

NEUQUEN, 11 de Junio del año 2015.-

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"R. Q. A. B. C/ F. M. M. S/TENENCIA"**, (Expte. **EXP N° 66359/2014**), venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA Nro. 4 a esta Sala II integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela **ROSALES** y, de acuerdo con el orden de votación sorteado, la Dra. Patricia **CLERICI** dijo:

I.- La Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente plantea recurso de apelación contra la sentencia homologatoria de fs. 22.

a) La recurrente se agravia porque no se ha ordenado en autos la intervención de la Defensoría del Niño conforme lo establece el art. 59 del Código Civil, con carácter previo a resolver cuestiones relativas a los hijos menores de las partes. Solicita que, por ello, se declare la nulidad de lo actuado.

Luego, señala que el acuerdo homologado no satisface el interés superior de los niños involucrados, ya que surge de la certificación de fs. 10 que tramitan por ante el mismo juzgado actuante un trámite de protección de derechos de los menores referidos, que comprende también a dos hermanas mayores que ellos, y otro trámite por violencia familiar, ambas intervenciones iniciadas

por la grave violencia ejercida sobre todo el grupo familiar por parte del aquí actor.

Pone de manifiesto la gravedad de la situación familiar que padecían los integrantes de la familia por la violencia ejercida por el señor R. Q.. Destaca que primeramente se dispuso la internación provisoria en un hogar dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la hija adolescente de la señora F., y luego la exclusión del hogar del señor R. Q..

Sostiene que es inentendible e inadmisibile que en contraposición a lo dispuesto en aquellas otras actuaciones, se haga lugar a la presentación efectuada por ser derechos disponibles por las partes, sin tener en cuenta los antecedentes del grupo familiar, que han requerido y requieren intervención jurisdiccional.

Entiende que el acuerdo arribado es una muestra más de la transgresión de la ley por parte del señor R. Q., y fruto de las amenazas y presión que ejerce sobre la señora F..

b) Las partes no contestan el traslado de la expresión de agravios.

II.- Asiste razón a la apelante respecto a que no se le ha dado intervención en autos antes de homologar el acuerdo presentado por las partes.

Consecuentemente, y conforme lo ya decidido en reiteradas oportunidades por el Tribunal Superior de Justicia, en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde decretar la nulidad de todo lo

actuado sin la intervención obligada del órgano que ejerce el Ministerio Pupilar. Cabe recordar lo dicho por el Tribunal Superior de Justicia provincial en autos "Fuentes c/ Salazar" (R.I. n° 153/2010 del registro de la Secretaría Civil): "Este Tribunal reiteradamente ha establecido que en nuestro sistema jurídico la persona menor de edad cuenta con una representación compleja, integrada por su representante necesario y por el Defensor de los Derechos del Niño y el Adolescente, coadyuvando a una adecuada tutela de sus intereses, en un sistema de representación que atiende a las particulares circunstancias en que se encuentra el menor que no puede peticionar por sí, frente a los actos del proceso.

"La mentada intervención se ejerce en forma colectiva o conjunta por un organismo estatal de protección de los incapaces, cuya participación es primordialmente de naturaleza representativa y de carácter necesario, conforme lo determinan los Arts. 59 y 494 del Código Civil.

"Es decir, dicho Ministerio actúa como órgano de la jurisdicción judicial. Y por ello, encarna la voluntad de la ley de deparar a los incapaces una asistencia controlada por el poder público. Su intervención procesal constituye un presupuesto ineludible, ante la presencia de un interés del menor, el cual aparece directamente en las pretensiones ejercidas o puede encontrarse subyacente en la litis o cuestión planteada. (Cfr. R.I. nros. 123/03, 60/06, 190/07 y Acs. Nros. 21/98,

3/01, entre otros, del Registro de esta Secretaría Civil).

"La supresión de esta función desde el inicio de las actuaciones o una participación procesal insuficiente o extemporánea comporta una violación al régimen de representación legal establecido por los Arts. 59 del C.C. y 49 de la Ley provincial nro. 2.302. Y al propio tiempo, determina una vulneración del sistema protectorio ideado por el Codificador, en el cual la representación mencionada constituye sólo una de sus manifestaciones. Simultáneamente se lesionan las garantías de defensa en juicio y debido proceso, arraigadas tanto en la Constitución Nacional como en la Provincial (Cfr. Ac. 5/08 del cit. registro).

"De ello deriva que, al ser el Defensor del Niño parte legítima y esencial en todo proceso judicial en que intervenga un incapaz (cfr. C.S.J.N. P. 2501. XXXVIII; Pastrana, María Cristina y otros s/Municipalidad de Coronel Pringles s/ recurso de hecho"; 17/10/2007, T. 330, P. 4498), los magistrados deben controlar -aun de oficio- su debida intervención desde la instancia inicial -a partir del traslado de demandada, si fuera necesario- y no como ha ocurrido en autos, cuando ya se habían cumplido actos procesales importantes en el juicio, a saber: contestaciones de demanda y el traslado del acuse de caducidad de instancia deducido por la citada en garantía, con la consiguiente réplica de la parte actora.

"Es que los Sres. jueces deben poner en conocimiento de la Defensoría del Niño la

iniciación de las causas y conferirle vista de todas las presentaciones, solicitudes o hechos que exijan tomar medidas que innoven en la situación de los tutelados, extremo que, en la especie, como se explicitó supra, fue ignorado.

"Cuadra destacar: "El debido proceso legal de menores y las normas que así lo garantizan, no resultan ser de aplicación discrecional sino obligatoria para los magistrados, y su ineludible observancia lo es con independencia de lo que pueda eventualmente considerarse como beneficioso para el menor" (Cfr. Lexis N° 70004228, Sup. Corte Bs. As. Dictamen de la Procuración General, Fecha: 26/10/1999, Partes: C., M. A.)".

Y esta vulneración de los derechos de los niños de autos se hace más evidente a poco que se advierta el perjuicio que se deriva para los mismos de la sentencia homologatoria, en atención a los antecedentes de los que da cuenta documentadamente la apelante, y que no eran desconocidos por el juzgado a tenor de la certificación actuarial de fs. 10.

No obstante ello, si se entendiera que la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente ha podido intervenir oportunamente al impugnar el acuerdo al que arribaran las partes de autos mediante el presente recurso de apelación, de todos modos la resolución recurrida debe ser revocada.

Surge de las constancias acompañadas por la recurrente la existencia de una conflictividad intrafamiliar grave que está

originada en la violencia física y psíquica ejercida por el actor de autos respecto de su pareja, de los hijos de ésta y de los hijos comunes. De ello se sigue que lo acordado por los progenitores de ningún modo satisface el interés superior de las personas menores comprometidas en él, toda vez que, dados los antecedentes judiciales del grupo familiar, resulta necesario evaluar si el acuerdo logrado es fruto de la libre decisión de los otorgantes, si las partes han superado la problemática de la violencia doméstica y si la tenencia asignada al progenitor pone en riesgo la integridad psicofísica de los niños.

En principio son los padres quienes en mejores condiciones se encuentran para decidir sobre el bienestar de su prole y asiste razón, entonces, a la a quo respecto a que si ellos deciden que los hijos menores de edad convivan con uno de los progenitores debe respetarse dicha decisión. Pero en autos existe un factor distorsionante de esta regla general y es la situación de violencia familiar comprobada.

Adviértase que con fecha 25 de junio de 2013, se ha dispuesto la exclusión del hogar del señor R. con prohibición de acercamiento a menos de 200 metros de la vivienda, y con reintegro a la misma de la señora F. y sus hijos, más una consigna policial por el término de diez días, seguido de rondines por treinta días (fs. 25/26). Luego, con fecha 3 de julio de 2014 se reitera la orden de exclusión del hogar del aquí actor ante la reiteración de los hechos de violencia, también con

consigna policial seguida de rondines, derivando a la señora F. a patrocinio letrado en forma urgente "dada la extrema gravedad de la situación" planteada (fs. 27/vta.).

Por su parte de los informes de fs. 28/34 vta. surge que los niños han manifestado que su papá les pega con varillas, con un trozo de manguera e incluso con el cinto, y que a la madre la agrede con los mismos elementos, como así también que cuando se va de la casa deja la comida bajo llave, enrostrándoles que comen mucho; en tanto que la señora F. ha pasado de atribuir responsabilidad a sus hijos por la conducta de su pareja, a explicitar la situación de violencia que viven ella y sus hijos.

Estos antecedentes determinan que, como lo dije, no pueda aceptarse sin más el acuerdo presentado por los progenitores que atribuye la tenencia de los hijos comunes de la pareja al padre, ya que razonablemente puede entenderse que no es consecuencia de una determinación libre de la madre y no aparece como conveniente al interés de los niños.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva n°17, referida a los derechos y libertades de la persona humana destaca que entres estos valores fundamentales "figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice

el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado". Es que, como lo pone de manifiesto Graciela Dora Jofré ("Los niños y la justicia ex corde", LL on line AR/DOC/1371/2012), "un niño es el ser más indefenso, no sólo por su fragilidad física, sino más aún por su disposición amorosa, su confianza expandida frente al adulto que lo cuida. El niño carece de todo recaudo de defensa física o emocional frente a los que sus padres dicen o hacen con él. Y esa disponibilidad y confianza cuando es avasallada por el adulto a quién se entrega, produce en él daños inexorables. El niño no puede defenderse y frente al maltrato -como expresa Alicia Miller...- le están vedadas todas las vías que la naturaleza ofrece para proteger la integridad humana".

Es por ello que, teniendo en cuenta los antecedentes del grupo familiar de autos, y la vulnerabilidad propia de la edad biológica de los niños involucrados no puede aceptarse el acuerdo presentado por los progenitores respecto de su tenencia, sin antes citar a la señora Flores a ratificar su contenido personalmente ante la magistrada de grado, y averiguar si se ha superado la situación de violencia que motivó la intervención del Poder Judicial.

De lo dicho se sigue, entonces, que la sentencia homologatoria ha de ser dejada sin efecto.

III.- Por tanto, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación planteado por la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente y revocar el resolutorio apelado, dejando sin efecto

la homologación del acuerdo presentado por las partes.

Para el supuesto que lo acordado por las partes se haya ya ejecutoriado, se intima al actor a proceder al reintegro de los niños A. E., E. N. y E. A., todos de apellido R. F. a la progenitora, dentro de las 24 horas de notificado, bajo apercibimiento de incurrir en incumplimiento a una orden judicial y efectivizar la misma con el auxilio de la fuerza pública.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II.**

RESUELVE:

I.- Revocar el resolutorio de fs. 22, dejando sin efecto la homologación del acuerdo presentado por las partes.-

II.- Para el supuesto que lo acordado por las partes se haya ya ejecutoriado, se intima al actor a proceder al reintegro de los niños A. E., E. N. y E. A., todos de apellido R. F. a la progenitora, dentro de las 24 horas de notificado, bajo apercibimiento de incurrir en incumplimiento a una orden judicial y efectivizar la misma con el auxilio de la fuerza pública.-

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.-

Federico Gigena Basombrío
Clerici

JUEZ

Dra. Patricia M.

JUEZ

Micaela S. Rosales

SECRETARIA