--- En la ciudad de Trelew, a los días de octubre del año dos mil diez, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Carlos Dante Ferrari, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“ASESORIA DE FAMILIA Nº 2 s/ declaración de abandono y estado de preadoptabilidad de R. V., K. A. y V., L. M. (c.p.)” (Expte. N° 108 - 2010)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 130.----------

----------**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez expresó: ----------

----I.- Los codemandados N. V. y R. O. R. apelaron la sentencia que declarara el estado de abandono y preadoptabilidad de K. A. R. V., hijo menor de ambos, y de L. M. V., hijo de la codemandada indicada, sin filiación paterna.----------

----Para fundar su recurso los apelantes, en apretada síntesis, expusieron los siguientes agravios: ----------

----A) La violación del debido proceso legal. Expusieron en este aspecto que es deber del Estado velar porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando tal separación resulte necesaria en protección del interés superior de los menores, dada la importancia que tienen los derechos - deberes emanados de la patria potestad. Tras recordar las cláusulas constitucionales y de los tratados internacionales del mismo rango que establecen la protección de la familia y de los niños, sostuvieron que la declaración de abandono y preadoptabilidad es excepcional, pesando sobre quien la cuestiona la carga de probar clara y contundentemente la inidoneidad de los padres para el cumplimiento de su función. Criticaron la valoración hecha por la “a quo” acerca de las lesiones físicas sufridas por el menor K. A. R. V., señalando que el codemandado R. O. R. fue sobreseído en la causa penal formada por haberse abstenido el Ministerio Fiscal de peticionar su elevación a juicio y dejar transcurrir el tiempo legalmente fijado para que la acción feneciera, de modo que no cabía en el fuero de familia realizar una interpretación de los hechos más gravosa que la realizada en sede represiva. Respecto de la madre de los niños, expusieron que no existe ninguna imputabilidad específica que formularle y que ni de la pericia de psicodiagnóstico ni del informe del Equipo Técnico Interdisciplinario surge la existencia de inhabilidad alguna de ella para el ejercicio de su función parental. -----

----B) Omisión de adoptar medidas de acompañamiento y tutela judicial diferenciada. Luego de memorar los preceptos legales que garantizan la protección integral del niño, entre ellos y esencialmente el derecho a la convivencia y desarrollo en el núcleo familiar, señalaron que ellos -los codemandados- son personas vulnerables, acreedoras

a una tutela judicial diferenciada, que en la especie fue peticionada sin obtener la solicitud eco en la juzgadora.----------

----Me expediré puntualmente sobre todos estos argumentos de los recurrentes.----------

----II.- Al aludir a la pretendida violación del debido proceso los apelantes no identificaron siquiera en qué habría consistido ella, sin que se advertible tampoco que en el trámite de la causa sufriera menoscabo alguno su derecho de defensa, pues gozaron de oportunidad de alegación -que ejercieron efectivamente al contestar la demanda (fs. 25/27 vta.)- y de prueba, en tanto fueron notificados de la citación a ofrecerlas (fs. 30/32) y si no aprovecharon tal ocasión fue por su omisión (fs. 35). Es sabido que la violación del derecho consagrado en el art. 18 de la Const. Nac. queda configurada cuando se ha privado al litigante de ser oído o hacer valer sus derechos legales, de suerte que si él tuvo tales posibilidades a su alcance y no las utilizó el menoscabo no se materializa (confr.: S.C.B.A., D.J.B.A. 117-371). No le es dado a los apelantes entonces invocar en este estadio la garantía de la defensa en juicio, porque ella no ampara la negligencia, ineficiencia o incuria de los litigantes, conforme tantas veces declaró la Corte Suprema Nacional (Fallos 226:700, 227:646, 229:666, 239:51, 280:351, 287:145, 288:418; esta Sala, c. 268/08 S.D.C. 27/09, c. 646/09 S.D.F. 5/10).---

----III.- Por cierto que la regla consagrada en los arts. 9 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y 25 de la Ley III n° 21 (ex Ley 4.347) es la de que los niños han de ser criados y educados en el seno de sus núcleos familiares, mas ambas normas contemplan excepciones para los casos en que tal convivencia conspire contra el interés superior de los menores. ----------

----Precisamente, porque entendió la Asesoría de Familia e Incapaces -representante promiscuo de los niños (art. 59 Cód. Civ.)- que el de la especie constituía uno de esos casos excepcionales, es que promovió este proceso buscando llegar a una decisión judicial que tal lo declarara. Así pues, no resulta argumento eficaz para descalificar el fallo la simple invocación de aquel principio general cuando de lo que se trata en el subexamen es de establecer si estamos o no en presencia de uno de los supuestos de excepción contemplados por los mismos preceptos consagratorios de la regla. La cuestión se traslada entonces a analizar si los codemandados resultan idóneos para llenar las funciones de padres, cual ellos sostienen, o si carecen de esa aptitud, como concluyera la Señora Jueza “a quo”. ----------

----IV.- Respecto del codemandado R. O. R. lapidario ha sido el informe brindado por el Servicio Social del Ministerio de la Defensa Pública obrante a fs. 9/10, cuya autenticidad no fuera desconocida en el responde a la demanda. En tal informe concluyeron los expertos actuantes que el codemandado “muestra a lo largo de su historia vital serios déficit en el desarrollo de su capacidad parental, signada por las reiteradas ausencias y

renuncias a sus obligaciones paternas...No se visualiza empatía hacia la situación de sufrimiento de su hijo K., priorizando sus propias necesidades de afecto...en caso de hacerse cargo de K., éste quedará expuesto a un contexto familiar de desprotección, similar al que sufrió en el pasado... El Sr. R. desarrolla conductas autodestructivas, exponiéndose a situaciones de grave vulnerabilidad. La historia de su relación con sus tres hijos, con serios déficit en la capacidad empática y de previsión y satisfacción de las necesidades de los niños, sumado a su propia desprotección, fundamenta la evaluación de su incapacidad para desplegar la protección y estimulación que requiere su hijo K." (fs. 10 vta.). ----------

----Un nuevo informe actualizado al presente, ahora del Equipo Técnico Interdisciplinario del fuero de familia, demuestra que el estado del codemandado no ha variado en demasía. En relación a R. O. R. observaron psiquiatra y psicóloga que él muestra desconcierto frente a las necesidades de los niños, transfiere responsabilidades respecto de L. y K. al personal de la institución en la que se encuentran, adoptando una posición egocéntrica y narcisista y manifestando oposición a involucrarse en un tratamiento psicológico (fs. 125). ----------

----Es también relevante para la decisión de la especie la actitud asumida en la causa por este codemandado. Es que la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso puede constituir un elemento de convicción corroborante de la prueba para juzgar la procedencia de la pretensión (art. 165, inc. 5, párr. 3° C.P.C.C., antes art. 163), módulo de razonamiento adecuado para arribar a la convicción sobre la verdad de las afirmaciones controvertidas (esta sala, c. 18.396 S.D.C. 10/03, c. 21.090 S.D.C. 21/06, c. 209/08 S.D.C. 15/09, c. 410/09 S.D.C. 46/09). En esta especie el comportamiento del codemandado estuvo signado por sus inasistencias a las entrevistas programadas por psicólogos y psiquiatras para evaluar su estado, pese a estar notificado de ellas (fs. 40, 43, 72, 74), y ello significó faltar al deber de colaboración activa, lo que importó una actitud desimplicante, contraria a la de colaboración, que en la axiología del proceso significa solidaridad, esto es coimplicación o envoltura en la búsqueda de la verdad material y no el aislamiento contraventor de los liminares principios de lealtad, probidad y buena fe, savia moral del ordenamiento adjetivo (art. 34 inc. 5 apdo. "d" cód. cit.; esta Sala, c. 13.693 S.D.L. 113/98, c. 15.714 S.D.C. 7/00). Tal reprochable conducta ha venido así a ratificar las pruebas aportadas.-

----Tocante a la decisión recaída en la anterior causa penal y su influjo en ésta del fuero de familia, recordaré que el art. 1103 Cód. Civ. no contempla el sobreseimiento sino la absolución, de manera que aquél no impone ninguna clase de efectos sobre la sentencia civil y no obsta a que en esta sede pueda valorarse de manera independiente el obrar del demandado, ya que las referencias y apreciaciones realizadas en el sumario penal en nada coartan la libertad del juez civil (confr.: López Mesa, "Código Civil...", LexisNexis 2008, II-572, n° 6). A ello corresponde añadir que la circunstancia evaluada por la Señora Magistrada de origen no fue la hipotética autoría del

codemandado de las lesiones sufridas por el menor K. R. V., a la sazón de tres meses de edad, sino la negligencia de los padres en el cuidado del hijo que posibilitara el padecer de tales daños (v. fs. 79 últ. párr. y vta.). ----------

----Razón asistió a la juzgadora de la previa instancia al señalar que las circunstancias en que el menor sufrió las lesiones no fueron explicadas por los padres en el responde a la demanda. En ello hacía sentir su peso específico el principio de la buena fe, que rigiendo en todo el ámbito del derecho, constituye también una directiva procesal específica, correspondiendo a los jueces, como un “deber” suyo, el velar por su cumplimiento (art. 34 inc. 5°, apdo.“d” C.P.C.C.). Correctamente se ha destacado que “en el proceso suelen presentarse oportunidades en que la verdad puede desdibujarse a través del silencio obrepticio. Así, por ejemplo, en la contestación a la demanda..., el demandado...puede limitar sus afirmaciones... de manera que se crea una verdad formal y parcial distinta de la que se habría integrado totalmente, en el caso de no haber sido omitidos u ocultados algunos de los elementos”, conformando tal actitud una vulneración del principio de la buena fe que no ha de encontrar amparo en la magistratura (confr.: Morello y otros, “Códigos Procesales...”, 2da. ed., I-658). Escamotear con el silencio datos relevantes no es un método que tenga cabida en un debate leal, que contribuya al esclarecimiento de la verdad para la correcta aplicación del derecho al caso ocurrente, ni significa una adecuada colaboración con el órgano jurisdiccional en su función de administrar Justicia y “afianzarla”, según la cláusula programática constitucional (esta Alzada, c. 13.487 S.D.L. 88/98, c. 18.197 S.D.L. 43/02, c. 18.541 S.D.C. 18/03). ----------

----IV.- No han sido mejores los informes producidos acerca de la madre biológica de los menores, la codemandada N. V.. El informe psicológico de fs. 42/43 nos la presenta con un patrón clínico de personalidad de tipo narcisista, con estrategias para la defensa y enfrentamiento de las situaciones endebles; “regula sus impulsos de manera precaria y canaliza sus necesidades con un mínimo control y creando un mundo interno en el que se descartan los conflictos, se disculpan los fracasos y se reafirma el autoconcepto; “sus representaciones internas son fantasiosas, recortando la realidad de acuerdo a las necesidades del momento”; “se autoengaña y construye con facilidad razones con que justificar su conducta, un tanto autocentrada y socialmente desconsiderada”; “registra el entorno como hostil y espera favores especiales, sin poder asumir responsabilidades recíprocas o fracasando en su intento de sostenerlas dada su pobre tolerancia a la frustración”.----------

----Actualizado y complementado dicho informe con el de fs. 74/vta., de este último surge que la afecta la “imposibilidad para significar las necesidades que sus hijos le expresan” y no aporta respuestas de contención a ellos, de donde los expertos

concluyeron que “a la fecha de la evaluación la Sra. V., N. no presenta recursos que garanticen un ejercicio adecuado de la parentalidad”, sin que resulten advertibles “elementos que den cuenta de modificaciones en su modalidad de funcionamiento parental. Todo ello va en desmedro del desarrollo saludable de sus hijos”. ----------

----Nuevamente actualizados los informes con el producido a fs. 125/vta. en virtud de la medida de mejor proveer dispuesta por esta alzada, de él resulta que la codemandada presenta en la actualidad “falta de reconocimiento de las propias dificultades”, “permanente demanda de asistencialismo”, “transferencia de sus dificultades e imposibilidades en terceros”, “pensamiento mágico de cambio basado en su adhesión a su creencia religiosa” y “demanda de asistencia social como único medio de solución a sus problemas”. Así los dictaminantes concluyeron, ratificando informes anteriores y refiriéndose ya a ambos codemandados, en la “ausencia de recursos de los Sres. R. - V. que garanticen un adecuado ejercicio de la parentalidad, evidenciado en la permanente dificultad de la pareja parental para responder adecuadamente a las necesidades de sus hijos, ante las cuales anteponen sistemáticamente las propias”.------

----V.- Frente al cuadro probatorio que he descripto, pierde todo interés el expedirnos sobre quién pesaba la carga de probar la inhabilidad de los demandados para ejercer la función de padres. Es que las reglas del “onus probandi” son sucedáneas o sustitutivas de la prueba misma, a aplicarse únicamente ante la ausencia de elementos acreditantes hábiles para formar la convicción judicial (art. 381 C.P.C.C., ex art. 377, su doct.; este cuerpo, c. 19.191 S.D.C. 24/06, c. 20.231 S.D.C. 13/05, c. 22.399 S.D.L. 74/07, c. 675/09 S.D.L. 85/09. c. 100/09 S.D.C. 22/10). “Sólo cuando falta la prueba debe el juez examinar a quién correspondía suministrarla, para aplicar en su contra las consecuencias sustanciales; es decir, que con ella no se distribuye la prueba, sino la consecuencia de la falta de prueba” (Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 5ta. ed., I-445, “h”). Por tanto, si las partes “aportaron al proceso toda la prueba -enseñaba el maestro Alsina- y en base a ella se logra formar la convicción del juez, sin que reste ningún hecho dudoso, no existe interés práctico en determinar a cuál de ellas correspondía la carga de la prueba” (“Tratado...”, 2da. ed., III-254, “b”). ----------

----VI.- Es inexacto que la sentenciante de la instancia anterior no haya dado respuesta a la solicitud de medidas de acompañamiento y tutela judicial diferenciada de los demandados. A fs. 78 vta., párr. 5° la juzgadora de origen enumeró prolijamente todas las numerosas que fueron dispuestas en el marco del proceso sobre medida cautelar que citara. Contra esa decisión fundamentada, los recurrentes no han traído la crítica concreta y razonada que el art. 268 C.P.C.C. (antes art. 265) exige para la suficiencia técnica de la expresión de agravios, con lo que arribamos en este aspecto a la deserción parcial del recurso (art. 269 cód. cit., ex art. 266). ----------

----VII.- Ante la actitud abandónica de los padres, lesiva sin duda para las niños en tanto conspira gravemente contra su adecuada crianza y desarrollo, fuerza es concluir que

debe ser confirmada la sentencia declarativa de su estado de abandono y preadoptabilidad. ----------

----Tal conclusión no es conmovida por la invocación de los derechos de los padres emanados de la patria potestad. En la pugna entre el derecho de los padres a convivir, criar y educar a sus hijos menores y el bienestar de éstos debe preponderar el último, pues se trata nada menos que del interés superior de los niños, quienes deben ser considerados como sujetos de derecho y no cual objetos de derechos de los adultos (art. 3 inc. “a” de la Ley 26.061 y pto. 2 inc. “b” de la Reglamentación de la Ley 4.347, Anexo I del Dec. 1.631/99; C.S.N., Fallos 310:2214; este tribunal, c. 581/09 S.D.F. 1/10). Planteado el conflicto entre los derechos e intereses de los menores frente a otro derecho legítimo, deben prevalecer los primeros, por expresa disposición del art. 3 “in fine” de la Ley 26.061. ----------

----Tales son las razones por las que en esta cuestión me expido por la AFIRMATIVA.--

--- **A ESTA MISMA CUESTIÓN,** dijo el Dr. Carlos D. Ferrari: ----------

--- **I.** El Dr. Velázquez ha hecho ya un sumario de los antecedentes que informan el caso, de la sentencia dictada en la anterior instancia y de los agravios vertidos contra ella por la parte apelante. En vista de ello, resulta innecesario abundar sobre estos tópicos, por lo que me pronunciaré directamente sobre la cuestión traída a conocimiento de esta Alzada.----------

--- **II.** Acerca del primer motivo de agravio diré, en plena coincidencia con el colega preopinante, que la parte recurrente no ha señalado en sus argumentaciones la existencia de ninguna circunstancia concreta que pudiera configurar una violación al debido proceso legal. Por el contrario, el examen de las actuaciones permite comprobar que en el curso de esta litis se han respetado todas las normas y etapas señaladas por el ordenamiento adjetivo, acordándole a la parte demandada las debidas oportunidades para ejercitar plenamente su derecho de defensa en juicio.----------

--- En este contexto, respecto de la pauta de atención al “interés superior del niño” y del criterio de valoración en materia probatoria, tópicos que los recurrentes consideran indebidamente atendidos en autos, debo decir asimismo que dichos aspectos están vinculados a la apreciación acerca del hipotético acierto o desacierto de la decisión sobre el fondo del asunto –sobre lo cual me expediré más adelante, por ser asimismo materia de agravios– mas no involucran ningún apartamiento o transgresión a la secuela regular del proceso tramitado en esta causa.----------

--- En consecuencia, me pronunciaré por la desestimación de esta queja.----------

--- **III.** En cuanto a las objeciones expuestas bajo el título “Omisión de adoptar medidas de acompañamiento o de tutela judicial diferenciada” (ap. “b” de la pieza recursiva), lo que en esencia procura resaltar la parte apelante es el derecho de los menores a ser

criados, educados y desarrollarse dentro del núcleo familiar, a no ser separados de sus padres y a la protección de los vínculos paterno-filiales.----------

--- Pues bien: de ningún modo se desconoce la relevancia jurídica, moral y social de estos principios rectores, que siempre deben estar presentes en el examen de las situaciones familiares traídas a juzgamiento. Sin embargo, el criterio de apreciación que debe presidir la valoración de conflictos como el que aquí nos ocupa es precisamente el invocado por la recurrente en su primer agravio –el interés superior del niño- a fin de cotejarlo con los restantes derechos en aparente pugna, a fin de lograr una adecuada composición de intereses. En una causa reciente tramitada ante esta Sala, el tribunal tuvo ocasión de dejar asentadas algunas reglas liminares para este tipo de conflictos. Así, se dijo que: a) no hay derechos absolutos sino prioritarios y, junto a las garantías, deben interpretarse en forma integral, de modo que en todo conflicto donde estén en juego los intereses de los menores y los de los padres, deberá resolverse a favor de los menores. Los paliativos estatales para que los padres puedan ejercer sus derechos y obligaciones con responsabilidad, tienen este límite y sólo se justifican si, en concreto, favorecen –y en tanto favorezcan– los derechos de los menores (doc. art. 29, ley 26.061). b) El art. 6º la ley III nº 21 establece que es primordial el interés superior de los niños en todas las medidas concernientes a ellos. c) Planteado el conflicto entre los derechos e intereses de los menores frente a otro derecho legítimo, deben prevalecer los primeros, por expresa disposición del art. 3 "in fine" de la ley 26.061 (causa nº 581/09, SDF. Nº 1/10). d) En la pugna entre el derecho de los padres a la custodia de sus hijos menores y el bienestar de éstos, debe preponderar el último, pues se trata nada menos que del interés superior de los niños, quienes deben ser considerados como sujetos de derecho y no cual objeto de derechos de los adultos (art. 3, inc. "a" de la ley 26.061 y pto. 2º, inc. "b" de la Reglamentación de la ley 4.347, Anexo I del Dec. 1631/99; Corte Suprema de Justicia, Fallos 310:2214, *in re* "Scaccheri de López" de 1987 – causa N° 108/10 – Conf. Expte. 330/2010 - SIF. 50/10).----------

--- A la lumbre de estas líneas directrices, opino que el agravio bajo tratamiento no puede ser atendido. El colega de primer voto ha reseñado ya las circunstancias fácticas tenidas en consideración para adoptar una decisión sin duda de carácter excepcional, cual es declarar el estado de abandono y preadoptabilidad de los menores, pese a la formulada intención de sus progenitores de reasumir la convivencia con ellos en el seno familiar. Evitaré describir esos factores en detalle a fin de evitar innecesarias reiteraciones, y tan sólo mencionaré que los graves antecedentes del caso y los informes producidos en la causa (inf. ETH de fs. 11/119 ; inf. EI fs. 125/vta. y sus conclusiones), así como la opinión vertida por el señor Asesor de Familia e Incapaces a fs. 101/vta. –cuyos términos comparto– desaconsejan modificar la decisión adoptada en la instancia de origen, en tanto no se verifica que los padres de los niños aseguren en la actualidad un marco propicio para garantizar las debidas condiciones de ejercicio de la paternidad, en un entorno de protección y seguridad imprescindibles para la crianza

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

y el desarrollo integral de dichos menores.----------

--- A mérito de ello, considero que la decisión en recurso se encuentra adecuadamente fundada y ajustada a derecho, por lo que propiciaré su total confirmación en esta alzada.----------

--- Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.----------

---- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez respondió: ----------

----Visto el acuerdo antes alcanzado, corresponde confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios.----------

----ASÍ LO VOTO.----------

---- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN,** el Dr. Carlos D. Ferrari expresó: ----------

Tal como lo adelanté, comparto la resolución propuesta por el Dr. Velázquez en todos sus términos, votando en sentido idéntico.----------

---- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Marcelo J. López Mesa (art. 7 Ley V - Nº 17).----------

---- Trelew, de octubre de 2010.----------

---- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

---- CONFIRMAR la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios.---------

---- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.010 – SDF.- Conste.-

cg

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA