Puerto Madryn, Octubre de 2014.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: "**Legajo de copias en autos: "AFI S/ Medida de Protección (M. C. O.)" (Expte. 661 - 2012)", Expediente 161 Año 2014** venidos del Juzgado Familia N° 1, por haber interpuesto a fs. 581 el progenitor de los niños, Sr. C. O., recurso de apelación contra la Sentencia Interlocutoria registrada bajo nº 329/14 de fs. 548/555.

I. A fs. 548/555 la Sra. Jueza de grado resuelve disponer cautelarmente la guarda de los niños S. E. y T. D. O.a cargo de su abuelo M. O. G., por el término de seis meses.

Contra dicha providencia se alza el Sr. C. O., progenitor de los niños. Fundando sus agravios en el memorial de fs. 583/593 del presente legajo de copias.

Sostiene el recurrente que en los presentes autos existió violación del debido proceso como así también la garantía constitucional de defensa en juicio.

Explica, que se incumplió la manda del art. 98 de la Ley III Nº 21 y los requisitos del código procesal, lo que le impidió ejercer su correcta defensa en juicio y conocer circunstanciadamente los hechos que le fueran imputados y las pruebas obtenidas en su contra.

Señala que el Ministerio de la Defensa Pública requirió medidas de protección, los defendió y sugirió medidas sancionatorias, que fueron ratificadas por la Sra. Jueza de grado.

Entiende que con ello se produce un grave conflicto de intereses, parcialidad en la resolución del caso, siendo Juez y parte del proceso, impidiendo todo ello la debida defensa en juicio del suscripto.

Considera que a tal extremo se vislumbra el conflicto de intereses, que el abuelo materno, también ha sido patrocinado por la Defensa Pública, cuando era evidente que se encontraban en posiciones contrapuestas, lo cual determina la ilegalidad del procedimiento, por encontrarse claramente cercenada su defensa en juicio.

Asimismo le causa agravio la resolución dictada porque viola el derecho a la familia, lo que trae aparejada la nulidad de la sentencia.

Resaltan que la presente causa se encuentra inmersa en una serie de citas meramente dogmáticas, diagnósticos reiterativos, sin una solución real y verdadera.

Asevera que pese a la situación de vulnerabilidad de la familia, que fuera descripta por los profesionales intervinientes, y las sugerencias de un abordaje y acompañamiento se dispuso su exclusión del hogar conyugal.

Destaca que de la lectura integral de la causa, no surge una medida concreta que se hubiera llevado adelante en pos del sostenimiento y fortalecimiento familiar.

Indica que la sentencia en crisis como la tramitación de esta causa, se encuentra integrada de meras afirmaciones dogmáticas y reiteración del principio del interés superior del niño, carente de subjetivación particular, es decir, de qué modo, las acciones u omisiones de los progenitores afectaron directamente el principio constitucional, y de qué modo, la intervención estatal y jurisdiccional ha mejorado tal afectación.

Por otro lado, se agravia en el alejamiento arbitrario de los niños, lo cual afecta la revinculación con estos.

Concluye que la sentencia recurrida resulta arbitraria, creyendo que es el paso previo para que en diciembre de 2014 cuando los niños regresen a la ciudad se otorgue la guarda definitiva a su abuelo materno, sin ninguna posibilidad de defensa.

Cita leyes nacionales, provinciales y tratados internacionales.

A fs. 595/597 contesta el memorial de agravios la Sra. Asesora de Familia e Incapaces, M. A. M., junto a la Sra. Abogada Adjunta de C. Z.

II. La primera cuestión a tratar es si los agravios presentados a fs. 583/593 cumplen con lo prescripto por el art. 268 del CPCC, debido a que concretamente lo que se está resolviendo en la resolución recurrida es la decisión de la Magistrada de grado respecto al otorgamiento de la guarda de los menores a su abuelo materno.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia ha sostenido *que cuando existen dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga que le impone el art. 268 del CPCCCh, en cuanto a rebatir adecuadamente las motivaciones de la sentencia recurrida, debe optarse por tener satisfecha esa carga* (cfr. autos "G. vda. de F., E." del 31-05-99; idéntico sentido autos "T.R.J., S.N. s/ Divorcio Vincular" del 22-03-00 Nro. SAIJ00150014 y "P., R. c/ M. s/ diferencias salariales" del 23-03-01 SAIJ01150056).

Y es criterio de esta Cámara que: "*No obstante la precariedad que pueda observarse en la crítica a la resolución que recurre, la apelación cumple en cierta medida con las exigencias del art .265 del Cód. Procesal si de acuerdo con el criterio de amplia tolerancia, que resulta ser la interpretación que se juzga más acorde con la garantía constitucional de la defensa en juicio, se cumple con el mínimo de técnica exigido por las normas procesales en materia recursiva"* (citado por Roberto G. Loutayf Ranea "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil" 1 pág.305. Ed Astrea Bs. As. 2009)(SDL Nº 21/10 CAPM).

Por todo lo expuesto, se procederá a tratar los agravios expuestos a fs. 583/593.

III. Comenzaremos en primer lugar tratando conjuntamente los agravios relacionados a la violación del debido proceso y de defensa en juicio.

Cabe resaltar que surge de las constancias de autos, a lo largo de los distintos cuerpos, que el recurrente contó con la intervención adecuada, pudiendo acceder a las constancias de autos y participar de las distintas etapas con las que cuenta el proceso.

Cierto es, que en este tipo de cuestiones tal vez no siempre se lleva un orden puntilloso, intercalándose a lo largo del procedimiento distintas cuestiones que van surgiendo relacionadas con los menores y su grupo familiar, las que deben resolverse con premura por la materia que se trata. Ello, muchas veces puede tornar desordenado el trámite, pero se puede observar, en los presentes actuados que las partes siempre participaron activamente en las distintas etapas del proceso, por lo que no se observa que se haya violado el derecho de defensa en juicio.

Por otro lado, se agravia el recurrente en que la Defensa Pública inició de oficio estos autos, llevándolo adelante, pero también lo asesoró y representó tanto a él como al abuelo materno cuando existían intereses contrapuestos.

El artículo 21 de la Ley V Nº 139 establece las funciones de los Asesores de Familia, entre ellas podemos mencionar las siguientes: interviene, en los términos del artículo 59 del Código Civil, en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte derechos de niños, niñas, adolescentes y personas con padecimiento mental, entablando las acciones o recursos que sean pertinentes. Asimismo, interviene en el control de legalidad de las medidas adoptadas por organismos administrativos. Peticiona, en los casos del que resulte necesario, las medidas que hagan a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes y personas con padecimiento mental, en forma autónoma y ejerciendo la directa representación de quienes carecieran de asistencia o representación legal o cuando resulte necesario suplir la inacción u oposición de sus representantes legales o de las personas que los tuvieren a su cargo por disposición judicial o de hecho.

En el caso de autos, la Asesoría no hizo más que cumplir con sus funciones, las que son diferentes a los letrados que ejercen la defensa civil.

Los Defensores Públicos Civiles, tiene como función garantizar, a través de la asistencia técnico jurídica, el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (art. 1 Ley V Nº 139).

El artículo 2º de la ley de la Defensa Pública establece que "Cada uno de sus funcionarios desempeña su cargo con independencia, autonomía y responsabilidad, con sujeción a las normas constitucionales…". Ello significa que actúan como letrados particulares en defensa de los intereses de sus representados, por lo que no existe, como señala el recurrente, violación de la defensa en juicio por estar representados todas las partes por la Defensa Pública ya que fueron asistidos por diferentes letrados y los niños representados por la Asesoría de Familia e Incapaces.

Con el criterio expuesto por el recurrente, no podrían intervenir en un proceso contradictorio dos letrados de la defensoría, cosa que no ocurre, ya que cada uno responde por los intereses de su cliente.

Si bien la Defensoría Pública Civil y la Asesoría de Familia e Incapaces dependen del mismo Ministerio, las funciones que cumplen son completamente distintas, por lo que no existe un conflicto de intereses.

Por otro lado se agravia en que la resolución atacada viola el derecho a la familia.

Al momento de analizar cuestiones como la traída a estudio este Cuerpo considera que no puede escindirse el objeto protectorio de la misma que no es otro que el interés superior del niño. Como lo ha sostenido el STJCH *"...dicha regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. El niño, desde el punto de vista del derecho*

es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir, pero no se reducen a los de sus mayores..." (STJCH en autos: M., R. I. y Otra s/ Adopción, Expte. Nº 21.797-M-2009, Id. V., F. M. s/ Adopción Simple", Expte. N° 19.520-V-2004, S.D. 09/S.R.E./05, Tal criterio es mantenido por la Corte en las causas "M.D.H. c/ M.B.M.F.", 29/04/08, Fallos, 331:941, en "A.F.", 13/03/07, Fallos, 330:642, "A., C. c/ D. C., M. A. – D., G. N.", 17/04/07, Fallos, 330:1671 y "S.,C. s/ Adopción", 02/08/05, Fallos, 328:287).

Los Arts. 19 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño establecen la protección de todos los niños contra toda forma de *"... abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación... mientras se encuentren bajo la custodia de los padres..."*, agregando que los niños solo podrán ser privados permanentemente de su medio familiar cuando su *"...superior interés exija que no permanezcan en ese medio..." debiendo garantizar "...otros tipos de cuidado para esos niños..."*.

La atención primordial al interés superior del niño a que alude el Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor.

Si bien es cierto que el art. 9 de la Convención establece que los niños no deben ser separados de sus padres en contra de su voluntad, también lo es que existe, como ya se ha puesto de relieve, un interés superior del niño (Art. 3 de la CDN), que impone dicha separación cuando éste sea objeto de descuido por parte de sus progenitores (Arts. 3º y 9º de la C.D.N.).-

En igual sentido la Corte de Internacional de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-17/2002 ha expresado que "*es preciso resaltar la particular atención que tiene este interés superior del niño, en la medida que para su efectiva tutela" "...es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en que se*

hallan los niños..." (C.I.D.H., Opinión Consultiva 17/2002 del 28/8/2002, párr. 61).-

Los tribunales están obligados a atender como consideración primordial al interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que *"garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención*" (Fallos: 318:514) (conf. C.S.J.N., 02-12-2008, Fallos 331:2691; L. L. 2008-F, 705).-

La Corte ha indicado, asimismo, que los órganos judiciales, así como toda institución estatal, han de aplicar el principio del interés superior del niño *"estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente"* (Comité, Observación general Nº 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 2003, HRI/GEN/1/ Rev. 7, párr. 12, p. 365). (C.S.J.N., 16/09/2008, , Expte. G. 617. XLIII, L. L. 2009-A, 450).-

No es posible dar contenido concreto a la fórmula genérica del "interés superior del niño" si no es analizando cada caso en particular, porque precisamente la consideración del niño como persona, sujeto de derechos, exige atender a sus circunstancias particulares.

De las constancias obrantes en autos se observa que la Magistrada de grado ha contado con más de un elemento para tomar la decisión recurrida, y no solo los primeros informes socio-ambientales y psicológicos que menciona el apelante.

Si bien los progenitores se encuentran realizando tratamiento psicológico y han ido mostrando avances y compromiso con el fin de recuperar a sus

hijos, surge de los informes que existen todavía ciertos aspectos importantes que han de tener que seguir trabajando, como así también una falta de apoyo sociofamiliar que se representa un condicionamiento y limitación importante.

Las distintas evaluaciones tanto psicológicas como sociales de los presentes autos, son prueba suficiente y eficaz para tener justificado con el grado de certeza que exige este pronunciamiento, que los niños en este momento no tienen adecuado resguardo junto a sus progenitores.

"Según el art. 39 de la Ley 26.061, las medidas excepcionales de protección serán adoptadas cuando el interés superior del niño exija que no permanezcan en su núcleo familiar. El decreto reglamentario 415/2005 establece que se entenderá que el interés superior del niño exige esta separación cuando medien circunstancias graves que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental del niño y/o cuando él fuera víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes y no resultare posible la exclusión del agresor" ("Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes" Análisis de la Ley 26.061, artículo de Laura Rodríguez y Ernesto Blanck, pág. 197).

Finalmente se agravia el recurrente en relación al alejamiento a más de tres mil kilómetros de distancia de los niños de ellos.

Señala la imposibilidad de responsabilizarse de sus roles paternos por la distancia en que se encuentran los niños.

Si bien es cierto lo planteado por el recurrente, lo que aquí ha evaluado y dado prioridad la Sra. Jueza, fue el interés superior de los niños, optando que durante el lapso que deba durar esta etapa, los menores se encuentren con familiares y no institucionalizados. Ello conforme al bienestar de los mismos.

De las constancias obrantes en el presente legajo de copias, no se visualiza que la Magistrada de grado haya adoptado una resolución arbitraria o

caprichosa, sino que la misma se ha basado en dictámenes del ETI que no fueron cuestionados, ni impugnados por el recurrente oportunamente.
Por todo ello, teniendo en cuenta la provisoriedad que caracteriza a las decisiones en el derecho de familia, y lo manifestado por la Asesoría de Familia e Incapaces, se confirmará la resolución en crisis, sin perjuicio del trabajo multidisciplinario con el que se aborde al grupo familiar y la adopción de cualesquiera de las opciones para lograr el reintegro de los niños a su grupo familiar.

III. Las costas de esta instancia se imponen al apelante (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios profesionales del Dr. D. C. en 8 Jus (arts. 5, 6 bis, 7, 13 y ley arancelaria).

Por ello la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn.

RESUELVE:

1) CONFIRMAR la Sentencia Interlocutoria registrada bajo Nº 329/14 de fs. 548/555 en todo cuanto ha sido materia de agravios.
2) IMPONER las costas en la Alzada al apelante vencido (art. 69 CPCC).
3) REGULAR los honorarios profesionales, por la labor realizada en esta instancia, del Dr. D. C. en 8 Jus (arts. 5, 6 bis, 7, 13 ley arancelaria).
4) REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /14 SIF.-