Comodoro Rivadavia, de octubre de 2009.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"ASESORIA CIVIL DE FAMILIA E INCAPACES s/ MEDIDA DE PROTECCION (M.S.y D.S.)", Expte. Nro. 176/2009,** venidos del Juzgado Letrado de primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, Rural y de Minería de la Circunscripción Jucicial de Sarmiento (Expte. Nro. 133/2007).

I.- Se eleva este expediente a la Alzada en razón de haber interpuesto el Asesor de Familia a fs.347 y el Sr. G. O. S. con el patrocinio del Defensor General a fs. 346, recursos de apelación y nulidad contra la resolución de fs. 323/337, mediante la cual se dispone privar de la patria potestad a C. I. M. y G. O. S. respecto de su hija J. M. S.. Declarando a la ultima en estado de abandono y adoptabilidad, dando intervención al Registro Unico de Pretensos Adoptantes.

El recurrente de fs. 347, iniciador de los presentes, se agravia de la sentencia en cuanto dispone la privación de la patria potestad a los progenitores de J. M. sin que la acción estuviese orientada a ello y la declara en estado de abandono y adoptabilidad.

Expresa que el proceso se inició a fin de obtener la intervención judicial para disponer medidas que permitan mitigar la situación de riesgo en que se encontraban J. M. y D. A., solicitando específicamente se requiriera informe del estado de las jóvenes al Servicio de Protección de Derechos (en adelante SPD); se convocara a los padres a fin de oirlos y hacerles saber de sus obligaciones y en caso

de no lograr abordar la problemática o considerarse agotadas las instancias de intervención de los organimos públicos locales se de intervención a la Subsecretaria de Desarrollo Humano y Familia.

Todo ello porque frente a la falta de respuesta o intervención desde el area administrativa en el marco de las previsiones de los arts. 54 y 61 de la ley 4347, se profundizó la situación de desamparo de las niñas.

Precisa que en lo sustancial se hablaba de las medidas de protección contenidas en el Art. 33 de la ley 26061 que derivaron en la privación temporal del medio familiar.

Explica que progresivamente se buscaron alternativas y posibilidades de contención y teniendo en cuenta que Micaela permanentemente reiteraba la necesidad de tener una familia a la vez que se revelaba la incapacidad de su padre para criarla, peticionó que el ETI evaluara la posibilidad y conveniencia de trabajar como una opción, la entrega en guarda para adopción u otra alternativa posible.

En cambio en la sentencia se resolvió privar de patria potestad a los progenitores sin que la acción iniciada estuviere orientada a tal fin.

Considera además que la misma es contradictoria con la declaración de abandono y adoptabilidad porque según el Art. 307 del C. C. puede ser dejada sin efecto si los padres demostraran que la restitución se justifica en beneficio de los hijos.

Se refiere al Art. 310 del C. C. y ante lo expuesto, entiende que los progenitores no podrán pedir la restitución debiendo designarse un tutor.

Denuncia la vulneración de la garantia

de debido proceso y defensa en juicio respecto de los Sres. S. M., que si bien sólo el padre demostró poca preocupación inicial –la madre no ha comparecido- son quienes mantienen el ejercicio de la patria potestad y no han sido parte en el inexistente juicio de pérdida de patria potestad.

En segundo término, se alza contra la declaración de abandono y estado de adoptabilidad por carecer este ultimo de sustento fáctico, pues para ello se requería de trabajos previos, tal como surge del informe de fs. 305 y vta., dando como resultado la reacción que se plasmó en la audiencia de fs. 344.

Da cuenta de la reunion que mantuviera con el progenitor y su hija M. C. , los integrantes del S. P. D. para evaluar la situacion de JM y su posible revinculación con su grupo de origen, en la que el padre asumió el compromiso de concurrir lunes y viernes al SPD y con su grupo familiar en caso de ser requerido.

A fs. 360, el padre, con el patrocinio del Defensor Oficial, expresa agravios. Considera vulnerados sus derechos de debido proceso y defensa en juicio amparados por la Constitución Provincial y Nacional. Afirma que la familia está en un proceso de cambio, por lo que no es necesario decretar el estado de adoptabilidad y estima prudente que le otorgue tiempo para trabajar y privilegiar los lazos familiares. Cree necesario se le de otra oportunidad.

II.- Expuestos los agravios de los apelantes, resulta pertinente la enunciación de las actuaciones relevantes de la causa Efectivamente, la presente acción se inicia a fs. 31/34 por el Asesor Civil de familia e Incapaces en representación

promiscua de las niñas a quienes considera en situación de abandono y riesgo a raiz de una denuncia del tío el 7/9/07 en que expone que las mismas no tendrían lugar donde alojarse por problemas con su padre, sin que pueda ayudar la familia extensa. A partir de tal hecho, obran en la causa informes e intervenciones desde la esfera extrajudicial, que, impotentes frente a la situación, derivan en la promoción de la presente a fin de obtener "una mayor capacidad de decisión".

Se agregaron los informes requeridos sobre la actividad desplegada desde que las niñas fueron halladas (fs. 73/74), los que dan cuenta de la situación de riesgo y desamparo en que se encontraban, las carencias afectivas y materiales que padecían, asi como la propuesta de distintas alternativas superadoras desde el área del Servicio de Protección de Derechos (fs. 77, 84, 98).

Celebrada audiencia con los progenitores (fs. 75) ante la búsqueda de posibilidades concretas en el ámbito local y previa audiencia con las niñas (fs. 114), se resuelve el albergue provisorio por sesenta días en el Hogar de Esquel haciendo saber al Ministerio de Familia y Promoción Social del inicio de la causa (fs. 116).

Incorporados informes de las instancias vividas en el hogar, del ETI de Esquel, del S. P. D. de Sarmiento y ante el pedido de la abuela y tia maternas de las niñas, se decide el regreso de las mimas a la localidad de Sarmiento (fs. 135 a 200).

Surge de las actuaciones de fs. 202 a 263 varios intentos de insertar a las jóvenes con distintos referentes de la familia extensa y familias del programa de Familias Solidarias. Se recabaron

informes elaborados por los operadores del Servicio de Protección de Derechos que dan cuenta del agotamiento de las instancias por falta de adaptación de las niñas a los distintos grupos de acogimiento ya sea de su propia familia extensa o de las pertenecientes a los programas municipales. La propia J. M. manifestó su deseo de regresar a Esquel (Fs. 265).

Ante ello, el Asesor Civil de Familia e Incapaces a fs. 267 entiende que hasta el momento la integración a la familia ha resultado infructuosa y que no existirían familiares que pudieran servir de soporte en la crianza y educación pero desea que ello fuera relevado por el Servicio de Protección. De ser ello así, sugiere convocar a los progenitores y hacerle conocer la posibilidad de otorgar en guarda preadoptiva a la niña, previa evaluación del ETI al respecto.

Siguen diversos informes que dan cuenta de "escapadas" de J. M. y D. A. de los respectivos lugares en que se encontraban. Se da por terminada la intervención del S. P. D respecto de D. A. (fs. 283/284). Y se informa respecto de J. M. que no hay posibilidad que sus padres y familia extensa puedan cuidarla (fs. 291).

En consecuencia, y de acuerdo a lo solicitado por el Asesor a fs. 267, el a quo solicita informe al ETI y convoca a los progenitores, surgiendo que el padre no sabe nada de sus hijas y su imposibilidad de hacerse cargo (fs. 302) no compareciendo la madre Sra. M..

El ETI informa a fs. 305 pronunciándose a favor de la necesidad de trabajar con J. M. sobre su disposición y deseo de integrarse a un núcleo familiar con perspectivas a largo plazo en atención a su edad,

los antecedentes que surgen de la causa y la complejidad que presenta un proceso de adopción en la etapa evolutiva en que se encuentra la niña.

Sin que comparezca la madre, frente a nueva citación (fs. 319/324) y habiéndose dispuesto la integración de J. M. al programa municipal "Mi Refugio" (fs. 288), a fs. 327/337 se dicta sentencia en la cual se decreta la perdida de la patria potestad, se declara a J.M. en estado de abandono y adoptabilidad.

Notificada la misma en audiencia de fs. 344, toma intervención en el juicio el Sr. Sandoval (ver fs. 346).

III.- Lo expuesto, devela incongruencia entre lo demandado y el fallo, pues al concluír en la privación de patria potestad respecto de J. M. se varió la acción deducida

Hablar de congruencia en un pronunciamiento judicial remite a la necesidad de verificar una correspondencia perfecta entre la acción promovida y la sentencia que se dicta. Esta correspondencia se desarrolla en una doble dirección, el juez debe pronunciarse sobre todo lo que se pide y sólo sobre lo que se pide, sin incurrir en omisiones o demasías decisorias. Es decir, no puede pecar por exceso, ni por defecto, con relación a los hechos sometidos a su juzgamiento (Molina Quiroga Eduardo, "El denominado principio de congruencia como límite a las facultades el juez" LL 2004-B-953).

El Codigo Procesal consagra expresamente este principio en los arts. 34 inc. 4 y 164 inc. 6. importando que la sentencia atienda la pretensión jurídica que forma el contenido de la disputa, es decir que consiste en la correspondencia

inmediata y necesaria entre la sentencia y las pretensiones deducidas por las partes.

El principio en cuestión, esta dirigido a delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional, por imperio del cual debe existir identidad entro lo resuelto y lo controvertido oportunamente por los litigantes, y en relación a los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico.

