----Trelew, de febrero del año dos mil catorce.----------

--- **VISTO:**----------

--- El recurso de apelación interpuesto a fs. 759, contra la sentencia definitiva dictada a fs. 675/680vta. concedido a fs. 768, es fundado a fs. 788/790vta., corrido traslado a la contraria del memorial de agravios a fs. 791, es contestado a fs. 804/806.----------

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

-- I.- A fs. 675/680vta. el juez de grado declaró el estado de adoptabilidad de los niños M. K. C., M. J. N. y N. Á. R. M.---------- Para así decidir tuvo en cuenta la negativa de los progenitores de los menores para delegar la guarda preadoptiva de los mismos y los antecedentes del expediente de los que surge la conveniencia o necesidad de prever la guarda preadoptiva, en cuyo caso el Juez, -señala-, debe reconducir el proceso de protección a fin de conferir la guarda asegurando dentro de lo posible que los guardadores a designar reúnan los requisitos que la ley establece para la adopción que más tarde aquéllos solicitarán.---------- Para ello valora las constancias obrantes en la causa y concluye que los progenitores de los menores citados son responsables de varias de las formas de maltrato infantil mencionadas por el Comité de los Derechos del Niño, tales como el descuido físico, la falta de protección ante daños, la falta de vigilancia, la desatención de sus necesidades básicas, el descuido psicológico como la falta de apoyo emocional y de amor, el maltrato psicológico, el abuso mental, agresión verbal y la violencia física que abarca a los castigos corporales. ---------- Refiere a los informes profesionales glosados a fs. 9 y 162/163 de los que surge que la madre muestra dificultades en el cuidado de sus hijos y fs. 254 en el que se concluye que la madre se encontraría incapacitada para contener a los niños. Asimismo destaca el resultado de los informes del Equipo Técnico del Hogar de Niños de Trelew (fs. 188), en los que se resalta la agresividad demostrada en la conducta de los niños y respecto de K. las situaciones de violencia que ha atravesado en su hogar. Asimismo alude al informe del Equipo Técnico Interdisciplinario de Rawson del cual se desprende que los niños presentan sintomatología de maltrato infantil producto del vínculo con la madre y la crianza de la misma; a la vez que considera insuficiente el informe privado acompañado por el Lic. A. A., toda vez que tienen por objeto a un solo progenitor, carece de objetividad e imparcialidad al basarse de modo exclusivo en la versión del conflicto de una de las partes y no haber podido aplicar a todos los miembros del grupo familiar los instrumentos o técnicas empleadas en la realización del mismo. Finaliza señalando las razones por las que descarta la puesta en marcha de un nuevo y tercer plan de abordaje.---------- Resalta los esfuerzos institucionales realizados a fin de reunificar a la familia sin éxito y que la madre a pesar de dicho esfuerzo no ha logrado revertir su incompetencia para asumir adecuadamente la función de crianza, cuidado y protección integral de sus hijos. Añade que el tiempo que insuma los inciertos avances que pudiera realizar la madre con la

implementación de un nuevo esquema de acompañamiento y seguimiento sería excesivo para las necesidades de sus tres hijos. Asimismo tiene en cuenta la inexistencia de referentes válidos en la familia extensa, dado que la abuela materna ha reconocido que no se encuentra en condiciones de cuidarlos por su comportamiento. ---
--- II.- A fs. 788/790 y vta. luce agregada la expresión de agravios en la que previa cita de la Constitución Nacional, la Constitución Provincial y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos la apelante hace hincapié en el informe del Lic. A. en el que se señala que la Sra. M. cuenta con avances importantes y se han detectado situaciones que no han podido ser resueltas en corto tiempo, dado que necesitan más tiempo para una evolución favorable.----------
--- Coincide la apelante con las conceptualizaciones realizadas por el Sr. Juez de grado pero no coincide en la forma en las que se concretan las acciones positivas ya que aduce que el Estado no puede pretender en un lapso tan corto de tiempo y con la mera concurrencia a unas entrevistas psicológicas o con un terapeuta con quien no pudo concretar un espacio de confianza, puedan ser así calificados.----------
--- Afirma que el Estado no ha desarrollado las políticas tendientes a cumplimentar con acciones positivas de fortalecimiento familiar.----------
--- Hace reserva del caso federal.----------
--- III.- A fs. 804/806 la Abogada Adjunta de la Asesoría de Familia contesta el traslado del memorial de agravios. Aduce que la razonabilidad de los plazos debe medirse conforme a la especial situación de los niños, que cada día de indefinición de la situación de los niños adquiere una trascendencia significativamente intrusiva en sus vidas que puede determinar su vida futura en forma negativa y generar daños irreparables, de allí que deba darse inexcusable prioridad y extraordinaria celeridad en tales casos.----------
--- IV.- Previo al ingreso del tratamiento de los agravios formulados cabe verificar si en el desarrollo del proceso que concluyó con la sentencia apelada en la cual se declara el estado de adoptabilidad de los menores M. K. C., M. J. N. y N. A. R. M., se respetó el debido proceso y el principio constitucional de defensa en juicio consagrado en el art. 44 de la Const. Prov. y art. 18 de la Const. Nac.----------
---------- Surge de las constancias de autos que en los presentes autos tramitaron diversas medidas de protección de los citados menores hasta que a fs. 606 el juez de grado resuelve correr traslado a los progenitores de la declaración del estado de adoptabilidad solicitado por la Asesora de Familia en el segundo párrafo de fs. 602, en ocasión de contestar una vista que le fuera conferida.----
---------- Al respecto, no prevé la legislación en materia de familia expresamente un tipo de proceso específico para solicitar la declaración de adoptabilidad de un menor, así el inciso g del art. 87 de la Ley III Nro. 21 refiere a la adopción, su nulidad y revocación sin asignarle un tipo de proceso específico teniendo en miras el régimen establecido por la ley de adopción. ----------

---------- No cabe duda alguna que la declaración de preadoptabilidad requiere de la existencia de un proceso con intervención de los interesados que den sustento al pronunciamiento que se dicte, aunque se haya admitido en alguna ocasión que esta cuestión podría ser comprobada y decidida en forma incidental dentro del proceso de guarda.---------- Al respecto, este Cuerpo disiente con tal postura toda vez que el incidente es una cuestión que tiene relación con el objeto principal del pleito y en este caso la declaración de preadoptabilidad dispuesta es una consecuencia del dictado de medidas de protección, por lo que por su importancia requería la debida citación de ambos progenitores.---------- En efecto, en el trámite de declaración judicial de abandono previo al proceso de adopción deviene imprescindible la citación e intervención de los padres de sangre u otros componentes de la familia de origen, a fin de garantizarles la posibilidad de ser oído y ejercitar en plenitud sus derechos procesales, incluídas la proposición y producción de material probatorio admisible (Trib. Familia Formosa, 11/6/98, “D., D.V.D. y otra”, LL, 1999-D-769, 41709-S, cit. por Alberto J. Bueres – Elena I. Highton, “Cód. Civil...”, Ed. Hammurabi, Tomo 1B, Pág. 629).---------- En la jurisdicción, conforme surge de la consulta al sistema Libra V.3 en los autos caratulados: “Asesoría de Familia e Incapaces Nº 2 s/ Declaración de estado de abandono y preadoptabilidad de: B., F. F.” (Expte. 456 – Año 2011), “Asesoría de Familia Nº 2 s/ declaración de abandono y estado de preadoptabilidad de R. V., K. A. y V., L. M.(c.p.)” (Expte. 108 Año 2010) y “Asesoría Civil de Familia Nro. 2 s/ Declaración de preadoptabilidad y guarda preadoptiva (V., B. y M.)”, (Expte. 172 Año 2008) la magistrada interviniente ante la falta de regulación de un proceso específico estableció el proceso ordinario previsto en los arts. 99 y siguientes de la Ley III nro. 21; y en los autos caratulados: “Asesoría de Familia e Incapaces s/ Medida de Protección A. D. I. J.” (Expte. 441 Año 2012), el a quo corrió traslado a los progenitores para que contesten y ofrezcan prueba por el plazo de cinco (05) días.---------- Y en este caso, la ausencia de citas legales impide establecer si el magistrado optó por el proceso sumario previsto en la ley de familia o de incidente previsto en el código de rito al que remite la citada ley. No obstante es de resaltar que en las causas antes referidas se garantizó la audiencia de los progenitores y la posibilidad de ofrecer prueba.---------- En tal contexto, es de resaltar que la providencia glosada a fs. 606 por la cual se dispone correr traslado del pedido de declaración de adoptabilidad no se fundó en norma procesal que permita diferenciar un simple traslado previsto en el art. 152 del rito del traslado de un incidente en la forma establecida en los arts. 177 y siguientes del CPCC. La distinción no es menor, en el primer caso sólo se contesta lo alegado por la contraria mientras que en el segundo caso, además de la contestación se admite el ofrecimiento de prueba.----------

---------- Aparece así la primera irregularidad grave en la constitución del proceso. A ello se añade el modo de notificación adoptado (digital) dado el giro otorgado a las actuaciones derivado de la modificación sustancial de su objeto, y la importancia del pronunciamiento a dictar que requería del conocimiento personal los progenitores de los menores.----------

---------- Más adelante surge de las constancias de autos que los interesados fueron notificados digitalmente, y a fs. 622/625 se presenta únicamente la madre de los menores con el escrito titulado *"Contesta traslado de vista corrida a la Asesoría. Solicita"*, contestando el traslado conferido sin ofrecer prueba. Posteriormente se dicta la sentencia definitiva sin fijar la audiencia de vista de causa prevista en los arts. 106 y siguientes de la Ley III Nro. 21. ----------

---------- Ello así, se evidencia un giro intempestivo y sorpresivo en el desarrollo de las actuaciones que exceden el dictado de medidas de protección de los menores -provisionales y variables- para decidir sobre aspectos definitivos relacionados a la situación de los mismos, sin audiencia de los progenitores.----------

--- Cierto es que rige en el proceso de familia un principio de simplificación de los trámites procesales, como también la concentración y economía procesal, todo ello orientado a evitar traslados innecesarios, permitiendo así al juzgador cercenar peticiones dilatorias, suplir omisiones, y sanear el procedimiento, pero en ningún caso se admite la actuación del magistrado en detrimento del debido proceso legal.----------

--- Según palabras del Dr. Morello, del debido proceso legal derivan en cascada diversos e importantísimos principios procesales, tales como: a) de igualdad de trato; b) de control constitucional, c) de obrar jurisdiccional razonable y equitativo, d) de la calidad de la sentencia de mérito (desde el derecho a la acción hasta que la sentencia cuente con una motivación adecuada y seria), e) el principio contradictorio real que impida actuaciones unilaterales y sorpresivas de la otra parte o del propio órgano y garantice la prohibición de valerse de prueba obtenida por medios ilícitos y la de consentir y no revelar nulidades insalvables; en síntesis el deber ser garante del resultado útil de una dirección inteligente y activa bregando por afianzar la justicia y la recta protección de ese servicio, sin incurrir en excesos rituales ni en privación efectiva de justicia ("La eficacia del proceso", Ed. Hammurabi, 2001, págs. 03/ 04).----------

--- Y en autos, no se ha respetado el contradictorio real al introducir intempestivamente en el proceso de medida de protección cuestiones que ameritan un proceso específico; con audiencia de los interesados y con la posibilidad de ofrecer prueba; máxime cuando no fueron notificados en su domicilio real a fin de que ejerzan su derecho de defensa en juicio.----------

--- En efecto, la falta de audiencia de una persona, en un pleito donde recae una decisión judicial que afecte sus intereses, conculca la garantía del art. 18 de la Const. Nacional, garantía que sólo queda resguardada cuando se da al interesado oportunidad efectiva para hacer valer sus defensas en la etapa procesal pertinente (CSJN, 4/9/73,

“Cía. Swift de La Plata S.A.”, JA 19-1973-575, cit. por Augusto M. Morello, “El proceso justo” Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, pág. 87).----------

--- El cambio de óptica en el contenido del proceso justo desde la perspectiva del justiciable lleva a reconocer que a quien reclama de la jurisdicción tutela efectiva le asisten los derechos de defensa real, audiencia y contradicción efectivas, derecho de afirmar, alegar y ser oído por un juez independiente, derecho a excepcionarse y oponer defensas, derecho a alegar, derecho a la justicia procedimental, en síntesis, a un proceso justo constitucional comprensivo de todas las etapas y actividades y en todas las instancias (pág. 777, obra y autor citado).----------

--- Al respecto, no ha de soslayarse que en la decisión adoptada por el juez a quo a fs. 606 y las decisiones que fueron consecuencia de ésta hasta el dictado de la sentencia definitiva no se ha respetado ninguno de los derechos precedentemente individualizados.----------

--- Y en tal sentido ha señalado esta Sala en anteriores pronunciamientos que nuestra Constitución Nacional reconoce una serie de derechos de carácter público, que genéricamente conforman el llamado “derecho a la jurisdicción”. En este espectro de derechos se haya incluído el derecho al debido proceso legal o garantía de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de nuestra Carta Magna, de los que derivan los derechos enumerados en el párrafo anterior.----------

--- Al referir esta norma a la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos alude al principio del debido proceso que exige el cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimiento, (demanda, contestación y prueba), que son conditio sine qua non para la validez del pronunciamiento de una sentencia. Este grupo de facultades es reconocido a todas las personas y tiene por objeto garantizar el acceso a aquéllas a una decisión justa, fundada y oportuna, dictada por el órgano jurisdiccional habilitado para ello, a fin de resolver sus conflictos con otras personas o –incluso- con el Estado (Conf. Bidart Campos, “El derecho a la jurisdicción en Argentina, en E.D. IX-954, y Ekmekdjian, Miguel Ángel, “Tratado de Derecho Constitucional”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, Tomo II; p. 335).----------

--- En tal contexto, nuestro más Alto Tribunal ha señalado que estos preceptos resultan de aplicación y deben ser observados en todos los procesos (Fallos 310:1797), y ha establecido que corresponde a las normas procesales reglamentar y hacer efectivas las normas del debido proceso y defensa en juicio (Fallos: 303:232). Asimismo ha reconocido que es posible establecer razonables restricciones formales a los litigantes, inclusive en el orden temporal (Fallos 304:708), compatibilizando el ejercicio de los derechos de todos los intervinientes en el juicio, con el interés social que existe en la eficacia de la justicia (Fallos: 286:257), pero en ningún caso ha admitido decisiones jurisdiccionales, sin brindar la posibilidad de ser oídos a los interesados en el pronunciamiento a dictarse.----------

--- Por su parte nuestra Constitución Provincial en su art. 44, dispone “Es inviolable la

defensa en juicio de la persona y de los derechos en todo procedimiento o proceso de naturaleza civil.... Nadie puede ser privado de un derecho sino por una sentencia fundada, dictada por un juez competente con resguardo de las reglas del debido proceso, ni penado sino en virtud de un proceso regularmente tramitado con arreglo a las garantías consagradas en la Constitución Nacional y a las previsiones de la presente".----------

--- Estas normas constitucionales, hayan su correlato en el código adjetivo al establecer las facultades y deberes de los jueces en los arts. 34 inc. 5to. y 36. Particularmente el apartado c del primer artículo citado, en cuanto dispone que debe mantenerse la igualdad de las partes en el proceso que se haya vinculado al principio de bilateralidad o contradicción, en cuanto consiste en el derecho de la parte a ser oído, antes de que se dicte una resolución que lo vincule a determinada situación jurídica. Por su parte, el inc. 2do. del segundo artículo regula una serie de atribuciones al juzgador, pero siempre "respetando el derecho de defensa de las partes". Por último el citado art. 34 en su inc. 4to. dispone que debe fundarse toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes, y el principio de congruencia (esta Sala SIF 019/11).----------

--- Cabe reiterar que la Corte Suprema ha dicho que la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa, significa que el litigante deba ser oído y encontrarse en condiciones de ejercitar sus derechos en la forma y con las solemnidades establecidas por las leyes comunes (Fallos T 119 - pág. 156, T. 111 – págs. 285 y 299).----------

--- Es que las leyes de procedimiento en general son de orden público, y por lo mismo no pueden ser modificadas. Las formas se han introducido para servir a la justicia y a la verdad de los juicios, estableciendo y precisando un conjunto de reglas inviolables y de garantía social de las cuales no le es permitido a los jueces separarse sin incurrir en sanciones expresas. Si bien algunas normas procesales no son de observación obligatoria, otras revisten tal carácter y dentro de éstas está incluído las que disponen la notificación personal de las partes, la oportunidad para ofrecer prueba y de alegar conforme dispone la ley de familia. Ello así porque cuando la ley fija un trámite especial a una categoría de actos, las partes ni el órgano decisor no pueden dentro del proceso modificarlo sino en simples detalles y en grado muy mínimo, so pena de incurrir en violación al principio de legalidad. ----------

--- En efecto, si bien parte de la doctrina sostiene que las nulidades procesales pueden declararse de oficio siempre que no hayan sido consentidas y que se cumplan la totalidad de los principios que las sustentan (de especificidad, de trascendencia, de existencia de vicio o ineficacia del acto), el motivo esencial para su procedencia está en todo acto que lesione la garantía constitucional del debido proceso. (art. 18 Const. Nacional y arts. 18, inc. 9no. y 44 de la Const. Provincial). Alsina sostiene que son las nulidades esenciales las que pueden declararse de oficio porque ellas se fundan en la violación de una garantía constitucional ("Tratado…", Tomo I, págs.. 655 y 658).----------

--- En este orden de ideas se sostiene que la procedencia de las nulidades de oficio se produce cuando se alteran las formas sustanciales del juicio, de modo que habrá nulidad sustancial, si se obtiene o pretende obtener el efecto de un acto o de un procedimiento de manera distinta a la impositivamente prevista por la ley, en protección del derecho de defensa o del orden público. (Palomares, “Nulidades procesales civiles”, “Revista Jurídica”, jul. 1970 Nro., 21, pág. 178, con cita de Mendonga, “Nulidades procesales civiles”, “Revista del Colegio de Abogados de La Plata”, T. IX, p. 160 nro. 17, cit. por Alberto Luis Maurino, Ed. Astrea-2da. Edición, “Nulidades Procesales”, pág. 94, ap. 62).----------

--- Es que, aunque no medie petición de parte de que se declare la nulidad cabe declararla de oficio cuando la “alogicidad” del proceso impide, elaborar la solución del fondo del asunto. (CNCom., Sala D, 28/7/76, ED 73-189; CCivCom. Río Cuarto, 30/9/92, LLC, 1993-827).----------

--- Las nulidades que refieren a actos esenciales e irreproducibles del proceso, llamadas absolutas, puede ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso. Para ello debe aparecer manifiesta y nítida su ilegitimidad, principio que rige ante flagrantes violaciones de cláusulas constitucionales que acarrean perjuicios de tardía o imposible reparación ulterior (CFed. S Martín, 31/5/91, Rep.JA, 1992-687, nro. 3, autor y obra cit., pág. 95).----------

--- Se trata en el supuesto de una nulidad insubsanable en el curso ulterior del proceso, resulta manifiesta, patente, es perceptible a simple vista, sin necesidad de investigación alguna. Y es del caso, que ha de ser declarada de oficio, siguiendo el criterio sustentado por esta Sala, en cuanto señaló que la declaración de nulidad de oficio está admitida en el art. 1047 del Código Civil, y debe reunir dos requisitos para su procedencia, que el acto sea de nulidad absoluta porque afecta el interés general, y que la nulidad sea manifiesta, es decir debe surgir directamente del instrumento que comprueba el otorgamiento del acto, como ocurre cuando el acto no cumple con la forma exclusivamente ordenada por la ley (Conf. Belluscio, Augusto César “Declaración de oficio de la nulidad” ED 95-785 – Esta Sala SIL 053/10, SIE 038/10).----------

--- Ello así las deficiencias procesales que se produjeron en el desarrollo del proceso que perseguía la finalidad de declarar el estado de adoptabilidad de los menores son de tal gravedad que han imposibilitado que los progenitores fueran oídos, ejercieran adecuadamente el derecho de defensa en juicio, ofrecieran y produjeran prueba; y alegaran de conformidad con las previsiones establecidas en la ley de familia, razones suficientes para declarar la nulidad del traslado ordenado a fs. 606 de autos y de todos los actos procesales dictados en su consecuencia.----------

--- Atento el resultado al que se arriba, no se imponen costas ante la Alzada y no se regulan honorarios a los profesionales por su actuación en esta instancia.----------

---- En su mérito la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE**:----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA

--- I. Declarar la nulidad de la providencia dictada a fs. 606 y de todas los actos procesales dictados en su consecuencia.----------
--- II. Sin imponer costas, ni regular honorarios, atento el modo en el que se resuelve.----
--- II. Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

--- **REGISTRADA BAJO EL Nº DE 2014 – SIF.- CONSTE.-**

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA