresponde que el poder judicial sustituya estas las decisiones.

Más aún, la exclusión se fundó en la falta de concurrencia a los entrenamientos. La recurrente no desconoce ese extremo y lo justifica en razones de seguridad que impedían su traslado a los lugares designados al efecto exponiendo que entrenó con su padre, profesor de judo.

La conducta señalada evidencia el incumplimiento de requisitos impuestos por la normativa aplicable, por ejemplo, la obligación de concentrar de

las selecciones de cada disciplina deportiva desde enero a diciembre de 2017, dispuesta para participar de esta competencia (Resolución N° 97/2017, del Ministerio de Educación. B.O 17/7/2017).

Conforme lo establece la norma, esta tarea consiste en los trabajos previos que realizan durante el año las respectivas selecciones conformadas por deportistas y cuerpos técnicos, de los diferentes deportes como preparativo para las competencias, ya sean de nivel regional o nacional.

Esto evidencia que, E. para poder participar de la competencia debía concurrir a los entrenamientos fijados por el cuerpo técnico, por ser estos fundamentales en la planificación y preparación de las selecciones provinciales para el logro de resultados positivos en los torneos que participen, siendo esta la finalidad perseguida por la norma citada (Resolución n° 97/2017).

El déficit señalado enerva la verosimilitud del derecho invocado, sobretodo, teniendo en cuenta que como se dijo la selección de los deportistas es una facultad discrecional del cuerpo técnico.

La ilegalidad y arbitrariedad de la administración no surge manifiesta, este extremo no ha sido acreditado por la recurrente.

La vulneración del derecho al deporte de la joven E. tampoco se ha acreditado, la circunstancia que no pueda participar en esta competencia deportiva en particular por las razones expuestas precedentemente, no significa que se limite su derecho a participar en el deporte de su preferencia dado que los derechos no son absolutos y se ejercen conforme las normas que reglan su ejercicio no surgiendo de autos su violación.

Repárase que la medida solicitada podría afectar derechos de terceros que no integran la litis, requiriendo la necesidad de mayor debate y prueba que excede el estrecho margen de estudio del presente.

La falta de acreditación del requisito de verosimilitud del derecho impide el otorgamiento de la medida requerida y evidencia la innecesariedad de expedirse sobre el peligro en la demora, sin perjuicio que es clara la premura en dictar un pronunciamiento teniendo en cuenta la fecha denunciada de la competencia.

Por los fundamentos expuestos, corresponde rechazar el recurso y confirmar la resolución de grado de fs.83/85.

IV.- Se advierte que en la instancia de grado no se cumplieron las disposiciones de los arts. 12 de la C.D.N y art. 707 CCC y Ley III 21, en virtud que no se tuvo contacto personal con la joven involucrada, por lo que corresponde exhortar a la magistrada de grado que en lo sucesivo cumpla con el mandato legal que asegura el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y a tener en cuenta su opinión en todos los procesos que los afectan directamente, en consonancia con las normas internacionales citadas.

V.- Las costas de segunda instancia se imponen a la recurrente vencida (arts. 69 y 70 CPr).

Los horarios se regulan teniendo en cuenta la naturaleza del presente, etapas cumplidas, labor realizada y éxito obtenido y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados (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 de Comodoro

Rivadavia

R E S U E L V E :

1°) Rechazar el recurso de apelación de la actora de fs.86 y confirmar la resolución de fs.83/85.

2°) Las costas de segunda instancia se imponen a la actora vencida.

3°) Regular los honorarios de esta instancia del Dr. I. F. C. en el 25% de los fijados en la primera instancia.

4°) Tener presente la exhortación realizada en los considerandos pertinentes.

5°) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

Silvia Noemí ALONSO **Julio Antonio ALEXANDRE**

JUEZA de CAMARA **PRESIDENTE**

Fernando NAHUELANCA

JUEZ de CAMARA

REGISTRADA BAJO EL Nro. DEL AÑO 2017

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS