Esquel, 16 de abril de 2008.-

------VISTO:----------
------Los recursos de apelación interpuestos: I) a fs. 429 y 513, por el Sr. A. F. M. y por la Sra. H. H. contra la Sentencia N° 505 de fecha 21 de diciembre de 2007 (fs. 411/419 vta.); y a fs. 450, por el Sr. M. contra la providencia de fs. 435; y II) a fs. 428, por la Sra. Asesora de Familia e Incapaces contra la Sentencia N° 505 de fecha 21 de diciembre de 2007 (fs. 411/419 vta.); y--------

------CONSIDERANDO:----------
------I) A los recursos de los Sres. A. F. M. y H. H.-------
------1. Que, como reiteradamente lo tiene resuelto esta Alzada, liminarmente corresponde el análisis de admisibilidad del recurso intentado. Es que «el juez del recurso es en definitiva el tribunal de apelación; es la cámara quien decide si fue bien o mal concedido. En ello está comprometido el orden público procesal, y toda vez que la cuestión se refiere a la jurisdicción y competencia funcional, el orden de las apelaciones corresponde al sistema de la ley. Como lo enseñaba COUTURE, la pluralidad de instancias podría desnaturalizarse si se subordina a la voluntad del primer juez la admisibilidad de los recursos o la forma y efectos de concederlos. SATTA añade que el 'juez difícilmente estaría dispuesto a reconocer el propio error (y ni siquiera es oportuno ponerlo en condiciones de deberlo reconocer)'» (ACOSTA, José V., Procedimiento civil y comercial en segunda instancia, t. I, p. 173, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1981). Observan MORELLO - SOSA - BERIZONCE que esta doctrina legal ha sido sostenida «monocordemente» por la Suprema Corte de Buenos Aires (cfr. Códigos procesales..., t. III, p. 392 y ss., Bs. As., 1993). También la Suprema Corte de Mendoza, al igual que casi todos los tribunales nacionales y provinciales, ha dicho: «La Cámara goza de potestad para efectuar, aún de oficio, un nuevo juicio de admisibilidad del recurso de apelación deducido, sin estar obligado por la voluntad de las partes, ni por la concesión efectuada por el juez de primer grado» (SCMendoza, 17/06/99, Olcese, Raúl A. y otros c. Banco Central, LL Gran Cuyo, 1999-745). Como no podía ser de otra manera, es el criterio unánime de las Cámaras de Apelaciones de esta provincia (entre otros precedentes: CAN1, TW, 12/5/93, 000L 000029; CAS1, CR, 15/2/95, 000C 000028; CAS2, CR, 2/6/00, 000C 000057) y el sustentado por este Tribunal (entre otras, Sentencia N° 27, 23/4/03, BESTENE, Jorge Aidar y COMUNA RURAL DE CERRO CENTINELA s/ Homologación de Convenio, Expte. N° 48/03 CANO).----------
------2. Que, al haber pasado en autoridad de cosa juzgada la SDC N° 48/06 CANO (fs. 227/236 vta.), los Sres. A. F. M. y H. H. han perdido legitimación en la presente causa, como consecuencia de haber sido privados de la patria potestad sobre sus hijos M. E. M. y A. A. M. (arts. 264 y 307, inc. 3, del Código Civil), sin perjuicio del derecho que les asiste de conformidad con el art. 308 del Código Civil.----------
------Es que, como bien lo destaca MAZZINGHI: «La consecuencia de perder la patria potestad para el progenitor que no tiene su ejercicio se reflejará en que, sancionado, no será consultado en ninguno de los casos del art. 264 quater, en que la ley prevé su consentimiento expreso. Si quien pierde tenía a su cargo el ejercicio, perderá ambas cosas: la titularidad y el ejercicio» (MAZZINGHI, Jorge Adolfo, Tratado de derecho de familia, t. IV, p. 365, La Ley, Buenos Aires, 2006).-----
------3. Que, en consecuencia, careciendo los apelantes M. y H. de un interés legítimo tutelable, como ya lo advirtiera el a quo en su providencia de fs. 435, corresponde declarar mal concedidos los recursos de apelación en cuestión.----------
------II) Al recurso de la Sra. Asesora de Familia e Incapaces.----------
------1. Que la Sra. Asesora de Familia e Incapaces circunscribe su apelación a los puntos 1°) y 2°) de la Sentencia N° 505/07 (fs. 411/419 vta.), en cuanto dispone discernir la tutela del niño A. M. a la Sra. C. N.-----
------2. Que, a fs. 466/469 vta., la Sra. Asesora de Familia e Incapaces se agravia en representación del menor A. A. M., expresando que el principal agravio consiste en que la Sra. C. N. no se encuentra, según evaluación del ETI, en condiciones de ejercer la tutela del menor, apartándose el a quo de los informes que desaconsejaban tal decisión.----------
------Asimismo –sostiene la Sra. Asesora–, se agravia esta parte porque con la sentencia atacada se prioriza la convivencia del niño con un miembro de la familia ampliada en desmedro de otros derechos fundamentales, como son todos aquellos que aseguran las oportunidades para el desarrollo físico, psíquico, moral, espiritual y social de A.----------

------3. Que, analizados las acontecimientos suscitados en esta causa, se desprende que desde el mes de julio del año 2003 los niños M. E. y A. A. se encontraban institucionalizados "provisoriamente" debido a la situación de riesgo en la que se encontraban, la que afectaba su integridad psicofísica. Es necesario así analizar y valorar toda la prueba colectada en su conjunto y dentro del contexto de una exégesis y comprensión sistemática y armónica de las disposiciones de la CDN; a partir de allí es que procuraremos desarrollar una interpretación del principio "interés superior del niño", con la intención de favorecer a una concepción jurídica precisa que reduzca razonablemente la indeterminación y que sea congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos de los niños.----------Así ello, la permanencia de Armando Antonio en la institución –aproximadamente cinco años, o sea la mitad de su vida– no garantiza en absoluto sus derechos y mucho menos una crianza "saludable". Su institucionalización ha dado sobradas muestras de efectos nocivos, instalando en el niño nuevas experiencias revictimizadoras. Su alojamiento en la institución no ha modificado en absoluto la situación fáctica que dio origen a su internación, por el contrario lo ha marginado de la sociedad, lo ha imbuido de un marco de negatividad signado por la ilusión y el engaño por parte de los adultos que han ido "experimentando" formas distintas de integración sin tener presente que el tiempo del niño no es el tiempo del adulto y el daño que causa el abandono en la infancia difícilmente podrá ser reparado.----------Se desprende del expediente que han ido variando las medidas adoptadas con respecto a la "protección de A.", observándose que las mismas sólo han cubierto las necesidades biológicas de subsistencia y alojamiento social, lo que no resulta suficiente para su desarrollo personal, resultando imperioso su inclusión en una dinámica familiar en la que se encausen determinaciones de afecto, de cariño, de autoridad, de control, por lo que entendemos que no es aconsejable su continuidad en la Institución, en resguardo del principio constitucional de proveer una tutela efectiva al niño, que se traduce en optar por la mejor alternativa posible con el fin de asegurar un presente cierto y contenedor, que disminuya los riesgos de daños futuros irreversibles en la construcción de su personalidad, siendo a criterio de esta Alzada que la opción más conveniente es la permanencia de A. A. junto a la Sra. C. N., quien a pesar de sus problemas de salud –reumatismo, artritis– no le impiden su desenvolvimiento y crianza del niño.----------Compartiendo lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con respecto a que "Las experiencias vividas por las personas de temprana edad no sólo afectan y modulan su futuro temperamento y comportamiento social como adulto, sino también sus habilidades cognoscitivas, la estructura de los circuitos o redes neuronales de su cerebro y su capacidad productiva y económica" (Revista de Derecho de Familia, año 2007 III, Jurisprudencia anotada con nota de Lea M. Levy y Adriana M. Wagmaister, edit. Lexis Nexis, pág. 1), consideramos que el niño A. A. debe permanecer bajo la tutela de la Sra. N.----------4. Que este Cuerpo no puede dejar de considerar la situación de M. E., evidenciándose de las actuaciones que su suerte ha sido similar a la de su hermano, con distintos vaivenes que no han contribuido para nada en su desarrollo psicofísico e inserción social. Surge de la audiencia celebrada el día 4 de enero del cte. año (fs. 436) que los niños relatan sus experiencias y comportamientos con respecto a algunos cambios producidos dentro de su situación habitual, tales como compartir las fiestas de Navidad y Año Nuevo con la Sra. C., reingreso a la institución, visita y corta permanencia en el hogar de la familia C.-C. en la localidad de Tecka; con relación a esto último, ambos niños expresan sus deseos de ir a Tecka con S. y E.----------Así ello, en igual fecha el Juez de Feria dispone el traslado de los niños –hasta el 31/01/2008– al hogar de la familia C.-C., quienes ejercerán durante dicho período los derechos y obligaciones inherentes a la guarda asistencial provisoria que se les delega, y se le da intervención al ETI a los fines de la verificación del estado de los niños.----------El día 8 de enero del cte. año, el niño A. A. fue reintegrado a la institución Minihogares –con conocimiento de la ACFI–, debido a ciertos episodios que se suscitaron entre él y su hermana y ante la llamada de atención por parte de los guardadores, lo que hizo que A. pidiera regresar a Esquel, quedando M. bajo la guarda de la familia (fs. 447).----------Surge de los informes realizados por la Licenciada R. B. del ETI durante el mes de enero del cte. año que la adaptación de la niña ha sido progresiva, le ha permitido expresar sus vivencias –relatando episodios de abuso por parte de su hermano A.–. A través de dichos informes se evidencia que M. ha encontrado un ámbito de contención afectiva, comprensión, protección y seguridad, donde la pregunta frecuente en cada encuentro con la Trabajadora Social ha sido: "¿ me puedo quedar para siempre acá ?" (fs. 448 del 09/01/2008, fs. 470/471 de fecha 16/01/2008, fs. 490 de fecha 25/01/2008, fs. 497 y vta. de fecha 30/01/2008).----------Todo ello indica que el hecho de la vinculación de la niña con la familia se encuentra en la actualidad indiscutiblemente producida, donde el estado emocional y psicológico de la niña se ha modificado, lo que indica que separarla de ellos implicaría un retroceso en su evolución, una afectación a los derechos consagrado en la

Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que examinadas las circunstancias concurrentes en el caso y la interpretación de los preceptos aplicables conforme a los criterios existentes al respecto, hacen aconsejable, sin m ás dilaciones, la adopción de una decisión que defina la situación jurídica de la niña, con el objeto de otorgar la máxima eficacia posible a los derechos fundamentales afectados, teniendo en cuenta para ello la propuesta efectuada a fs. 420.----------
---

------Por ello, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut,---------

----------R E S U E L V E ----------

------1°) DECLARAR mal concedidos –a fs. 435/vta., 457 y 514– los recursos de apelación interpuestos: a fs. 429 y 513, por el Sr. A. F. M. y por la Sra. H. H. contra la Sentencia N° 505 de fecha 21 de diciembre de 2007 (fs. 411/419 vta.); y a fs. 450, por el Sr. M. contra la providencia de fs. 435.----------
------2°) CONFIRMAR la Sentencia N° 505 de fecha 21 de diciembre de 2007 (fs. 411/419 vta.), en lo que fuera materia de apelación.----------
------3º) INSTAR a la Sra. Juez de Familia, en virtud de lo dispuesto por el punto 2°) de SDC N° 48/06 CANO, a dar urgente solución a la situación jurídica de la menor M. E. M., teniendo en cuenta la propuesta efectuada por la Asesoría de Menores e Incapaces de los Sres. E. E. C. y S. E. Acosta como pretensos adoptantes (fs. 420).----------
------4°) REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.----------

GÜNTHER ENRIQUE FLASS

BENJAMÍN MOISÁ JORGE LUIS FRÜCHTENICHT

REGISTRADA BAJO EL N° 39 DEL AÑO 2008. CONSTE.-

Norma Marrero
Secretaria