En tal sentido se sostiene que es descalificable la sentencia que configura un acto de discrecionalidad ajeno a la continencia de la litis (CSJN, Fallos 290:204), se falla extra petita si se otorga algo no reclamado por las partes, (es decir si se accede a una pretensión no formulada por los litigantes) (CSJN Fallos 301:104; 307:510 y 1173; 308:657 entre otros cit. por Sagües, Nestor Pedro "Recurso extraordinario" Ed. Astrea Bs. As. 2002 T. 2 p. 233).

De acuerdo a ello, las constancias de la causa reseñadas tamizadas en los conceptos brindados, evidencian la falta de congruencia del fallo de fs. 327/337 con las medidas de protección requeridas. Pues frente al pedido de intervención judicial en la problemática planteada y a los fines de encontrar alternativas válidas para la protección de las niñas; por haber resultado estériles las múltiples intervenciones realizadas, considerando las conductas observadas en los progenitores, el a quo entiende configurado el abandono requerido en el Art. 307 del Codigo Civil y la desvinculación con la familia de origen complementado con la interpretación que realiza acerca de la voluntad del Sr. S. de que las niñas sean

colocadas en estado de adoptabilidad, y concluye en privar a los progenitores de la patria potestad respecto a J. M.

Es evidente que la congruencia se vincula directamente con la garantía de defensa en juicio y con el debido proceso adjetivo, pues si no se respetan los términos de la demanda o se introducen hechos o cuestiones que no han sido materia de debate se violentan tales garantías. Nótese que en el sub judice, la incongruencia señalada, patentiza la afectación del principio de defensa en juicio al introducir sorpresivamente una cuestión sobre la cual además de no constituir objeto del proceso, las partes interesadas (Sres. S. y M.) no tuvieron oportunidad de ejercer su plena y oportuna defensa. Y ello es así, aun cuando fueran debidamente citados (ver fs. 321) o comparecido a audiencia con patrocinio letrado (fs. 302).

Cabe apuntar que los principios referidos, gozan de entera vigencia en el ámbito del proceso de familia sin que se vean afectadas las facultades instructorias y de inmediación del juez en atención a la materia de que se trata. Tampoco puede admitirse que el mismo quede soslayado bajo el pretexto de garantizar una tutela judicial efectiva y oportuna.

En tal dirección el Máximo Tribunal Provincial, dijo que “Por notorias que sean las acciones u omisiones de los padres, reveladoras de incumplimientos de los deberes hacia los hijos, ellas no operan por sí mismas la pérdida de esa facultad; es siempre necesario un pronunciamiento judicial que la declare. Y esto es así porque la sanción que autoriza el Art. 307 del Código Civil, sólo procede frente a

casos de cierta gravedad que el precepto enuncia, lo que supone el concurso de determinados extremos cuya existencia debe ser establecida. Ello importa juicio contradictorio, en el cual todas las partes puedan ser oídas, conforme con la regla de la bilateralidad en el proceso. De otro modo, la garantía constitucional de la defensa en juicio resultaría vulnerada" (El Dial ASB44).

Tales razones, resultan suficiente para concluír que la sentencia impugnada no se ajusta a lo previsto por los arts. 34 inc. 3 y 164 inc. 4 del ritual, imponiéndose su nulidad.

IV.- Sentado ello, cabe retomar la secuencia de la causa. Elevados los autos a esta Alzada, se realizó audiencia con la niña y sus progenitores, habiendo comparecido en esta instancia la Sra. M.

Asimismo se solicitó informe actualizado acerca de la situación de J. M. respecto de la cual se decidió en la sentencia en crisis, surgiendo de los mismos (fs. 365/368) que M. sigue alojada en "M. R." -institución dependiente de la Secretaria de Desarrollo Humano y Familia de Sarmiento. Concurre en forma normal y habitual a la escuela con óptimo rendimiento.

En el marco de la revinculación que se acordara con posterioridad al dictado de la sentencia, según lo informado por el Asesor Civil de Familia e Incapaces a fs. 359, se realizan encuentros semanales del padre con la psicóloga, visualizando progresos en ambos. M. concurre al domicilio del padre los fines de semana. Tanto en la casa como en la escuela su conducta presenta altibajos, por lo que se sugiere continuar con

la supervisión del SPD en la revinculación paulatina porque aun se deben tener entrevistas con las hermanas y otros miembros de la familia para evaluar la reinserción en el seno familiar. Extremos todos que se verificaron en oportunidad de la audiencia celebrada a fs. 372, surgiendo la posibilidad y necesidad del Sr. S. de asumir el desempeño responsable del rol parental y el deseo y entusiasmo de J. M. en tal sentido.

Corrida la vista a la Asesora Civil, a fs. 374 se pronuncia por la falta de razonabilidad de la posición del sentenciante teniendo en cuenta las constancias de la causa y el deseo de J. M. expresado en la audiencia de fs 344. considera que se ajusta al interés superior de la niña el mantenimiento de la situación de la niña supeditada al cumplimiento de los compromisos que deberán presentar los distintos operadores.

Atento ello, en el presente caso, se han reunido los elementos suficientes que dan cuenta de una situación de vulnerabilidad a la que se encontraban las niñas en cuya protección se solicitaron las medidas. A partir de la notificación de la sentencia anulada, -aun con anterioridad-, se observa que J. M. desde que fuera dispuesta en "M. R." experimentó un cambio de actitud, resultando ilustrativas las constancias obrantes a fs. 324, 356/368 y en especial el contacto directo mantenido en esta Alzada del cual se desprende el éxito del proceso de revinculación que amerita su continuación.

Es sabido que en los procesos de familia, en especial en el particular caso de las medidas cautelares o de protección, no pueden ser tramitadas bajo parámetros rigurosos desde el punto de

vista formal, sino que se caracterizan por su instrumentalidad, provisionalidad y flexibilidad, encontrándose facultado el organo judicial para sustanciar las medidas cautelares, o fijar audiencia de oficio, a fin de intentar conciliar los intereses en juego y arribar a una solución componedora quedando mas de un apreciable margen en la búsqueda de soluciones tributarias de la equidad, dado que el conflicto familiar evaluado desde la óptica de posible vulneración de los derechos que le asisten a los niños involucrados, exige una composición "humana" que no se agota en el estricto marco de lo jurídico, que si bien le brinda soporte a la decisión, no impide la prevalencia de los mentados principios que informan el particular tratamiento de los casos tales como el presente, para la mejor tutela de los intereses comprometidos.- (cfme. Berizonce. Derecho Procesal Civil Actual . Ed. Abeledo Perrot - 1999).

En este sentido, la evaluación de las peticiones cursadas, la documental adjuntada y los últimos informes técnicos producidos, y teniendo en cuenta los deseos de retornar al hogar de J. M. (Art. 12 de la C. I. D. N), así como lo manifestado por la Asesoría Civil en representación de la joven, siempre y cuando continúen con la supervisión profesional conducen a la conclusión de que atento los cambios operados en la dinámica de los vínculos familiares, la mayor concientización de los adultos responsables del cuidado de los niños, habilita la continuación de las medidas adoptadas debiendo continuar mediante la intervención profesional y de acompañamiento al grupo familiar, hasta que los profesionales lo consideren necesario.

V.- En consecuencia, corresponde hacer lugar a los agravios de los apelantes, declarando la nulidad de la sentencia de fs. 327/337 dejandola sin efecto y disponer que se continue con el trabajo de revinculación propuesto hasta tanto a juicio de los profesionales intervinientes pueda integrarse J. M. al hogar paterno. A tal fin el Juez de grado deberá fijar el plazo para realizar las evaluaciones con frecuente periodicidad.

VI.- Se observa la falta de seguimiento de la situación de D. A., cuestión que deberá ser zanjada por el Sr. Sandoval y el representante promiscuo y cumplirse con lo manifestado por el sentenciantes a fs. 334.

Tal déficit, surge por la tramitación dada al presente. Sin perjuicio de haberse concedido el recurso libremente, en atención a la naturaleza de medidas como el presente, deberá en lo sucesivo formarse legajo del Art. 252 inc. 1 (Ley XIII Nro. 5 del Digesto Provincial).

VII.- Las costas de la Alzada se imponen por su orden, atento como se resuelve, regulando los honorarios de los profesionales intervinientes conforme la labor desarrollada, éxito obtenido en su gestión, y demás pautas de la Ley XIII Nro. 4 del mencionado Digesto.

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1) Declarar la nulidad de la sentencia de fs. 327/337 en cuanto priva de la patria potestad a los Sres. C. I. M. y G. O. S., respecto de su hija y la

declara en estado de abandono y de adoptabilidad dando intervención al Registro Unico de Pretensos Adoptantes.

2) Disponer la continuación del trabajo de revinculación de J. M. con su progenitor, hasta tanto a juicio de los profesionales intervinientes pueda integrarse al hogar paterno, debiendo el Juez de grado fijar el plazo para realizar las evaluaciones con frecuente periodicidad.

3) Tener presente el considerando VI.

4) Costas de ambas instancias por su orden, regulando los honorarios profesionales del Dr. T. E. M. por sus trabajos realizados en la primera instancia en la suma de pesos un mil ($1.000). Por los trabajos realizados ante esta Alzada se regulan los honorarios profesionales del Dr. T. E. M. en la suma de pesos trescientos ($300) y los del Dr. J. A. M. en la suma de pesos ciento cincuenta ($150).

5)Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Señora Juez de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y concordar en la solución del caso (Ley V N ° 17 del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut).

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2009

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS