Trelew,  de abril de 2009.-

---- **VISTOS:** la apelación que contra la resolución transcripta a fs. 197/201 vta. dedujera la actora según constancia de fs. 205 del presente legajo de copias, la concesión de la misma por providencia reproducida a fs. 207, memorial copiado a fs. 208/210, y actos procesales cumplidos en el expediente principal a posteriori de la concesión del recurso y ----------

----**CONSIDERANDO**: ----------

----I.- En la resolución apelada fue desestimada la oposición que formuló la Asesoría de Familia e Incapaces, actora en autos, a la prosecución de la restitución progresiva de los niños D. A., L. e I. C. a su madre, bajo la modalidad de contacto gradual, conforme lo había dispuesto el Señor Juez de la instancia anterior. Esa petición había sido planteada por la Asesoría de Familia e Incapaces con base en los hechos nuevos que denunció como ocurridos en oportunidad del cumplimiento del régimen de comunicación de los niños con su progenitora.----------

----II.- Apelada la decisión por la Asesoría de Familia e Incapaces, el Señor Juez de la anterior instancia concedió el recurso con efecto suspensivo a fs. 312 del expediente principal (fs. 207 de este legajo de copias).----------

----III.- Según consta en la causa principal que fuera requerida por este cuerpo, luego de la concesión del recurso y encontrándose el legajo de copias en esta alzada, el Señor Juez del instancia anterior con fecha 27/02/09 dispuso la restitución inmediata de los niños A. D. M. A., I. J. M. y L. L. A. C. a su progenitora, P. L. L. (ver fs. 371/372).----------

----Surge también de las actuaciones que los menores I. y L. están viviendo con la madre en razón de dicha resolución.----------

----Luego, el 3 de marzo de 2009 y a raíz en la oposición del niño A. D. M. A. a ser restituido a su madre, el Magistrado de Primera Instancia difirió tal restitución para el 31 de marzo de 2009, disponiendo la inmediata revinculación asistida entre el niño y su madre por medio de la lic. M. I. O..----------

----IV.- De lo expuesto precedentemente surge que dichas resoluciones modificaron la situación de hecho existente al momento de concederse la apelación, razón por lo cual corresponde abocarse al análisis de tal cuestión.----------

----Las medidas adoptadas implicaron decidir nuevamente sobre temas que ya habían sido tratados en la resolución apelada, siendo que una vez que el juez dictó la sentencia, rige el principio de irretractabilidad. Ya no puede volver sobre el fondo o, dicho de otro modo, pronunciarse sobre aspectos relativos a la decisión en sí misma, porque en tal sentido ha quedado agotada su jurisdicción (art. 166 párr. 1° C.P.C.C.; Vila, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Concordado...”  Highton - Arean Directoras, Hammurabi, T III, pág. 509).----------

----Dictado el decisorio copiado a fs. 197/201 vta. (fs. 302/306 vta. del expte. ppal.), cesó la competencia del juez en cuanto a la materia objeto de aquél y concedida la apelación con efecto suspensivo (ver fs. 207 de este legajo y fs. 312 del expte. ppal.) ello  impedía la prosecución de

las actuaciones hasta tanto la alzada decidiera dicho recurso. “El efecto suspensivo conlleva el diferir la ejecutoriedad de la resolución recurrida hasta que se produzca el pronunciamiento final de los tribunales superiores” (MORELLO, SOSA, BERIZONCE, “Códigos Procesales...”, 2da. ed., L.E.P., La Plata 1988, T. III, pág. 94). Así, el “iudex a quo” carecía de competencia para ejecutar lo resuelto mientras el recurso continuara en trámite (C.N. Civ., sala “C”, LL, v. 147, p. 730, 29.212-S) y, sin embargo, al disponer la restitución sin más de los niños a su progenitora otorgó plena eficacia a la resolución que desechara la oposición a los contactos entre ellos, a pesar de que tal pronunciamiento estaba sujeto a recurso.--------

----Resulta entonces de aplicación al caso la doctrina de un señero precedente de la Corte Federal, dictado con las firmas de los Dres. Belluscio, Bacqué y Caballero, en el que se resolvió que “si bien las sentencias de esta Corte deben limitarse a lo peticionado por las partes en el recurso extraordinario, constituye un requisito previo emanado de su función jurisdiccional, el control, aun de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecte una garantía constitucional no podría ser confirmada por las sentencias ulteriores” (C.S.J.N, 5-9-89, “Recurso Extraordinario-Incidente Tutelar”, J.A. 1989-IV-pág. 415 a 422; en idéntico sentido, T.S.J. Neuquén, 3/4/95, en J.U.B.A. sum. Q0003540). En la especie, la circunstancia que el magistrado de la instancia anterior haya seguido actuando luego de haber perdido la competencia menoscabó el derecho de defensa de la parte actora, pues la recurrente tenía en expectativa la posibilidad de que se hiciera lugar a la apelación deducida por ella, y sin embargo el “a quo” modificó la situación existente al momento de interponer el recurso, atentando contra el efecto suspensivo que él mismo imprimió a la impugnación.----------

----El pronunciamiento de la sentencia y la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo privó de competencia en forma inmediata y automática al juez de grado, lo que lo inhabilitaba para continuar resolviendo respecto la materia objeto del pleito y ejecutar incluso provisionalmente la decisión (art. 166 C.P.C.C.). Ello así, todas las resoluciones del juez de instancia, posteriores a la concesión del recurso, deben considerarse dictadas “a non iudice”, lo que las torna genuinos actos inexistentes.--------

----Por otro lado, cabe añadir que a la señalada serie de actos procesales descalificables como tales, posterior al auto de fs. 312 del principal, se sumó otro yerro indisimulable del “a quo”. No advirtió tampoco que la confección de un legajo de copias, la remisión del mismo y la retención del expediente sólo proceden cuando el recurso de apelación ha sido concedido con efecto devolutivo (cfr. art. 250 inc. 2° C.P.C.C.), pero nunca cuando el mismo es concedido con efecto suspensivo.----------

----Nos encontramos en presencia de una sucesión de actos ya no nulos, sino directamente inexistentes, categoría en que arquetípicamente encuadra un pronunciamiento dictado por un juez carente de competencia, como el caso aquí ocurrente. Como señalara uno de los jueces de esta sala en un libro de su autoría, las sentencias “a non iudice”, esto es, las dictadas por un funcionario no investido de la facultad de juzgar -en el subexamen por haber perdido la

competencia-, constituyen supuestos de acto inexistente y no pueden adquirir efectos por consentimiento o ratificación (LÓPEZ MESA, Marcelo, “Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales”, ed. Depalma, Bs. As., 1998, pág. 310; en igual sentido, RODRÍGUEZ, Luis, “Nulidades Procesales”, ed. Universidad, Bs. As., 1987, pág. 63, N° 32).----------

----El Prof. Lino Palacio caracterizaba “el acto procesal inexistente como aquel que carece de los *requisitos mínimos indispensables para su con figuración jurídica*” y no es casual que, luego de ello, brindara como primer ejemplo de los mismos la sentencia dictada por quién carece de la potestad de juzgar. Agregaba el recordado maestro que “la cuestión de la inexistencia se reduce, en definitiva, a la confrontación del acto respectivo con la posibilidad de su acatamiento (vigencia), a cuyo fin el órgano de aplicación debe atenerse a la sensibilidad jurídica del medio en que le toca intervenir. Verificada una efectiva repulsa axiológica de un acto determinado en el medio social de que se trate, la conclusión de su inexistencia se impone al margen del juicio relativo a la validez” (“Derecho Procesal Civil”, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1972, T. IV, págs. 151 y 152/153, Nº 349).----------

---- Bien decía Carnelutti que “mientras nulidad e inexistencia significan en el lenguaje común la misma cosa, puesto que ninguno y nada significa un quis o un quid que no existe, en cambio, en el lenguaje jurídico expresan cosas distintas: es nulo el acto que no produce efectos jurídicos, pero que en ciertas condiciones podría producirlos; es inexistente un acto cuando no produce efectos en ningún caso” (“Sistema de derecho procesal civil”, UTEHA Argentina, Bs. As., 1944, T. III, pág. 585).--

----Couture agregó, respecto del acto procesal inexistente, que “no es posible hablar de desviación, ya que se trata de algo que ni siquiera ha tenido la aptitud para estar en el camino (ej. una sentencia dictada por quién no es juez)... No es un acto sino un simple hecho” ( “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, ed. Depalma, Bs. As., 1951, § 178, págs. 273/274). Evocó luego el ilustre tratadista rioplatense la fórmula romanista “quod non est confirmare nequit”, para afirmar que un acto tal no puede ser convalidado ni merece ser invalidado, no siendo necesario a su respecto un acto posterior que le prive de validez, ni es posible que actos posteriores lo confirmen u homologuen (“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, ed. Depalma, Bs. As., 1951, § 178, págs. 273/274).----------

----Resulta innegable que la inexistencia importa una categoría útil para el abordaje de situaciones procesales –como la de autos-, donde existe un serio compromiso para el valor justicia (LÓPEZ MESA, Marcelo, opus cit, pág. 294). Desviaciones procesales tan intensas como las constatadas en la especie, que llegan al dictado de resoluciones por quien se ha desprendido de la competencia, no pueden tener otra consecuencia que la constatación y declaración de su inexistencia como acto procesal. Se trata de meras apariencias, de espejismos, que proyectan imágenes ficticias, cual si fueran actos procesales estables, pero que en la realidad de los sucesos no han tenido nunca nacimiento y existencia como tales, justamente por faltar uno o más

requisitos esenciales para su configuración y viabilidad jurídica.----------

----Con entera claridad ha trazado esta diferencia en diversas sentencias la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, sosteniendo que nulidad e inexistencia atienden a dos niveles distintos de planteo: en el caso de la nulidad, se está ante un acto que tiene existencia pero cuya eficacia, por causas anteriores o coetáneas con el propio acto, está afectada.; en cambio, cuando el acto, por circunstancias relativas a su esencialidad, no puede nacer a la vida del derecho, su ineficacia parte de su no existir y nada puede quedar de él más allá de la constatación de su inexistencia (S.C.B.A., 26/2/85, “Decuzzi, Hugo Horacio c/ Origgi de Decuzzi, Luisa A. y otros s/ Nulidad”, Ac. y Sent. 1985-I-141 y J.A. 1986-I, 552; ídem, 17/11/92, “Ramos, Roberto Martín c/ Bagnardi, Martín s/ Acción reivindicatoria”; D.J.B.A. 144, 47 y Ac. y Sent. 1992-IV-257; ídem, 7/11/95, “Firinu, Ángel Alfredo c/ Frigorífico Alca S.R.L. y otros s/ Reivindicación”, D.J.B.A. 150-39 y Ac. y Sent. 1995- IV-152, voto de la mayoría; ídem, 31/5/00, “Consorcio Copropietarios Edificio de calle 47 n° 666/70 c/ Contreras, Irma A. s/ Denuncia infracción ley 13512 de propiedad horizontal”, en J.U.B.A. sum. B4784).--------

----Y la Cámara de Apelación marplatense ha declarado correctamente que también se define al inexistente “como aquél acto al que le faltan los presupuestos procesales para construir una relación jurídica procesal, y que por lo tanto adolece de una ineficacia absoluta; no puede ser confirmado ni convalidado. El acto inexistente no ha llegado a ser un acto procesal y ello en virtud de la falta de elementos esenciales” (Cám. Apel. C. y C Mar del Plata, Sala II, 6/6/95, “Curilem, Jorge A. c/ Riccio, Osvaldo s/ Cumplimiento de contrato y cobro de pesos”; ídem, 27/5/99, “Pirovano de Espinoza Silvia c/ Duarte Ricardo s/ Reivindicación”, ambos en J.U.B.A. - sum. B1401176).----------

----En el “sub discussio” nos hallamos, en síntesis, ante una serie de actos con apariencia de resoluciones judiciales, pero sin reunir los presupuestos para la configuración de éstas. Ergo, debe declararse su inexistencia -ello procede incluso de oficio (confr..: T.S.J. Neuquén, J.U.B.A. doc. 0005979; Cám. Apel. C. y C. San Isidro, Sala I, J.U.B.A. doc. B 1700344)-, lo que aniquila cualquier efecto que de ellas pudieron haberse pretendido extraer. Es así que todas las resoluciones tomadas por el juez de grado con posterioridad a fs. 312 quedarán sin ningún vigor y efecto.----------

----V.- En punto a la resolución de fs. 302/306 vta., que desestimara la oposición de la guardadora al reintegro de los menores a su madre, dado que los informes psicológicos y sociales en que se basó esa decisión se hallan hoy parcialmente desactualizados por el transcurso del tiempo y han sido duramente cuestionados por la Asesora de Familia e Incapaces en cuanto a su objetividad, es menester, como medida de mejor proveer y en los términos de los arts. 36 inc. 2° apdo. “d” y 473 penúlt. párr. C.P.C.C., requerir nuevos informes psicológicos y sociales, sobre el estado de los niños A. D. M. A., I. J. M. y L. L. A. C., así como sobre su madre P. L. L., a fin de determinar el grado alcanzado por la revinculación entre ellos, la posibilidad de convivencia, la aptitud actual de la progenitora para el desempeño de su rol y toda otra consideración que

estimen pertinente para la decisión de la causa.----------
----

----Por ello, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la Provincia del Chubut con asiento en la ciudad de Trelew; **RESUELVE:** ----------

----1) Declarar la inexistencia y privados de todo efecto los actos realizados en Primera Instancia a partir de la concesión del recurso de apelación a fs. 312 del principal y retrotrayendo todo lo actuado al momento previo a la concesión de dicho recurso.---------

----2) Disponer, como medida de mejor proveer, que por intermedio del E.T.I. de los Tribunales de Trelew y con intervención de profesionales distintos a los que actuaran con en la causa con anterioridad, sean producidos nuevos informes sociales y psicológicos sobre el estado de los niños A. D. M. A., I. J. M. y L. L. A. X., así como sobre su madre P. L. L., a fin de determinar el grado alcanzado por la revinculación entre ellos, la posibilidad de convivencia, la aptitud actual de la progenitora para el desempeño del rol que le corresponde y toda otra consideración que estimen pertinente para la decisión de la causa.----------
----------

----3) A los fines de dar inmediato cumplimiento a lo dispuesto en el punto 1), extráiganse copias certificadas de la presente y de las demás piezas pertinentes por Secretaría y remítanse a la instancia de origen para que el Señor Juez de grado efectivice de inmediato el reintegro de los menores a sus guardadores.----------

----Regístrese y notifíquese.----------

**REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2009 - SIC.- CONSTE.-**

**CECILIA INES CORNEO**
**SECRETARIA DE CAMARA**