--- En la ciudad de Trelew, a los días de febrero del año dos mil quince, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Raúl Adrián Vergara y Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“Asesoría de Familia s/ Estado de Adoptabilidad Menores M. J. N. y N. A. R. M.” (Expte. N° 59 – Año 2015 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del
sorteo practicado a fs. 289. ----------
--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo:----------
--Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo de los recursos de apelación interpuestos por los progenitores M. F. M. a fs. 58 y M. M. a fs. 62, así como por la menor K. C. M. a fs. 97, en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 54/56 vta., por el cual se declara el estado de adoptabilidad de los niños M. K. C., M. J. N. y N. Á. R. M., imponiendo las costas a sus padres I. M. M. y
M. F. M..---------- ----A fs. 59, 63 y 98 se conceden los tres recursos respectivamente. A fs. 103/107 obra la expresión de agravios de K. C. M., a fs. 120/124 vta. la de I. M. M., y a fs. 139/144 luce la de M. F. M.. A fs. 154/155 vta. se dispone desglosar y devolver la prueba informativa y documental adjuntada por los apelantes I. M. y M. M.. A fs. 159 se corre traslado de las expresiones de agravios, las que son contestadas por la Asesoría de Familia a fs. 171/179. A fs. 195/196 luce el acta de audiencia con los menores N. Á. R. y M. K. C. M., a fs. 197/198 obra la correspondiente a la audiencia con la madre de los mismos y la abogada del padre, a fs. 201/vta. luce la de la audiencia con el niño M. J. M., y a fs. 210/212 la de la audiencia mantenida con los guardadores de este último. A fs. 222/225 se resuelve, por este Cuerpo, otorgar la guarda de M. y N. M. a su abuela A. T., y se rechaza las peticiones de levantamiento de prohibición de acercamiento de los tres niños respecto de sus padres.----------I.- Comenzaré por efectuar una reseña de los agravios vertidos por los recurrentes y de la contestación de los mismos por el Ministerio Pupilar. ----------1) La menor K. M. -en verdad M. K. C. M.- se agravia, en primer lugar, de que la jueza de grado resolviera *extra petita,* sosteniendo que en el escrito de inicio sólo se requirió la declaración de estado de abandono y adoptabilidad de sus hermanos, expresándose que ante la declinación de responsabilidades parentales devendría la tutela legal respecto de su persona. Es así que entiende que mal pudo haberse dispuesto el estado de abandono y adoptabilidad con relación a ella.
----Arguye que no se respetaron las garantías mínimas de procedimiento establecidas en el art. 27 de la ley 26061, ya que se resolvió sin previo traslado a su persona o a sus

representantes legales, lo cual le ha impedido tomar conocimiento del “supuesto” pedido de abandono y adoptabilidad, por lo que entiende infringido el principio del debido proceso, en cuanto toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal imparcial. Agrega que al contar con trece años, este principio cobra mayor importancia en función del interés superior del niño, tal como lo consagra el art. 27 de la ley 26061, amén de que el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el derecho del niño a expresar su opinión libremente en los asuntos que los afecten, debiendo tenerse en cuenta para ello la edad y el grado de madurez. Añade que no fue debidamente citada y que su abogada, designada en el expediente sobre medida de protección, nunca fue vinculada a la presente causa. Considera que por lo expuesto tampoco fue debidamente notificada de la sentencia recurrida, así como que tampoco se respetó su derecho a ser asistida por un letrado preferentemente especializado en niñez, ya que se le designó una abogada en la causa sobre medidas de protección, mas no en este expediente. Finalmente, en cuanto a este agravio, aduce que tampoco se respetó su derecho a
participar activamente en el proceso. ----------
---En tercer lugar se queja de que no se respetara el principio de defensa en juicio, dado que al no corrérsele traslado no se le garantizó la posibilidad de ofrecer prueba y de alegar. Explica que a sus padres se corrió traslado sólo de la declaración de abandono y estado de adoptabilidad de sus hermanos, pero respecto de su persona se advertía sólo que su abuela detentaba la guarda y que por ello devendría la tutela prevista en el art. 397, inc. 1 del C. Civil a favor de la misma. Aduce que los principios de concentración, simplificación y economía procesal no deben regir en detrimento del debido proceso legal. Menciona la realidad fáctica en cuanto a que se encuentra alojada junto a su madre y a su hermano R. -en verdad N. Á. R.- en el Centro Integral de la Mujer de Rawson. Denuncia contradicción en la posición de la actora, en cuanto manifiesta que no hay miembros de la familia ampliada idóneos para ejercer las funciones de crianza de su persona, cuando refiere haber pedido informes del ETI para que se expida sobre la predisposición, voluntad e idoneidad de su abuela materna para asumir la tutela legal. Concluye que no se ha agotado la búsqueda de algún familiar o referente afectivo, amén de que existe predisposición de la abuela
materna para ejercer su crianza. ----------
---2) La madre de los menores se agravia puntualizando las siguientes cuestiones. En primer lugar cuestiona que la sentenciante considerara que su parte ha demostrado total desinterés por sus hijos, lo cual resulta un argumento genérico y vacío de contenido, ya que omite considerar que hace más de un año se encuentra abocada de manera exclusiva al cuidado de dos de ellos. Señala que realizó reclamos extrajudiciales y presentaciones requiriendo a los organismos estatales intervinientes la asistencia debida para sus hijos, tanto en lo que respecta a la atención psicológica como al alojamiento

edilicio. Indica que el criterio de la jueza partió de exigir el cumplimiento de las obligaciones de los padres, obviando las obligaciones de los demás actores, y que se hizo hincapié en la inasistencia a una audiencia sin considerar los escasos recursos de los que dispone. Agrega que se omitió considerar que, a pesar de ser adjudicataria de una vivienda social en la ciudad de Comodoro Rivadavia, vino a esta ciudad sólo por este proceso en relación a sus hijos. ----------En otro apartado se agravia de que la decisión impugnada se remitiera a la sentencia del Dr. Alesi, la que fue declarada nula, lo cual nunca puede ser un argumento jurídicamente válido para fundamentar una sentencia, lo que la vuelve infundada y arbitraria. En lo que se refiere a la valoración de la prueba, también considera que de manera genérica se imputa a los padres ser responsables de varias formas de maltrato infantil. Hace referencia al precedente de la Corte Interamericana “Fornerón” en cuanto a que deben evaluarse los comportamientos parentales de manera específica así como su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño. De allí que sostiene que no puede basarse la sentencia en meras referencias

especulativas.----------

----Seguidamente refiere que no se pidió que se declare el estado de adoptabilidad de K., señalando, a mayor abundamiento que en el expediente de medida de protección le fue otorgada la guarda de su hija a su madre, A. T.. Refiere a que, por graves diferencias con la abuela, K. y R. se encuentran viviendo con ella en el Centro Integral de la Mujer de Rawson, así como que en dicha causa se designó una abogada a K.. Señala que no se ha respetado el principio procesal de congruencia, así como que no se dan, en la especie, los presupuestos del art. 317 del C. Civil, ya que no se presenta ninguna excepción al requisito de consentimiento de los progenitores a la guarda, como tampoco acontece a la luz del nuevo art. 607 del C. Civil y Comercial. Reitera que convive con dos de sus hijos hace más de un año, destacando el buen desempeño escolar de los mismos. Remite a los informes pedagógicos y educativos para argumentar esto último, resaltando que la jueza de grado efectuó una evaluación apresurada basada en hechos ocasionales pasados, sin considerar la real situación familiar que ameritaba un mejor trabajo de los operadores del Estado. Concluye con una nueva referencia al precedente “Fornerón”. ----------

----3) El padre de los niños, luego de efectuar una breve referencia de los antecedentes de la causa, resalta que las actuaciones sobre medida de protección de derechos (Expediente N° 341, Año: 2012) dieron inicio al presente expediente, destacando que en la anterior causa su parte no contó con asesoramiento ni con la defensa que le otorga el derecho, dado que depositó su confianza en una letrada de la matrícula que no cumplió con su deber de diligencia, por cuanto se limitó a tomar vista de las actuaciones sin presentar contestación del traslado conferido. Añade que no fue notificado personalmente de la prohibición de acercamiento ordenada, no pudiendo ejercer su

defensa. Refiere que a M. sólo se le han conferido dos traslados, la primera vez respecto de la medida de protección de sus hijos, y la segunda cuando se le corrió traslado del estado de abandono y adoptabilidad de los niños. Agrega que se descartó de plano evaluar a la familia extensa por parte paterna, y que se lo juzgó por un supuesto A.S.I. sin tomar contacto con él. Aduce que cuenta con el apoyo de su familia y del personal de la provincia para el cual trabaja para poder tener a sus hijos a cargo. Agrega que cada vez que pudo se comunicó con sus hijos, lo cual duraba hasta que se enteraba la madre, quien siempre impidió dicho contacto. Reitera que podría hacerse cargo de sus hijos, lo que relaciona con el derecho de ellos a permanecer junto a su familia de origen. Indica que se sobreentendió desde el inicio el abandono de sus hijos, lo que vincula a los intentos infructuosos para que la madre los proteja, lo cual llevó a la convicción de la incapacidad del padre para el ejercicio sano y beneficioso de su paternidad.----------

----------Aduce asimismo que se violó el principio de congruencia, dado que se trata de una sentencia *extra petita,* por cuanto se requirió solamente el estado de abandono y adoptabilidad de sus hijos varones pero no de M. K. C.. Cita doctrina al efecto, destacando que en materia procesal se desarrolló el principio de congruencia en salvaguarda de las garantías constitucionales del debido proceso y de defensa en juicio. En lo que se refiere a la motivación de la sentencia, hace referencia al decisorio del Dr. Alesi en la causa sobre medida de protección de derechos, donde se juzga negativamente la conducta de ambos progenitores, a lo que expresa que con relación a él, no se demostró fehacientemente que hubiera incurrido en las conductas que se le enrostran. Asimismo cuestiona que se considerara la inexistencia de referentes válidos en la familia extensa, ya que no se tuvo en cuenta a la familia extensa paterna. Refiere a la ley 26061 y a la prioridad de agotar la aplicación de programas sociales y políticas públicas que permitan evitar la separación del niño de su medio familiar o comunitario, reiterando que su familia extensa está dispuesta a ejercer la guarda de los niños. Finaliza enumerando distintos derechos constitucionales y convencionales de los niños que considera vulnerados, como el derecho a la convivencia familiar y comunitaria, a un sistema de protección integral, y a ser oído. ----------

----4) La Asesora de Familia de Rawson, al contestar los agravios de los tres recurrentes, comienza por efectuar un análisis de las constancias de autos, principiando por expresar que en representación de N. y M. M. promovió la presente demanda a fin de que se declare el estado de abandono y adoptabilidad de los mismos, y que se adopten las medidas de protección más convenientes para ellos, considerándose la posibilidad de que sean entregados en guarda con vistas a una futura adopción. Se ordenó correr traslado a los progenitores, el que fue contestado solamente por el Sr. M., dado que la Sra. M. contestó la demanda extemporáneamente. Asimismo indica que M. ofreció como única prueba una pericia a fin de que se evalúe su persona y a su familia extensa,

elaborando un informe socioambiental y de interacción familiar, concluyendo la jueza que no se desplegó actividad alguna para producir dicha prueba. Remarca que, ante la falta de conformidad de M. a fin de que se delegue la guarda preadoptiva de sus hijos, la cuestión a resolver consistía en determinar si la conducta de los padres encuadraba en el supuesto de desamparo del art. 317, inc. a, 2do. párrafo del C. Civil, concluyendo que de las pruebas aportadas ha quedado evidenciado que los progenitores han incurrido en graves y evidentes incumplimientos de los deberes inherentes a la autoridad parental, que se inscriben en un cuadro de grave maltrato infantil, tales como situaciones de riesgo, o aquellas donde no se atienden las necesidades de los menores, de descuido físico y psicológico, de desatención crónica. Explica que se arriba a dicha conclusión a partir de lo evaluado por el ETI en el mes de julio de 2013, y enumera los síntomas de maltrato infantil constatados. Añade que ha quedado demostrado que se dio cumplimiento con la obligación estatal de procurar “asistencia apropiada” prevista en el art. 18.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dado que el Servicio de Protección local ha incluido a la Sra. M. en programas de orientación, apoyo y seguimiento para que supere las dificultades que obstan a un adecuado cumplimiento de sus obligaciones de crianza, educación y protección de sus hijos, habiéndose dado cumplimiento así con los arts. 4, 5, 7 y 33 de la ley 26061. Pese a ello, continúa diciendo, se demostró que la Sra. M. frustró la implementación de todo tipo de medidas propuestas por los órganos administrativos, por lo que no logra revertir su incompetencia para asumir la función de crianza, cuidado y protección integral de sus hijos. Es por ello que considera que la irreversibilidad del déficit de la madre de los menores, confirmada por el informe del ETI, resulta suficiente para dar por concluida la etapa de rehabilitación de la función parental, atento lo dispuesto por el art. 128, 2do. párrafo de la ley III N° 21.----------
---En cuanto al padre, Sr. M., señala que sólo ha demostrado indiferencia a la situación atravesada por sus hijos, dado que la medida de protección se ha iniciado en junio de 2012, y a pesar de tener conocimiento de ello, no ha comparecido a tener contacto con los distintos organismos administrativos intervinientes, no solicitó tener contacto con los menores, no compareció a las citaciones judiciales, y no aportó elemento alguno que desvirtúe la sospecha que recae sobre él respecto del supuesto ASI que se le imputa con relación a uno de sus hijos. En lo que se refiere a la familia ampliada, señala que el art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados partes respetarán las responsabilidades, derechos y deberes de los padres y de los miembros de dicha familia ampliada o de la comunidad, cita el art. 7 del decreto 415/06 en cuanto a los distintos conceptos de familia según su mayor o menor extensión, para concluir que de las constancias de la causa sobre medida de protección surge que no hay ningún miembro de la familia ampliada que sea idóneo para ejercer las funciones de crianza de los niños. Y destaca que el Sr. M. no ha mencionado a ningún familiar en concreto que pueda hacerse cargo del cuidado de los niños.----------En cuanto a K. sostiene que

se advirtió en el escrito de inicio que la abuela materna se encontraba ejerciendo la guarda que le fuera delegada en el expediente 341/2012. Es así que, reconociendo el derecho a mantener las relaciones familiares con sus progenitores y otros miembros de la familia, se entendió que correspondía la tutela como instituto protectorio. Y dado que la abuela no la había solicitado, se requirió la intervención del ETI a fin de determinar la voluntad e idoneidad de la Sra. T. para asumir la tutela. De las constancias del expediente citado, sigue expresando, se desprende que la situación de K. se modificó en julio de 2014 por el incumplimiento de su madre a las distintas mandas judiciales, así como ha quedado en evidencia la intención de la abuela de que se le restituya la niña, así como se acreditó su idoneidad para tener a su nieta a su cuidado. Refiere que M. reconoce no haber sido notificado personalmente de la prohibición de acercamiento dictada en el expediente 341/2012, intentando argumentar así su estado de indefensión, mas admite haber tomado conocimiento de una medida de protección de derechos desde agosto de 2012, lo que revela que no tuvo contacto con sus hijos por más de dos años, confirmando el total desinterés por la situación de sus hijos. En cuanto al desinterés de la madre en el proceso, destaca que la misma no ha contestado la demanda, no compareció a la audiencia de vista de causa ni llevó a sus hijos a la audiencia fijada para ellos. Añade que la jueza fundamentó su sentencia valorando las presentaciones en autos, entre ellas el informe del Servicio de Protección de Derechos de junio de 2014, en el cual se dice que R. permaneció al cuidado de su madre, constatándose que lo maltrataba, así como la evaluación concordante del ETI. ----------
----------Se expide luego respecto de la expresión de agravios de la menor K.. En lo que se refiere a que la juzgadora se expidió *extra petita,* remite a su presentación en el alegato en cuanto a que el análisis judicial no tiene que circunscribirse a la verificación de la *causa petendi,* sino que debe llevar a cabo una intervención exhaustiva extra oficiosa en el estudio de los elementos que permitan definir la verdadera causa de pedir del niño y las acciones necesarias para el resguardo de sus derechos. Señala que existe un interés social comprometido en la temática de la promoción y protección integral de los derechos de la infancia, los que son de orden público de acuerdo a lo establecido en el art. 2 de la ley 26061. Cita el precedente “Furlan” de la Corte Interamericana, así como jurisprudencia de este Cuerpo. Agrega que la sentenciante ha dejado en claro que el tema a resolver era la situación jurídica de los progenitores en relación a los hijos, por lo que no debía confundirse el objeto del pleito con la pretensión procesal, consistiendo este último en definir la situación jurídica de los menores M.. En lo que se refiere a que no se respetaron las garantías mínimas del art. 27 de la ley 26061, refiere que se fijó audiencia para el día 02/12/14 a fin de que comparezcan la menor y su hermano R., solicitando el Ministerio Pupilar que se arbitren los medios para su comparecencia, habiendo concurrido los operadores designados por el Servicio de Protección de Derechos, quienes expresaron que K. tenía conocimiento

de la audiencia. Es más, la letrada de la menor compareció a la audiencia y manifestó que su representada no era parte en este expediente, lo que entiende que no se compadece con la actuación que tuvo en el expediente sobre medida de protección. Considera contradictoria la postura de la menor recurrente.----------

---A continuación refiere que se ha constatado que pese a que M. M. “convive” con dos de sus hijos, no sólo no ejerce el rol parental de orientación, cuidado y afectividad, dado que se ausenta del centro donde están alojados durante gran parte del día y la noche, sino que continúa descargando su agresividad y violencia sobre sus hijos, desde que ignora sus necesidades y deseos y les propina maltrato físico y psicológico. Considera que el derecho a ser oídos de K., J. y R. se encuentra satisfecho, por cuanto han tenido numerosas oportunidades para ser escuchados, recordando que la valoración de la opinión del niño queda al arbitrio del juez. Cita doctrina y jurisprudencia. Concluye afirmando que este Poder Judicial debe poner un límite al obrar malicioso y dañoso de los progenitores, destacando que la madre es beneficiaria de una vivienda adjudicada por el IPVyDU ubicada en Comodoro Rivadavia desde octubre de 2013, la cual no ocupa y que desde mayo de 2014 permanece alojada en el Centro Integral de la Mujer de Rawson, reanudando la convivencia con R. y K., contradiciendo la orden de prohibición de acercamiento hacia sus tres hijos, y gozando de beneficios otorgados por el municipio de Rawson.---------- -

---II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, me adentraré en el tratamiento de los agravios reseñados, los que agruparé por materia no obstante quien los haya expresado. Sin embargo se impone efectuar una aclaración preliminar que desarrollo a continuación.----------

---1) Dada la sanción del Código Civil y Comercial -ley 26994-, y la entrada en vigencia del mismo a partir del pasado 1° de agosto de 2015 (conf. ley 27077), corresponde que efectúe unas breves consideraciones con relación a su aplicación o no al presente caso. El art. 7 del citado código establece: *“**Eficacia temporal**. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.*----------Se ha sostenido que esta regla está dirigida al juez y le indica qué ley debe aplicar al resolver el caso, y establece que debe aplicar la ley de modo inmediato y que no tiene efecto retroactivo, con las excepciones previstas. Para entender adecuadamente el tema ha de decirse que: la ley entra en vigencia a partir de la fecha que establecen (art. 5); esa ley describe un supuesto de hecho y quedan subsumidos en ella todas las relaciones jurídicas futuras; las que están en curso pueden verse afectadas y entonces hay que

establecer reglas de aplicación; la regla general es la aplicación inmediata a las consecuencias de relaciones y situaciones jurídicas existentes, la excepción es que las leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo; la segunda regla general es que la ley no puede tener efectos retroactivos, la excepción es que una ley lo establezca expresamente, pero en ese caso, no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. La ley fija una fecha a partir de la cual comienza su vigencia (art. 5) y deroga la ley anterior, de manera que no hay conflicto de leyes. El problema son los supuestos de hecho, es decir, una relación jurídica que se ha cumplido bajo la vigencia de la ley anterior, tiene efectos que se prolongan en el tiempo y son regulados por la ley posterior. La norma, siguiendo el Código derogado, establece la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las que se constituyeron o se extinguieron cumpliendo los requisitos de la ley anterior no son alcanzados por este efecto inmediato. Por ejemplo, si se contrajo matrimonio, o se constituyó un derecho real, o se cumplió un contrato, ello queda regulado por la ley anterior. Si la ley pretende incluirlas, hay que aplicar la regla de la irretroactividad. Las que están en el proceso de constitución son alcanzadas por la nueva ley. Por ejemplo, si se está constituyendo un derecho real o celebrando un contrato o una sociedad o un matrimonio, pero todavía no se concluyó. Las consecuencias son todos los efectos de hecho, o de derecho que reconocen como causa a una situación o relación jurídica existente (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, en Lorenzetti (Director): “Código Civil y Comercial Comentado”, Rubinzal-Culzoni Editores,
2014, T° I, págs. 45/47). ----------

---La cuestión referida a la aplicación inmediata de la nueva ley a las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas existentes, plantea diversos interrogantes y no menos posturas, según sean los casos a considerar. Al respecto, y dado que el art. 7 del CCyC es, en lo sustancial, copia del art. 3 del C. Civil, se ha expuesto que las discrepancias a las cuales este último artículo dio lugar han sido resueltas por la jurisprudencia sobre la base de situaciones concretas, nunca en abstracto y, mucho menos, teniendo en consideración el estadio procesal en el que el expediente se encuentra (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída: “El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme”, LL del 22/04/2015, cita online: AR/DOC/1330/2015). Lo expuesto por la jurista mendocina fue en relación al Acuerdo Plenario de este Cuerpo N° 194 del 15/04/15, cuya parte dispositiva en su art. 1 establece: *“Disponer que una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los Códigos Civil y de Comercio hoy vigentes, en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz de los mismos ordenamientos bajo cuyo amparo ella se dictó”.* Vale aclarar que en los considerandos de dicho acuerdo, se argumentó que *“…a los efectos meramente orientadores, esclareciendo algunos*

criterios que habrán de aplicarse para brindar previsibilidad y certeza a los operadores jurídicos, tanto integrantes del Poder Judicial, como abogados del foro y justiciables, esta Cámara señala que una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los Códigos de Vélez Sarsfield y Acevedo, se produce una consolidación jurídica de la causa o un "consumo jurídico", que lleva aparejada la consecuencia de que en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz del mismo ordenamiento". Mas seguidamente se aclaró *"Ello así con excepción de aquellos supuestos que se pudieran presentar como hechos en curso de ejecución, esto es, que no se agotaron con el dictado de la sentencia sino que comenzaron a existir a partir de ella".* ----------Como se puede apreciar, la disposición contenida en el acuerdo plenario citado tiene una mera finalidad orientadora, sentando una regla general, pero ello no obsta a que se prevean excepciones que puedan presentarse en los casos particulares, de allí que, más allá de la crítica que se deriva de la cita doctrinaria efectuada, no encuentro que este Cuerpo considerara que estas cuestiones puedan resolverse en abstracto, sino que, de acuerdo a la regla general sentada, habrá que ponderar su aplicación al examinar cada caso concreto. No escapa al suscripto que Kemelmajer cuestiona concretamente algunos considerandos del acuerdo, entre ellos, los referidos a que la revisión de las sentencias de grado dictadas durante la vigencia de los códigos anteriores constituiría un atentado contra los derechos individuales amparados por las garantías constitucionales del derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal; y a que la consolidación jurídica de la causa se produce al momento de dictarse la sentencia de grado. Así, siempre en el artículo mentado, destaca la jurista mendocina, que el alegado derecho de defensa juega poco y nada, atento a que las llamadas normas de transición o de derecho transitorio no son de derecho material; son una especie de tercera norma de carácter formal a intercalar entre las de dos momentos diferentes, de allí que entienda que a través de esa norma formal, el juez aplica la ley que corresponde, aunque nadie se lo solicite, pues se trata de una cuestión de derecho (iura novit curia). Añade a ello que el hecho de que se haya dictado una sentencia que no se encuentra firme no tiene influencia sobre cuál es la ley aplicable, y expone a continuación diversos casos concretos, con diversa solución según el supuesto de hecho.----------

----Como no pretendo extenderme al respecto más allá de lo estrictamente necesario para precisar la aplicación o no del CCyC al caso en estudio, sólo referiré que en cuanto a la naturaleza de las normas de derecho transitorio, en opinión contraria a la de la Dra. Kemelmajer, el Dr. Julio César Rivera entiende que las mismas son sólo una herramienta que da el legislador a las partes y al juez para saber cuál sería la respuesta a la cuestión de fondo. De allí que sostiene que la norma de derecho transitorio es insuficiente porque no trata el caso de las relaciones jurídicas sometidas a proceso al tiempo de entrada en

vigencia de la nueva ley, lo que bien pudo haber hecho la nueva ley. Es así que focaliza el problema en que lo que cabe decidir es si se aplica o no un nuevo derecho de fondo a una relación jurídica sometida a juicio, teniendo a la mano una herramienta insuficiente por omisión. Y en cuanto al compromiso o no de derechos y garantías constitucionales en esta materia señala que aun cuando se descartara la idea de que en el proceso existe una relación jurídica procesal, lo cierto es que la traba de la litis hace que las partes no puedan ya modificar sus pretensiones, con lo cual la etapa de alegación y prueba se ajustará a esas pretensiones, lo mismo que la sentencia habrá de ser dictada conforme a ellas (principio de congruencia), aspecto crucial que debe tenerse en cuenta al tiempo de decidir si la ley nueva se aplica a los juicios en trámite y cómo se aplica (conf. Rivera, Julio César: “Aplicación del nuevo código civil y comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el Congreso)”, en LL del 04/05/2015, cita online: AR/DOC/1424/2015). ----------En un trabajo posterior, Rivera sostiene concretamente que los hechos ilícitos se rigen por la ley que estaba en vigor al tiempo en que el hecho ilícito se produjo, pues ese es el momento en que se establece la relación jurídica entre los agentes del hecho. Y vuelve sobre la aplicación de la nueva ley a los juicios en trámite explicitando que esta aplicación no es el mero ejercicio del principio “iura novit curia”, ya que este principio opera cuando las partes han conocido y podido invocar el derecho y no lo han hecho, o lo han hecho mal o calificado erróneamente la acción. Aquí se trata de un derecho que las partes no conocieron ni pudieron conocer porque no existía cuando se trabó la litis. Las partes han invocado, alegado y probado sobre hechos y derecho; y de acuerdo a ello han pedido cierto efecto. La sentencia no puede pronunciarse sino sobre esa petición, pues de otro modo se afectaría el principio de congruencia que integra la garantía de defensa en juicio según la jurisprudencia de la misma Corte Suprema (conf. CSN, in re: “Becerra, Juan José c/ Calvi s/ cumplimiento de contrato”, del 07/07/15). En dicho antecedente el más alto tribunal federal sostuvo que en reiteradas oportunidades ha resuelto que la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Const. Nacional. Y que el carácter constitucional de dicho principio, como expresión de los derechos de defensa en juicio y de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos. Finalmente el autor citado refiere que excepcionalmente podría sostenerse la aplicación de la ley nueva cuando la sentencia a dictarse no sea declarativa de derecho sino constitutiva. En tal caso parece que el derecho debería consolidarse, constituirse conforme al derecho vigente a la fecha de la sentencia final (conf. Rivera, Julio César: “El Código Civil y Comercial. Efectos sobre las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes”, publicado en elDial.com - DC 1F98, el

07/08/2015).---------- ----Sentado lo anterior, cabe tener presente que en la especie se trata de determinar si los menores M. se encuentran en estado de abandono y adoptabilidad, habiéndose dictado la sentencia de grado durante la vigencia del Código Civil. Obviamente, y si bien el presente proceso no tiene por objeto decidir la adopción de los menores, el objeto se vincula a este instituto, lo cual se evidencia en que los arts. 316 y 317 del C. Civil se encuentran dentro del Título IV "De la adopción", de la Sección Segunda del Libro Primero. Y en lo que respecta al Código Civil y Comercial, encontramos el tema a decidir como "Declaración judicial de la situación de adoptabilidad", como se titula el Capítulo 2 del Título VI "Adopción" del Libro Segundo "Relaciones de Familia", por lo que es claro que estamos dentro de la temática de adopción. Al respecto se ha sostenido que normalmente se estima que la ley posterior es mejor que la anterior, más protectora de los derechos individuales, mas si ello no acontece se ha considerado la aplicación ultraactiva de la ley de familia más favorable al interés superior del niño (conf. Kemelmajer de Carlucci: "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, pág. 83). Es así que consideraré dicha pauta o criterio de apreciación, más allá de entender que a los fines de juzgar conductas o decisiones anteriores al 01/08/2015 habrá de tenerse en cuenta la normativa del Código Civil, y considerar el Código Civil y Comercial a los fines de la situación de los menores con posterioridad a dicha fecha.----------2) Por razones de lógica comenzaré por tratar los agravios expresados con relación a que en la sentencia recurrida la jueza de grado se expidió *extra petita.* Es de señalar que dicha cuestión fue expuesta por la menor M. K. C. M. (ver fs. 103 vta./104, pto. IV, A), así como por la madre (ver fs. 122/vta., pto. III, d), y por el padre (ver fs. 140 vta./141 vta., pto. V). El argumento principal y compartido por los tres apelantes radica en que no se pidió que se declare el estado de abandono y adoptabilidad de K., sino solamente el de sus dos hermanos, habiéndose expuesto que se violó así el principio de congruencia y, así como el del debido proceso y la garantía de defensa en juicio. A ello se suma que el Sr. M. solicita la nulidad de a sentencia por esta razón.----------

----En cuanto a la nulidad aludida, cabe tener presente que el art. 255 del CPCC establece: *"El recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia. Si el procedimiento estuviere ajustado a derecho y el tribunal de alzada declarare la nulidad de la sentencia por cualquier otra causa, resolverá también sobre el fondo del litigio".* Al respecto se ha sostenido que la sentencia de primera instancia puede estar erróneamente fundada por defecto en la apreciación de los hechos litigiosos, en las cuestiones de derecho o bien en la valoración de los medios de prueba. Estos vicios pueden repararse mediante el recurso de apelación en tanto causen agravio al justiciable, calificándose en estas circunstancias a la sentencia como injusta. Es que las cuestiones relativas a la errónea aplicación del derecho o valorización de las pruebas

son propias del recurso de apelación (conf. CN. Civ., Sala C, 2/6/82, LL, 1983D-446, 36.478-S; íd., Sala F, 25/11/83, LL, 1986-A-622, 37.098-S; íd., Sala G, 28/8/85, LL, 1986-B-335). También debe impugnarse la sentencia en vía de apelación frente a la errónea aplicación de la ley, doctrina y jurisprudencia, o bien si se omitieron considerar defensas opuestas (conf. CN. Civ., Sala C, 11/12/81, ED, 94-404; íd., Sala E, 22/5/80, LL, 1980-D-147).----------

----Además de los defectos señalados, excepcionalmente la sentencia puede presentar otros vicios en su construcción que la descalifican como acto jurisdiccional, en particular, cuando ha sido pronunciada sin guardar las formas y solemnidades prescriptas por la ley, vale decir, de irregularidades que afectan a la sentencia “en sí misma” (conf. CN. Civ., Sala C, 5/2/89, JA, 1989-IV-82; íd., Sala E, 16/2/84, LL, 1984-C414; íd., Sala F, 22/6/83, LL, 1983-D-146). Sirvan como ejemplo los siguientes: ausencia de fundamentación del fallo; exposición oscura e imprecisa que hace imposible conocer el sentido del acto; la omisión de cuestiones esenciales no estudiadas ni decididas, como el no tratamiento de la reconvención o de defensas planteadas por el demandado y el pronunciamiento recaído sobre pretensiones no propuestas por las partes a la resolución misma; defectos nacidos en la construcción del decisorio y que vinculan la sentencia con la teoría de las nulidades (conf. CN. Civ., Sala E, 19/8/77, LL, 1978-A-307; íd., Sala D, 11/9/79, RepED, 4-839). En estas hipótesis se dice que la sentencia es nula y por tal motivo corresponde que sea dejada sin efecto por el superior (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea 1993, Tº 1, págs. 888/889).----------En virtud de lo dispuesto por el art. 255 del CPCC (art. 253 del CPCCN), el recurso de nulidad de la sentencia ha quedado absorbido por el de apelación, por lo cual, si el agravio puede ser reparado por la Cámara, corresponde modificar el decisorio antes de decretar su nulidad. Debe estarse por el principio de validez del acto jurisdiccional. El vicio que provoque la nulidad debe ser grave, capaz por sí mismo de poner en evidente peligro el derecho que asiste a la parte apelante. Sobre esta orientación, se tiene decidido que por sí sola no es causal de nulidad la circunstancia de que la motivación haya sido breve (conf. SCBA, 26/9/78, ac. 25.018, DJBA, 116-125), ni las omisiones o errores incurridos en el relato de los pormenores de la causa (conf. CN. Civ., Sala E, 30/5/80, ED, 88-686), o que el fallo haya omitido referirse a una profusa prueba, limitándose a un examen de una pequeña parte de la producida (conf. CN. Civ., Sala C,
2/2/82, LL, 1982-A-556).----------
----Es que debe recordarse que el recurso de apelación busca subsanar errores *in iudicando*, es decir, error de juicio manifestado en una resolución formalmente válida; por ello su objeto es lograr la revocación o modificación de la sentencia impugnada. El recurso de nulidad, en cambio, busca subsanar errores *in procedendo,* es decir, en las formas que deben observarse para obtener un acto procesal válido. Mientras el recurso

de apelación, entonces, parte de una resolución válida, y tiene por finalidad, para el caso que proceda, revocar total o parcialmente una resolución que se estima injusta reemplazando lo resuelto por otra decisión *(iudicium rescissorium),* el recurso de nulidad tiende a rescindir, dejar sin efecto, anular una resolución judicial, ya por defectos en ella o en el procedimiento que la ha precedido *(iudicium rescidens).* Pero debe señalarse que el recurso de nulidad, si bien normalmente tiene efectos "negativos" *(iudicium rescidens)* en cuanto el tribunal de alzada deja sin efecto la sentencia, también puede tener efectos "positivos" *(iudicium rescissorium)* cuando el ordenamiento jurídico permite a la Cámara emitir un nuevo fallo, sin remitir a otro juez, lo que sólo puede tener lugar cuando el procedimiento previo estuviese ajustado a derecho (conf Loutayf Ranea, Roberto G.: "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", Ed. Astrea, 2009, T° 2, págs. 456/458). Tal es el supuesto del art. 255 del CPCC.----------En la especie, de la lectura de la expresión de agravios del Sr. M. se desprende que se solicita la nulidad por haberse incurrida en *extra petita,* siendo uno de los motivos reseñados que habilitan la nulidad de la sentencia, esto es, haberse expedido la sentencia sobre pretensiones no propuestas por las partes. Ahora bien, a fin de juzgar la procedencia de este agravio -y en consecuencia de la nulidad requerida- debe considerarse que los tres apelantes entienden que se afectó el principio de congruencia por cuanto el Ministerio Pupilar no requirió que se declare el estado de abandono y adoptabilidad de K.. En cuanto al principio de congruencia, es de señalar de manera general, que de acuerdo al art. 333, inc. 4 del CPCC, la demanda contendrá los hechos en que se funde claramente explicados. La fundamentación fáctica de la demanda dio lugar a dos teorías. La teoría de la sustanciación requiere que el actor haga una narración de los hechos constitutivos en forma detallada, permitiendo al demandado que se expida sobre cada uno de ellos, admitiéndolos o negándolos (conf. art. 360, inc. 1 del CPCC); además, sólo se podrán probar los hechos afirmados por las partes en los escritos respectivos (conf. art. 368 del CPCC). Sustanciación de la demanda quiere decir desintegración de ella en sus distintos componentes fácticos. Se pretende, no una atomización y exposición amorfa de los hechos, sino una enumeración ordenada de ellos en cuanto sean pertinentes e importantes para acomodarse a la norma jurídica a la que han de subsumirse en la sentencia. Por su parte, los sostenedores de la teoría de la individualización entienden por fundamentación de la demanda solamente la exposición de la relación jurídica en que el actor apoya su pretensión; basta la indicación de las partes y el bien pretendido. Este sistema se adecua al procedimiento oral, en que la defensa de ambas partes sólo se prepara en los escritos constitutivos, pero se completa en la audiencia oral. Las teorías enunciadas tienden a aproximarse. Es que aun dentro de la teoría de la individualización se admite que el actor alegue los hechos que se refieran a los elementos de la individualización de la relación jurídica controvertida; mientras que la sustanciación no exige ya que en el escrito de la demanda se expongan todos los hechos

en que el actor funda su derecho, sino únicamente los esenciales. Además debe señalarse que si se deduce una acción personal, como la obligación nace casi siempre de un hecho, es indispensable exponer la causa remota; así, reclamándose el pago de una suma de dinero, habrá que exponer los hechos que dieron origen a la obligación (conf. Fenochietto-Arazi: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Astrea, 1993, T° 1, págs. 157/158).---------Por su parte ha de considerarse con relación al principio de congruencia y al *iura novit curia* lo siguiente. En el artículo de doctrina: "Iura Novit Curia" y

Garantías Procesales" de Andrea A. Meroi en (ver en www.eldial.com.ar/bases/doctri/notas/nt021213.asp), la autora expresa que la "causa petendi" ha sido definida como el fundamento o razón en el que el demandante sustenta su petición de tutela jurídica al órgano jurisdiccional y con cita de Alvarado Velloso adhiere a la teoría "dualista" o de la "individualización", entendiendo que la causa de la pretensión se descompone en dos subelementos: 1) los hechos invocados en la demanda y contestación y 2) la imputación jurídica que las partes efectúan con motivo de los hechos. Con todo, esta autora admite que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias adscriben a la concepción unitaria o sustancialista de la "causa petendi", según la cual el juez no está vinculado por la calificación jurídica del actor, pudiendo modificarla sin que la resolución pueda tacharse de incongruente con la condición, además de no alterar los hechos y respetar el principio de contradicción, de no modificar la "causa petendi". Siempre según Meroi, la máxima "iura novit curia" no puede ser entendida como facultad del juez de producir un potestativo cambio de punto de vista jurídico respecto del querido y asumido por los litigantes; dicha máxima no implica descargar a las partes de la alegación de las normas jurídicas que les son favorables, sino que significa tan sólo que es innecesario probar el derecho vigente y alegarlo con completa precisión y total exhaustividad. Agrega que el límite a las facultades de aplicación del derecho por los jueces viene exactamente determinado por los límites que los litigantes hayan querido establecer respecto de sus derechos subjetivos, su medida y la amplitud de su ejercicio. Y finaliza la autora citada diciendo que la habilitación que se reconoce a los órganos jurisdiccionales para examinar la pretensión a la luz de un tratamiento jurídico distinto del que le dota la parte encuentra el límite infranqueable de la identidad de la propia pretensión, ya que no debe prevalecer sobre el superior criterio de la defensa y seguridad jurídica.----------Dentro de la postura mayoritaria que critica la autora mentada, encuentro relevante destacar lo expuesto por Zavala de González (conf. aut. cit., "Resarcimiento de Daños", Tº 3, Ed. Hammurabi, 1997). Esta autora considera que el juez tiene la atribución y el deber de emitir

su pronunciamiento sobre la hipótesis fáctica planteada, sin estar constreñido por la definición técnica aportada por los litigantes, y si bien el magistrado puede variar la denominación jurídica de la situación de hecho, no debe modificar intrínsecamente ninguno de los elementos constitutivos del litigio, como la causa o el objeto, ya que una solución contraria implicaría introducir en el proceso una acción o una defensa distinta de las incorporadas por las partes, infringiendo el principio de congruencia (conf. aut. cit., op. cit., ídem, págs. 240/241). Añade que el primer principio (iura novit curia) se emplaza en el terreno jurídico; y el segundo (congruencia) en el fáctico, pero como no existe una separación tajante entre "cuestiones de derecho" y "cuestiones de hecho", se presenta una zona gris entre la libertad del juez para calificar la acción y la restricción que impide sustituir una acción por otra (conf. aut. cit., op. cit., ídem, pág. 241). Así se ha entendido que *"Si bien el principio de congruencia veda al juzgador la posibilidad de introducir sorpresivamente alegaciones o cuestiones de hecho, de manera que las partes no hayan podido ejercer su plena y oportuna defensa, ello no impide, sin embargo, la aplicación del derecho a los hechos acreditados"* (conf. SCBA, 4/4/89, ll, 1990-A-235). He de agregar, con relación a los principios *iura novit curia* y de congruencia, que el fundamento normativo de los mismos radica en el art. 165, inc. 6 del CPCC (art. 163, inc. 6 del CPCCN), cuando dice que la sentencia definitiva de primera instancia debe contener *"…la decisión expresa, positiva y precisa, conforme a las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes".* Al respecto debe recordarse que es el juzgador quien califica en definitiva la acción -"iura novit curia"-, con abstracción de la que hubieran efectuado las partes, de tal manera que aún puede rectificar la que se hubiere efectuado en la demanda desde que la identificación de las acciones en justicia se hace por la naturaleza de los hechos en que se apoyan las partes y no por el enfoque jurídico bajo el cual erróneamente se hubieran encuadrado dichos hechos (conf. CN. Civ., Sala D, 28/4/77, LL, 1977-C, pág. 460). Empero, si bien el sentenciante puede suplir el derecho silenciado por las partes o mal invocado, ello es así en tanto no se modifiquen los supuestos de hecho del caso (conf. SCJN, 22/2/77, LL, 1977-B, pág. 544); el deber consagrado en esta norma (art. 163, inc. 6 del CPCCN) reconoce como limitación, la de que los jueces no pueden convertir una acción en otra distinta, que ni virtualmente ha sido invocada por las partes (conf. CN. Civ., Sala B, 28/4/76, JA, 1977, v. I, pág. 242). Es que en salvaguardia del principio de congruencia debe ajustar sus decisiones a las peticiones oportunamente formuladas por los litigantes al trabarse la relación procesal (conf. CN. Civ., Sala B, 29/4/80, ED, 88, pág. 717). No cabe, por lo tanto, alterar las circunstancias de hecho involucradas en el

proceso ni introducir pretensiones o cuestiones no debatidas (conf. CN. Fed. Civ. y Com., Sala II, 19/9/75, LL, 1976-B, pág. 440, 33.554-S).----------Como se puede apreciar, aun en el derecho patrimonial, el principio de congruencia no se afecta si el juzgador encuadra la pretensión de la actora en normas diversas a las alegadas por dicha parte, siempre y cuando se atenga a los hechos relatados en la demanda. En la especie, el Ministerio Pupilar, en su escrito de inicio de fs. 02/04 vta., solicitó la declaración del estado de abandono y adoptabilidad de los niños N. Á. R. y M. J. N. M., y respecto de K., textualmente, se señaló *"corresponde advertir que últimamente ha asumido su abuela materna la guarda de manera provisoria y así lo ha dispuesto V.S. En dicho sentido, y de conformidad con lo previsto por la Convención sobre Derechos del Niño se reconoce a los niños el derecho a mantener las relaciones familiares -en la medida de lo posible- con sus progenitores y con otros miembros de su familia, preservando con ello, también no sólo los derechos de éstos sino el conjunto de responsabilidades que atañen a los padres, representantes legales, y familiares de los niños en la satisfacción de los derechos e intereses estos últimos. Como consecuencia de la declinación de las responsabilidades parentales por parte de los progenitores devendría la tutela como instituto protectorio. Sin embargo, atento que no ha sido peticionada por la Sra. A. T. la tutela legal respecto de K. en los términos del art. 397 inc. 1° del Código Civil en autos, y la situación actual de convivencia y asunción de responsabilidades por parte de ésta hacia su nieta solicito la intervención del ETI del Fuero a los fines de tener certeza respecto de la predisposición, voluntad e idoneidad de la Sra. T. para asumirla, tomando en consideración el mejor interés de K.. Cumplido ello, solicito a S.S. resuelva en definitiva respecto de la situación jurídica de R., J. y K. conforme se peticiona desde este Ministerio"* (ver fs. 02/vta., pto. I). ----------De lo transcripto "ut supra" se desprende que la Asesora de Familia, si bien no requirió desde el inicio que se declare el estado de abandono y adoptabilidad de K., no la excluyó de su pretensión, sino que hizo alusión a la guarda de la misma por parte de la abuela, mas expresamente solicitó que, a la luz de las pruebas a producir, se resuelva en definitiva sobre la situación jurídica de los tres hermanos. Amén de ello, en el relato de los hechos, donde se expuso la situación de desamparo respecto de los tres menores (ver fs. 02 vta./04 vta., pto. II), expresamente se hizo referencia a que *"El desamparo que sufren los niños K., R. y J. se encuentra probado, habiéndose desentendido la Sra. M. M. de la situación de sus hijos, siendo que la última presentación efectuada por su letrado apoderado corresponde al mes de Noviembre del año 2013. Lo mismo ha ocurrido con el Sr. M., quien pese a encontrarse debidamente notificado de*

todas las actuaciones y resoluciones del expediente judicial caratulado: ***"Asesoría de Familia e Incapaces s/ Medidas de Protección de Derechos (Expte. 341 – Año 2012)",*** *no se ha presentado ni ha acreditado circunstancia alguna que modifique el desamparo y abandono que se le imputó"* (ver fs. 03 vta., 3er. párrafo). Es así que los demandados no pueden invocar que no se incluyó a K. dentro de la pretensión del Ministerio Pupilar, ni que se les enrostró haber propiciado un estado de desamparo respecto de ella, ya que al requerirse que se resuelva sobre la situación jurídica, una posibilidad era declarar el estado de abandono y adoptabilidad, dado que los padres fueron notificados con entrega de copia de la demanda (ver fs. 06/vta. y 09/vta.). A ello debe añadirse que al alegar en la audiencia correspondiente, a la luz de las pruebas producidas, la actora sostuvo que se encontraban reunidos los extremos para resolver, decretando en estado de abandono y adoptabilidad de sus representados (ver fs. 52 vta., al medio).----------De acuerdo a lo anterior, la juzgadora consideró que *"Estamos en un proceso de estado de abandono y adoptabilidad, y así se corrió traslado de la demanda. La actora al inicio del proceso consideró, por la situación existente en ese momento que la tutela de K. a favor de la abuela materna podía ser el instituto protectorio más adecuado para ella. Ello es independiente, de la comprobación de la conducta de los padres que da lugar a declarar al niño en estado de abandono. El tema a resolver es la situación jurídica de los progenitores en relación a los hijos"* (ver sentencia a fs. 55 vta., 1er. párrafo). En un reciente caso de responsabilidad contractual (conf. CATrelew, Sala "B", SDC N° 011/15, del 30/10/15) consideré que el juzgador se había atenido a los hechos relatados por las partes y de acuerdo a su facultad de encuadrarlos jurídicamente, más allá de lo considerado en este aspecto por las mismas, arribó a la conclusión de que no se había celebrado el contrato a pesar de que las partes habían entendido lo contrario, por lo que no entendí infringido el principio de congruencia. En la especie, la juzgadora no sólo se atuvo a los hechos y los encuadró jurídicamente, tal como la faculta el principio *iura novit curia,* sino que también se atuvo a la pretensión del Ministerio Pupilar, esto es, que se resuelva la situación jurídica de los tres niños. Es así que cabe desestimar los agravios aquí analizados y por ende, el pedido de nulidad de la sentencia que efectuara el padre de los menores.----------A lo anterior, a fin de reforzar lo concluido, agregaré que en otro antecedente de esta Sala "B", SDF N° 003/14, del 23/10/14, el colega de Sala, Dr. Lucero, consideró que *"en principio el proceso se forma con el conflicto expresado por las partes…por cuanto las alternativas que dicho conflicto puede reflejar durante el trámite del proceso son variadas y su necesaria adecuación a ellas no implicará transgredir el sistema preclusivo sino*

hacer operativa la finalidad meramente instrumental del mismo. Nótese al respecto que en todos los sistemas procesales aparecen elementos de los diversos subsistemas y, en particular, lo es así en el proceso familiar por la índole especial del conflicto que en él se transita. Así es, por caso, que aunque en el proceso civil prevalezca el principio dispositivo igualmente contiene elementos propios del sistema inquisitivo… En materia de derecho de familia, pues, el sistema dispositivo en muchas ocasiones se desdibuja, en aras de obtener pronunciamientos acordes a la situación fáctica existente. En efecto, el conflicto familiar tiene características que requieren un abordaje distinto al resto de las cuestiones que habitualmente se ventilan en tribunales. Todos los conflictos requieren del órgano jurisdiccional una solución pronta y efectiva, pero tratándose de cuestiones de familia se demandan soluciones específicas, pues no se trata de dar la razón a una de las partes y/o declarar culpable a la otra, ni de establecer simplemente quién gana o quién pierde, sino de aquello que se procura es eliminar el conflicto, para encontrar un nuevo orden en la estructura familiar (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Principios procesales y tribunales de familia", JA, 1993IV-676; ver también Kielmanovich, Jorge L., "Los principios del proceso de familia", en Rev. de Der. Proc., "Derecho procesal de familia – I", Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2002-1, págs. 27 y sigtes.)…no hay incongruencia cuando existe un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han planteado los términos del debate procesal. Por consiguiente, para determinar si existe incongruencia en una resolución judicial es preciso confrontar su parte dispositiva con el objeto del proceso, limitado por sus elementos subjetivos -partes- y objetivos -causa petendi y el petitum-, de manera que la adecuación debe entenderse tanto a la petición como a los hechos esenciales que la fundamentan". De las consideraciones transcriptas se resalta que en el proceso de familia, el principio dispositivo resulta menguado en la plenitud de su vigencia, dado que resulta recortado por la oficiosidad del juez en cuanto a la determinación del conflicto entre las partes y su solución.----------

----------Por lo demás, es de destacar que lo expuesto en cuanto a las características del proceso de familia, ha sido expresamente receptado en el Código Civil y Comercial, específicamente en el art. 706 que trata sobre los principios generales de los procesos de familia, y cuyo texto reza: *"El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. A) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. B) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. C) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, deben tener en cuenta el interés superior de esas personas".* Y más específicamente, respecto al principio de oficiosidad, el art. 709 dispone: *"En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien*

puede ordenar pruebas oficiosamente. El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces". En comentario a esta norma se ha entendido que el juez de familia es un verdadero director del proceso con amplios poderes de impulso y de prueba. Así, el Código le impone el deber de impulsar el procedimiento, y le reconoce una actividad investigativa autónoma, en virtud de la cual se lo faculta para ordenar pruebas de oficio. Si bien las partes aportan la base fáctica en sus postulaciones, y detentan la iniciativa probatoria, esta actividad es compartida con el juez. Esta circunstancia incide en otros aspectos del proceso, pues indirectamente se flexibiliza el principio de congruencia. Esta regla se aplica a los litigios de familia donde se ventilan cuestiones personales, pero no en aquellos exclusivamente patrimoniales. Por la propia naturaleza del problema, es menester que el juez pueda ordenar el procedimiento, adecuándolo, instando el trámite, pues de ello derivará también una más acabada comprensión del conflicto sometido a decisión. El moderno proceso civil dispositivo se caracteriza, en lo esencial, por una serie de reglas, principios o manifestaciones que constituyen una funcional adaptación instrumental del mismo al carácter a su vez disponible del derecho material o sustancial que constituye su objeto, en ausencia de las cuales o por lo menos, de sus esenciales notas, cabe hablar, de un proceso absolutamente o predominantemente inquisitivo o, cuando menos, de una publicización de los procedimientos judiciales civiles. Esto incide en otros aspectos del proceso de familia, pues indirectamente se flexibiliza el principio de congruencia, entendido como el deber del juez de someter su decisión a las concretas pretensiones, peticiones y defensas de las partes (conf. Herrera, Marisa, en Lorenzetti, op. cit., T° IV, págs. 586/589).----------

----En síntesis, por los motivos expuestos, postulo el rechazo de los agravios de los apelantes relativos a cuestionar la sentencia por infracción al principio de congruencia.3) Seguidamente trataré el agravio de K. M. relativo a que no se respetaron las garantías mínimas establecidas en el art. 27 de la ley 26061 (ver fs. 104/107, pto. IV, B). Señala que se resolvió sin previo traslado a su persona o sus representantes legales del supuesto pedido de abandono y adoptabilidad, por lo que entiende que se violó los principios del debido proceso, lo que se evidencia en que no se respetaron sus derechos a ser oída, a tener en cuenta su opinión, a ser asistida por un letrado preferentemente especializado en niñez, y a participar en el proceso. Es de recordar que el art. 27 de la ley 26061 dispone que en todo proceso judicial o administrativo se debe garantizar, además de los derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, los tratados internaciones y las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos: *"…a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo*

afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte".----------

----Como se puede apreciar, de los cinco incisos del artículo citado, la apelante no hizo mención solamente del último, lo cual es lógico, dado que ha recurrido la sentencia (ver fs. 97) y expone el agravio pertinente en la expresión de los mismos (ver fs. 103/107). En comentario a la norma en cuestión se ha sostenido que la misma sienta las bases para poner en práctica el derecho de defensa de los niños y adolescentes, ya que regula distintos aspectos del debido proceso legal remitiendo, subsidiariamente, a los demás derechos contemplados en la Constitución, la CDN y demás instrumentos internacionales suscriptos por nuestro país, como también a las leyes que en su consecuencia se dicten. El "derecho a la tutela efectiva" o "derecho a la jurisdicción" abarca todo el itinerario desde el acceso a la justicia hasta la conclusión del proceso, y tiene por objeto garantizar el acceso de las personas a una decisión justa, fundada y oportuna dictada por el órgano jurisdiccional habilitado constitucionalmente para ello (conf. Gil Domínguez, Andrés- Famá, María Victoria- Herrera, Marisa: "Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes", Ed. Ediar, 2007, págs. 433/434). ----

----En cuanto a los concretos derechos enumerados en la norma, y que se dicen infringidos, esto es los enumerados en los incisos a), b), c) y d), con relación al derecho a ser oído, se elimina cualquier discrecionalidad judicial o administrativa para determinar la conveniencia de oír al niño. A la luz de nuestro ordenamiento constitucional, y más aun luego de la sanción de la ley 26061, resulta arbitraria y discrecional una resolución judicial y administrativa en la que se hubiera decidido alguna cuestión concerniente al niño sin haber recabado su opinión mediante su intervención adecuada en el proceso. El ejercicio de este derecho requiere como paso previo ineludible y complementario el reconocimiento del derecho a ser informado, debe ser informado acerca del proceso que se debate. La comunicación deberá ser directa, de modo de conocer su opinión sin tamices ni filtros que puedan alterar de algún modo su sentido o contenido. Y directa en dos sentidos: desde el niño y desde el magistrado, ya que no cabe delegar en otras personas dicha comunicación. Por último, y en cuanto a los requisitos de operatividad, el efectivo ejercicio del derecho a ser oído implica ciertas condiciones mínimas espaciales para que el niño se sienta confortable en la entrevista, pueda explayarse con tranquilidad y vea resguardada la intimidad de sus dichos (conf. Gil Domínguez-Famá-Herrera, op. cit., págs. 443/448).----------En lo que se refiere al derecho a que se tomen primordialmente en cuenta sus opiniones y deseos conforme a su edad y madurez, se ha entendido que la opinión del niño debe ser tenida en cuenta, considerada, e integrar ineludiblemente la motivación de la decisión, sin perjuicio de que

puede o no seguirse. Debe acreditarse desde el punto de vista argumental y de la prueba rendida en la causa que la opinión o posición del niño resulta dañosa para sus derechos. La sentencia no motivada en este sentido deviene en un acto de autoridad del mundo adulto. La evolución de las facultades a partir del crecimiento y la posibilidad o aptitud de formarse un juicio propio constituye el criterio de ponderación a la hora de decisión. Para ello será necesario dilucidar si las opiniones y deseos del niño son el producto de una expresión libre y autónoma y no el fruto de la manipulación de alguno de los progenitores o representantes. Es por eso que es preciso contar con un interlocutor suficientemente preparado que, con la ayuda interdisciplinaria de otros profesionales especializados, resulte capaz de desentrañar la voluntad real del niño y neutralizar el riesgo de que éste vea en un conflicto de lealtades que lo convierta en árbitro de los problemas de los adultos (conf. Gil Domínguez-Famá-
Herrea, op. cit., págs. 449/450). ----------
---El derecho a participar activamente en el proceso, se encuentra vinculado a los anteriormente nombrados e involucra el de contar con asistencia letrada especializada. Evidentemente, el reconocimiento de los derechos del niño resulta inescindible de la necesidad de poner a su disposición los medios legales para acceder de manera efectiva a la Justicia o a cualquier ámbito en donde se debata acerca de sus intereses. Al respecto se ha considerado que, tanto el derecho a la asistencia letrada, como el derecho a participar activamente del proceso, parten de un presupuesto fundante en torno de la subjetividad del niño, niña y adolescente: el reconocimiento de un estatus especial respecto de su participación en todo proceso administrativo y judicial donde se debatan y diriman sus derechos, por lo que se refieren a un niño, niña o adolescente en su carácter de parte. Ahora bien, de acuerdo a Lino Palacio, es parte toda persona que reclama en nombre propio, o en cuyo nombre se reclama la satisfacción de una pretensión, y aquélla frente a la cual se reclama dicha satisfacción. Es por ello que no debe necesariamente tener una participación personal. La aplicación de estos parámetros generales a la luz del principio de la autonomía progresiva receptado por la CDN y la ley 26061, permite concluir que la capacidad para obrar, es decir, la facultad de ejercer por sí sus derechos, no se encuentra atada a límites etáreos, sino a la valoración de la madurez y desarrollo del niño en cada etapa de su vida. Lo mismo cabe decir, pues, de la capacidad procesal o la posibilidad de ser parte en el proceso. O sea, a diferencia del derecho a ser oído, que resulta un derecho para el niño y un deber para el interlocutor cualquier sea su edad, la participación activa en el proceso o el derecho a revestir la calidad de parte resulta exigible una vez alcanzado cierto grado de madurez y desarrollo, que será evaluado con prudencia por quien deba resolver la contienda en la que se encuentre involucrado el niño. Ello no es óbice para pensar en una postura legislativa intermedia que intente limitar la discrecionalidad de los organismos administrativos o judiciales- intervinientes. Se trata de la posibilidad de que una norma

establezca una edad determinada pero al solo efecto de constituirse en una pauta indicativa de “mínima” (conf. Gil Domínguez-Famá-Herrera, op. cit., págs. 453/456). ----Con relación a lo anterior, es de destacar, más allá que no se encontraba vigente al tiempo del dictado de la sentencia de grado, que el Código Civil y Comercial, establece en su art. 26 que la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona (3er. párrafo), lo cual resulta completamente consistente con el art. 27 de la ley 26061. Por su parte el art. 608 dispone que el procedimiento de declaración judicial de la situación de adoptabilidad, requiere la intervención con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada. Al respecto he de considerar que K. nació el 14/12/01 (ver partida de nacimiento a fs. 59 del expediente N° 341, año: 2012, que tengo a la vista), por lo que al iniciarse esta demanda (29/05/14, ver cargo a fs. 04 vta.) contaba con doce años, por lo que no era menor adulta de acuerdo al Código Civil vigente entonces (conf. art. 127 de dicho Código), ni tampoco lo habría sido si hubiera estado vigente el actual código (conf. art. 25, 2do. párrafo). Es por ello que no encuentro que se hubiera infringido el derecho a participar activamente del proceso con asistencia letrada especializada por no haberse conferido traslado del escrito de inicio a la niña, hoy adolescente. Amén de lo expuesto, ha de tenerse en cuenta que a fs. 37 se convocó a K., junto a su hermano R. y a la Dra. N. A. a que comparecieran a audiencia, siendo de destacar que la Dra. A. es la abogada designada a K. a fs. 959 de la causa 341/2012, y de acuerdo a ello se presentó en dichas actuaciones a fs. 994, teniéndosela por presentada a fs. 995, siempre del referido expediente.----------En lo que se refiere al derecho a ser oída y a que sea tenida en cuenta su opinión, justamente es de destacar que la menor K. fue convocada junto a su hermano R. a la audiencia antedicha, mas los mismos no concurrieron como se desprende del acta de fs. 49, mas sí concurrió su letrada, Dra. A., quien manifestó que K. no era parte en este expediente y que el pedido de escucharla se había realizado en otras actuaciones. Por lo demás, y si bien no se trató de un contacto personal con la juzgadora, a fs. 930/931 vta. del expediente 341/2012, obra el acta en la cual, ante la presencia de la letrada de su madre y una integrante del Servicio Social de la Defensa, K. manifestó su voluntad de volver a vivir junto a su madre y sus hermanos. Es de resaltar que esta voluntad la reiteró en la audiencia ante este Tribunal (ver fs. 195/196). ----Ha de considerarse que el art. 595 del C. Civil y Comercial establece, como principio general de la adopción, en su inc. f), el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez años, lo que también establece el art. 617, inc. d) del actual código. Si se considera que tanto K. como J., tienen hoy más de diez años, y que R. los cumplirá el 17 de julio del presente año (ver partidas de nacimiento de fs. 56/57 y 59 del expediente 341/2012), debería rechazarse hoy un eventual pedido de

adopción, dado que los tres menores han manifestado su deseo de permanecer con su madre y juntos (ver actas de audiencias de fs. 195/196 y 201). Sin embargo es de recordar que en estas actuaciones no se discute aun la adopción de los menores, sino su declaración de adoptabilidad, para lo cual no se prevé como requisito obligatorio la conformidad de los mismos (conf. arts. 607 a 609 del C. Civil y Comercial). Sí se dispone, como regla del procedimiento, la obligatoriedad de la entrevista personal del juez con los padres, si existen, y con el niño, niña o adolescente cuya situación de adoptabilidad se tramite (conf. art. 609, inc. b), lo cual, al tiempo de entrada en vigencia del nuevo código, fue cumplimentado con las audiencias celebradas en esta sede como se desprende fs. 195/196, 197/198 y 201, debiéndose aclarar que el Sr. M. no asistió a la audiencia correspondiente, mas lo hizo su letrada apoderada (ver fs. 197/198).----------Amén de lo anterior, y sin que esto implique reconocer de manera definitiva una manifestación de modificación de la voluntad oportunamente expresada por los menores, es de considerar que de las actuaciones que fueron remitidas por el juzgado de la instancia anterior, que corresponden al expediente 341/2012, que obran en copia certificada -y que tengo a la vista-, surge que K. se presentó con el patrocinio de la Dra. A. a fs. 138 (según foliatura de dichas actuaciones), y con expresa mención del ejercicio de su derecho a ser oída en todo proceso judicial y a participar en las decisiones sobre su persona, expresó su conformidad para que sus actuales guardadores Sres. G. y P., asuman su guarda judicial. Si a ello se suma que, de acuerdo a la nueva legislación, aun en el supuesto de adopción plena, el juez puede mantener el vínculo jurídico con algunos parientes de la familia de origen, cuando ello sea conveniente para el adoptado (conf. art. 621 del C. Civil y Comercial), no encuentro óbice para confirmar la sentencia, en lo que este agravio se refiere, dado que, más allá de la necesaria conformidad que deberán prestar los menores en el eventual y futuro juicio de adopción, la última expresión de voluntad de K. resulta compatible con el decisorio que se impugna. Asimismo encuentro relevante resaltar que los tres hermanos mantienen encuentros los días viernes en el domicilio de la familia guardadora de J., y que R., quien es el único de los menores que continúa institucionalizado, realiza salidas con la familia guardadora de su hermano J. (ver fs. 129/132 de las actuaciones en copia certificada del expediente 341/2012). ---------- ----En síntesis, de todo lo expuesto postulo al acuerdo el rechazo de los agravios examinados y del recurso de apelación de K. M.. ----------4) Trataré ahora el agravio de la Sra. M. identificado como pto. III, b) (ver fs. 121/121 vta.). La madre de los niños objeta que se remitiera a una sentencia que fue declarada nula, como la que dictara oportunamente el juez titular del Juzgado de Familia N° 3 con jurisdicción en Rawson. Respecto a esto último, es de considerar que en el decisorio recurrido no se efectuó una remisión general a la sentencia obrante a fs. 675/680 vta. del expediente 341/2012, sino que se argumentó que quien la dictara comprobó que las conductas de los progenitores

constituían desamparo, señalando la jueza que compartía las consideraciones efectuadas en dicha sentencia (ver sentencia a fs. 55 vta., 4to. párrafo). Ha de señalarse que la sentencia de este Cuerpo obrante a fs. 851/854 vta. del expediente 341/2012, no anuló todas las actuaciones de dicha causa anteriores al decisorio de esta Sala "B", sino que lo hizo respecto de la providencia de fs. 606 y de los actos procesales consecuencia de los mismos. Es por ello que, más allá de que se aludió a una sentencia que fue declarada nula, la consideración efectuada acerca de las comprobaciones respecto de la conducta de los padres, importan referirse a actuaciones anteriores la providencia de fs. 606 de las actuaciones mentadas, por lo que no resultan alcanzadas por la nulidad indicada. Es así que, sin perjuicio de que más abajo me referiré a la valoración de la conducta de los progenitores, propongo la desestimación de este agravio. ----------

----Examinaré finalmente, los agravios expresados por la Sra. M. a fs. 120 vta./121, pto. III, a); y a fs. 121 vta./122, pto. III, c); así como los desgranados por el Sr. M. a fs. 141 vta./143 vta., ptos. VI y VII). Todos estos agravios tienen una sustancia común, la que radica en objetar la conclusión de la sentenciante en cuanto al desinterés manifestado por los progenitores y a que los menores se encuentren en una situación de desamparo. La madre cuestiona que en la sentencia se esgrimiera un argumento genérico y vacío de contenido, al aludir a un supuesto desinterés de su parte por el proceso, cuando ha demostrado su voluntad de vivir con sus hijos hace más de un año (ver fs. 120 vta./121, pto. III, a). En realidad, este agravio descontextualiza lo afirmado por la jueza en cuanto señaló *"La Sra. Mayo no contestó demanda, no compareció a la audiencia de vista de causa, ni trajo a los niños a la audiencia que estaba fijada para ellos. Ha demostrado total desinterés por el proceso, lo que significa un total desinterés por el destino de sus hijos, ya que conocía fehacientemente el objeto de este proceso. Al no traer a los niños a la audiencia fijada para ellos, desconoció el derecho de sus hijos a expresarse"* (ver sentencia a fs. 55, 4to. párrafo). De lo anterior se desprende que la jueza hizo alusión a la conducta desplegada por M. en este proceso, y si nos circunscribimos al mismo durante la primera instancia, cabe coincidir con la juzgadora en cuanto M. no contestó la demanda (ver fs. 12), ni concurrió con sus hijos a la audiencia de la que da cuenta el acta de fs. 49, es más los operadores comparecientes dieron cuenta en dicha audiencia de conductas de M. que sí revelan desinterés y desprotección de su parte hacia sus hijos, en especial en cuanto a la asistencia a talleres y a sesiones terapéuticas. Es así que desecharé esta queja.----------También considera genérica la imputación a los padres de conductas que importan maltrato infantil, citando el caso "Fornerón" (ver fs. 121 vta./122, pto. III, c). Lo afirmado coincide con lo afirmado por este Cuerpo en la sentencia interlocutoria obrante a fs. 222/225 vta., en cuanto a que *"…la C.I.D.H. reafirma que la determinación del interés superior del niño, en el caso de custodia y cuidado de menores de edad se debe hacer a partir de los comportamientos*

parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y no especulativos o imaginarios (CIDH, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile y Fornerón vs. Argentina…" (ver sentencia citada a fs. 223, anteúltimo párrafo).----------Ahora bien, no obstante que podría objetarse que la argumentación desplegada en el decisorio atacado fue sucinta, ello no conlleva que en la misma no se aludiera a conductas concretas de los progenitores que se han evaluado como negativas para el desarrollo de los menores. Concretamente se señaló que *"Si bien el Equipo Técnico Interdisciplinario había efectuado una evaluación completa de la familia en julio del año 2013, y habían informado que los niños presentan sintomatología de maltrato infantil producto del vínculo con la madre y la crianza que ésta les brinda, requerí nuevamente su intervención, en la medida de protección en trámite, a fin de que se expidan sobre la aptitud de la Sra. M. para el ejercicio de la función parental. Las profesionales del ETI manifiestan que persisten los rasgos disociales anteriormente planteados en tanto conforman su personalidad. Su constitución subjetiva queda por fuera de la ley y el consenso social, activando en sus hijos comportamientos antisociales, sin poder transmitirles o construir con ellos vínculos sanos, que les permitan su adaptación social. No puede percibir, reconocer y aceptar que sus tres hijos han presentado conductas disruptivas y una sintomatología singular. La intención de recuperar la convivencia con sus hijos responde al lugar objetal que les otorga, desde un posicionamiento plenamente narcisista. No ubica a sus hijos como destinatarios de cuidados, amor y protección. En suma, la Sra. M. no es apta para el ejercicio de la maternidad"* (ver sentencia a fs. 56, dos primeros párrafos). ----------Es de destacar que ninguna mención se efectúa en el agravio con relación a estas consideraciones desplegadas por la jueza, por lo que encuentro al mismo rayano en la deserción. Sin perjuicio de ello, y amén de las ulteriores consideraciones que efectuaré sobre la conducta de los progenitores, lo considerado por la sentenciante y que fuera obviado en el agravio en examen, se fundamenta en el informe del ETI obrante a fs. 1004/1005 del expediente 341/2012. Por los motivos expuestos es que propongo

rechazar esta queja. ----------

---En cuanto a los agravios del Sr. M., a fs. 141/vta.142 vta., pto. VI, señala que en los considerandos del decisorio se tuvo en cuenta el accionar de la madre quien tuvo diversas intervenciones de distintos organismos, implementándose medidas de protección a favor de M., pero no respecto de su parte. Agrega que no se ha demostrado fehacientemente el ASI que se le atribuye, y que no se ha realizado un análisis exhaustivo respecto de la posibilidad de la familia extensa paterna, enfatizando que la ley 26061 apela a priorizar la convivencia familiar, debiéndose agotar la aplicación de programas sociales y políticas públicas en general para evitar la separación del niño con su medio familiar y comunitario. Añade que en cuanto al desinterés que se le enrostra,

confió en el letrado asignado y que no tuvo conocimiento de las actuaciones sobre medidas de protección, además de que la madre canceló la posibilidad de que tuviera contacto con sus hijos. Es de señalar que la última parte de los agravios de la Sra. Mayo coincide en la crítica, en tanto niega el desinterés e incumplimiento de sus deberes y responsabilidad parentales, así como enfatiza el derecho de los niños a permanecer con la familia de origen (ver fs. 123/124). ----------En lo que respecta a estas actuaciones, la jueza consideró que M. ofreció como prueba ser evaluado junto a su grupo familiar, mas no existió actividad tendente a la obtención de dicha prueba (ver sentencia a fs. 55, 5to. y 6to. párrafos). Es cierto que con posterioridad al dictado de la sentencia se agregó el informe del Poder Judicial de Santa Cruz a fs. 77/79 vta., donde se observó al recurrente interesado en la situación de sus hijos, se da cuenta de su situación laboral, de sus aportes económicos, que las denuncias contra su persona no habrían prosperado, así como que hace más de tres años que no mantendría contacto directo con sus hijos, añadiéndose que manifiesta su deseo de poder hacerse cargo de sus hijos, y en el caso de no resultar idóneo ofrece como posibles guardadores a su madre y una hermana del mismo. De lo anterior sólo se ha acreditado que el progenitor verbaliza un interés y deseo de hacerse cargo de sus hijos, mas dicha verbalización no se tradujo en acciones concretas, al igual que la propuesta de una eventual guarda a favor de la abuela y una tía paternas. Resulta sintomático que a la audiencia cuya acta obra a fs. 197/198, no concurriera personalmente, y que la participación de su letrada en la misma fuera por demás austera, limitándose a adherir a la solicitud del letrado de la madre de levantamiento de la medida de prohibición de acercamiento a sus hijos. A ello cabe agregar que a fs. 237 su apoderada prestó conformidad con la guarda de K. y R. otorgada a la abuela materna, lo que se contrapone con sus expresadas intenciones de que los niños sean receptados en su familia extensa. Con posterioridad no existieron presentaciones del padre. Y lo mismo cabe decir respecto de las actuaciones 341/2012 que remitiera el juzgado en copia certificada, posteriores a la decisión de esta Sala de fs. 222/225 vta.. ----En lo que se refiere a las actuaciones 341/2012 anteriores, y a fin de evaluar lo trasuntado en las mismas con relación a las conductas de ambos progenitores y de citar algunas de las actuaciones allí obrantes, cabe comenzar por el informe social de fs. 16/17 del 07/05/12, donde se concluye que el tratamiento de M. ha sido infructuoso por falta de colaboración de la paciente, destacando que los niños se encuentran desprotegidos y expuestos a situaciones de riesgo, y que de perdurar la convivencia con la madre podría verse expuesta su integridad física. A fs. 18/vta. se informa la situación de violencia y malos tratos durante la convivencia de los chicos con su madre y su entonces pareja, quien reconoce que consumen drogas y alcohol, y se detallan conductas antisociales de los niños, además de otras inadecuadas para su edad. A fs. 26/28 vta. obra la demanda de medida de protección, ordenándose a fs. 29 la guarda provisoria de los chicos a su abuela materna. Ya a fs. 33/34, el 04/06/12 la abuela revela

las dificultades que le representa la guarda conferida, lo que se corrobora con el informe de fs. 41/42. A fs. 54, obra acta de audiencia del 15/06/12, donde la madre presta conformidad para que los niños sean alojados en el Mini Hogar de Puerto Madryn hasta que la abuela tenga mayor disponibilidad de alojamiento. A fs. 120/121 obra informe de esta institución, del 16/10/12, donde se requiere que se evalúe el egreso de los menores por las dificultades que representa su presencia allí. A fs. 128, en la misma fecha, se presenta la Dra. B., apoderada del Sr. M.. El 17/10/12 se autoriza la externación de los chicos (ver fs. 133). A fs. 154 (08/11/12) se requirió a la madre que acredite el sostenimiento del recorrido terapéutico. A fs. 161/164 (10/12/12), se informa sobre la necesidad de acompañamiento a la madre que convive con sus hijos en un espacio próximo al departamento de la abuela. A fs. 186/187 obra informe, del 26/02/13, donde se da cuenta de una situación en la cual la madre, en un domicilio en Rawson, se encontraba alcoholizada con tres varones en el mismo estado, estando los chicos afuera del lugar, así como de la agresividad manifestada por M.. El 28/02/13 se decretó la internación de los chicos en el Hogar de Trelew, y se da intervención al Centro Integral de la Mujer para que se diseñe y ejecute un plan de rehabilitación de la función parental de la madre (ver fs. 188). A fs. 227 se advierte que dado que M. no presta ninguna colaboración para que sus hijos se comporten adecuadamente en el Hogar de Niños, se le hace saber que en caso de un nuevo desborde se interrumpirá provisoriamente el contacto materno-filial. A fs. 228/231, con fecha 11/03/13, obra otro informe donde M. refiere que ella y sus hijos han sido víctimas de violencia física y maltrato psicológico por parte de M., y la abuela materna expresa que ambos padres mantenían una relación signada por la violencia física y psicológica, que en ese contexto nacieron los chicos quienes también fueron víctimas de reiterados maltratos. También manifiesta que M. habría abusado sexualmente de J.. Revela conductas negativas de M. hacia los chicos, pero admite que no está en condiciones de hacerse cargo de ellos. Con la misma fecha (11/03/13) se informan las conductas agresivas y los disturbios provocados por los chicos en el Hogar (ver fs. 241/242).----------A fs. 243, el 12/03/13 se ordena la prohibición de acercamiento del padre respecto de los chicos, de lo que se lo notifica digitalmente (ver fs. 246/247). A fs. 253/254 lucen informes del 18/03/13, en los cuales se continúa dando cuenta de los problemas que generan los chicos en el Hogar, considerándose indispensable interrumpir el régimen de comunicación con la madre, quien no sólo no presta colaboración alguna, sino que no respeta ninguna regla de seguridad e intimidad del resto de los niños alojados. Como consecuencia de ello, el 19/03/13, se decreta la prohibición de acercamiento con relación a la madre (ver fs. 256). A fs. 327/328, obra informe del 24/04/13, donde se expresa que ha mejorado notablemente la conducta de los menores. A fs. 329, el 26/04/13 se autoriza a madre a que tenga contacto supervisado con sus hijos, mas lamentablemente el 16/05/13 obra otro informe donde se da cuenta

de distintos desbordes y conductas agresivas de los chicos. A fs. 393, el 27/05/13, se delega la guarda provisoria de los tres hermanos a la Sra. M. L., operadora del Servicio de Protección de Derechos de Rawson. A fs. 425/427 obra un informe positivo del avance de la Sra. M- en cuanto al plan de rehabilitación parental del 03/06/13. A fs. 510, la directora del Servicio de Protección de Derechos aludido informa el 02/07/13, que los chicos sufrieron una crisis emocional y actuaron con violencia ante su posible separación para ser entregados a familias solidarias, siendo alojados en un centro de retiro espiritual, manifestando que la situación de los mismos desborda la actividad del Servicio. A fs. 572/573 se informa el 22/08/13, sobre la situación de los niños, quienes se encuentran alojados en una casa con operadores del Servicio de Protección de Derechos. A fs. 632, con fecha 20/09/13, se resuelve suspender cautelarmente el contacto de la madre con los chicos. A fs. 706/vta. se agrega el acta acuerdo de septiembre de 2013 entre distintos organismos provinciales y municipales, por el cual se decide alojar a los niños en una vivienda alquilada por la Subsecretaría de Desarrollo Humano y Familia de la provincia, acordándose el acompañamiento y el suministro de comida y demás insumos para su alojamiento. A fs. 847, se informa con fecha 12/12/13 que la madre visitó a los niños en la casa del Programa Albergue en los horarios propuestos por el equipo técnico del Servicio, con algunas transgresiones de las actividades propuestas. A fs. 866/867 obra informe del 27/02/14, donde se da cuenta de que K. permanece al cuidado de su abuela materna, J. está al cuidado de la familia M.-G., y R. de la familia D.-J.. A tales personas se les delega la guarda provisoria de los tres chicos el 07/05/14 (ver fs. 878). A fs. 884, el 27/05/14 se informa que R. no está bajo los cuidados de la familia solidaria D.J., sino que se encontraría en el Centro Integral de la Mujer con su madre; explicándose a fs. 890/vta. por la Directora del Servicio por qué se había dado dicha situación a pesar de la prohibición de contacto dispuesta. A fs. 893, el 24/06/14 se intima a la madre a que dé estricto cumplimiento con la cautelar decretada. A fs. 897/898, en la misma fecha se informa sobre los avances de M. en su tratamiento terapéutico y de su deseo de recuperar a sus tres hijos. Ante lo informado en el acta de fs. 923, donde se da cuenta de que K. volvió con su madre, a fs. 927, con fecha 08/07/14 se ordena su restitución a la abuela. A fs. 930/931 se labra acta del 10/07/14 donde K. manifiesta su deseo de estar con su mamá y sus tres hermanos. Con fecha 14/08/14 obra un informe de la Lic. B. respecto de las entrevistas psicológicas con Mayo, manifestando que la misma presenta dificultad para aceptar su problemática, no existiendo reconocimiento de sus conductas vinculadas con el consumo de sustancias tóxicas, así como niega las situaciones conflictivas con sus hijos, no aceptando responsabilidad por ello (ver fs. 991). A fs. 1004/1005 obra el informe del ETI negativo respecto de M. del 10/10/14, al cual se hace referencia en la sentencia y al que ya aludiera “ut supra”, lo que se confirma con el informe de fs. 1036/1038 del 14/11/14. A fs. 1057, el 18/12/14, se remiten copias a sede penal por el delito de desobediencia que

habría cometido la Sra. M.. ----------
De todo lo expuesto se puede concluir que el Sr. M. estaba al tanto de las actuaciones, en las cuales se presentó por apoderada, y su inactividad y desinterés por sus hijos fue permanente, ya que salvo dicha presentación no realizó petición alguna. Y ello se corroboró con su incomparecencia a la audiencia de fs. 197/198. En cuanto a la Sra. M., si bien ha transmitido su interés y deseo de vivir con sus hijos, es evidente que no logra incorporar patrones de conducta que reflejen idoneidad para el ejercicio de la crianza de sus hijos. A lo largo de las actuaciones reseñadas se ha evidenciado que, desde distintos organismos estatales, y estando vigente la prohibición de contacto con sus hijos, se le facilitó alojamiento y servicios para que pueda convivir con ellos, todo lo cual fracasó. Las actuaciones que en copia remitió el juzgado de grado, dan cuenta, con posterioridad a las audiencias celebradas en esta sede, que la abuela materna admitió la imposibilidad de hacerse cargo de los chicos, señalando a la madre de ellos como generadora de actos de violencia en presencia de los niños (ver fs. 79/81). Asimismo ya me he referido a que K. y J. continúan bajo la guarda de familias solidarias y que se encuentran en condiciones adecuadas de crianza y protección para su futuro desarrollo, así como que mantienen contacto con R., quien expresó su deseo de compartir más horas con J. y la familia que lo alberga (ver fs. 130/133 de las actuaciones obrantes en copia). Lo cierto es que han sido infructuosos los intentos para que los chicos puedan permanecer en la órbita de la familia de origen, tanto nuclear como extensa, a pesar del largo derrotero transcurrido para que ello pueda concretarse, lo que no implica que pierdan todo tipo de contacto en el futuro si ello no resulta
pernicioso para su interés superior.----------
---Agregaré que el art. 3 de la ley 26061 establece que se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías en esta ley, destacando que en particular importa el respeto, entre otras cuestiones, del pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; y a su centro de vida, entendiéndose por tal el lugar donde los mismos hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Ahora bien, el interés superior del niño se presenta como un estándar jurídico que aparece para obtener una armoniosa integración entre la regla de derecho y la decisión judicial como una medida social correctora, la cual encierra un contenido empírico, que vive de las circunstancias, de los hechos, y por ello es flexible, adecuado a las cambiantes modalidades de la vida del derecho. Asimismo este concepto representa el reconocimiento del niño como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Esto significa que, resultará en su interés, toda acción o medida que tienda a respetar de manera efectiva sus derechos. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio

para la intervención institucional destinada a proteger al niño. El principio proporciona una pauta objetiva que permite resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado y la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el niño (conf. Gil Domínguez-Famá-Herrera: “Derecho Constitucional de Familia”, Ed. Ediar, 2006, T I, págs. 44/45).----------

----Es de resaltar que el art. 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece la posibilidad de que la separación del menor de sus padres sea necesaria en virtud del interés superior del niño y se evidencia uno de los casos particulares enunciados por la norma, cual es el “descuido por parte de sus padres”. En el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el principio del interés superior del niño tiene el efecto de separar conceptualmente el interés del mismo como sujeto de derecho, de los intereses de otros sujetos, inclusive sus propios padres. Asimismo cabe consignar que no puede permanecer de manera indefinida la situación de los menores, que en el decisorio apelado se privilegió el interés superior de los mismos, y que si bien la norma del art. 18.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece la obligación asumida por el Estado para asistir a los padres en el desempeño de sus funciones respecto a la crianza de los hijos (art. 18.2), no debe olvidarse que siempre, en el cumplimiento de estas obligaciones, la preocupación fundamental será el interés superior del niño (art. 18.1 “in fine”).----------

---En ese sentido tengo presente que el art. 33 de la ley 26061, en su última parte establece que *“La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización”.* De esta manera, la ley adopta una postura más elocuente en defensa, en definitiva, del derecho a vivir y/o permanecer en la familia de origen que la receptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 17/2002, en la que se alega que la pobreza no puede ser el único motivo o fundamento para decretarse tal separación. Por otra parte, la ley 26061 indica de manera expresa que este principio de no separación por razones de carencias materiales se extiende no sólo a los padres sino también a la familia ampliada o con quienes se mantengan lazos afectivos (conf. Gil Domínguez-Famá-Herrera: “Ley de Protección Integral…”, ya citado, pág. 552). ---------

A la luz de la norma precitada ha de considerarse que durante cuatro años se han realizado ingentes esfuerzos desde distintos organismos estatales para que los niños permanezcan con su familia de origen. Y asimismo no se trata de que los chicos no puedan permanecer con la familia de origen por meras causas económicas, sino que tanto la madre como la abuela se han revelado incapaces de poder sostener una convivencia armónica e integradora del desarrollo de los chicos, por razones más de personalidad, equilibrio emocional y edad que de recursos económicos. Y de lo reseñado

más arriba entiendo que huelga remarcar el total desinterés voluntario del padre en participar activamente del proceso. La prueba más elocuente de ello se refleja en que, luego de celebrada la audiencia en esta sede de fs. 197/198 vta., y de la decisión de este Cuerpo de fs. 222/225 vta., ambos padres consintieron la guarda provisoria de K. y R. a favor de la abuela materna (ver fs. 237/238). Sin embargo, del informe de fs. 262/vta., así como de la presentación de la abuela de fs. 79/81 en las actuaciones remitidas en copia por el juzgador de grado, se desprende la admisión de la misma de la imposibilidad de poder convivir y contener a sus nietos.---------También es de destacar que al tiempo del dictado de la sentencia apelada, se encontraban vigentes los arts. 316 y 317 del C. Civil. En dicho orden de ideas, debe tenerse presente que el art. 316 precitado en su 3er. párrafo establece que *"La guarda deberá ser otorgada por el juez o tribunal de domicilio del menor o donde judicialmente se hubiere comprobado el abandono del mismo".* Al respecto se ha entendido que la guarda de menores aparece como uno de los medios -técnicas o tratamientos no institucionales- integrantes de la protección del menor y que, como los restantes, procede en subsidio de la máxima institución proteccional constituida por la patria potestad. La guarda a la que se refiere es la atribución de la persona de un menor a un tercero o a una institución tutelar específica a los fines de que sobre el mismo se ejerzan las conductas tutelares que se determinen, pudiendo éstas variar. De allí que se considere a la guarda como "el medio tutelar por el cual un tercero sin derecho de representación o un organismo ejecutivo de protección, se convierte en tenedor de un menor para darle asistencia integral y proveer a la formación de su personalidad" (conf. D'Antonio, Daniel Hugo: "Régimen legal de la adopción", Rubinzal-Culzoni Editores,
1997, págs. 69/70).----------
---En lo que se refiere al art. 317 mentado, el mismo establece los requisitos para otorgar la guarda preadoptiva, entre los que se encuentra la citación de los progenitores, salvo que el niño estuviese en un establecimiento asistencial y aquéllos se hubieran desentendido totalmente del menor durante un año o el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo. Al respecto cabe señalar que, en comentario al art. 9 de la ley 26061 y en referencia al concepto de maltrato infantil, se ha sostenido que *"…el abuso, descuido o explotación de los niños se presenta cuando peligra -física o mentalmente- el desarrollo saludable de toda persona de menos de 18 años de edad. Este riesgo comprende una amplia escala, desde un retardo evolutivo hasta la propia muerte del menor, y puede darse ya sea por acciones o por omisiones llevadas a cabo por el padre, madre u otras personas responsables de su cuidado. En términos generales, el abuso infantil puede ser físico, emocional, sexual o por delegación"* (conf. cita de Goggi, en Gil Domínguez-Famá-Herrera: "Ley de Protección Integral…", ya citado, pág. 187). Entiendo que a la luz de este concepto y de lo expuesto a lo largo de este considerando, han quedado demostrados la incapacidad y el desinterés -en el caso

del padre- de los miembros de la familia de origen para ejercer sus responsabilidades en orden al mejor desarrollo integral de los chicos.----------He de agregar que el actualmente vigente art. 607 del C. Civil y Comercial, establece en su inciso c), que la declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si *"las medidas excepcionales tendiente a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas".* Y más abajo el artículo dispone que *"La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés del éste".* ----------Ha de repararse en que la norma citada se refiere a la decisión judicial de primera instancia, pero allende dicho señalamiento, dado que el nuevo código entró en vigencia el 01/08/15, cuando el expediente ya se encontraba en esta sede, y en el mejor de los casos para los recurrentes, cabe destacar que el plazo máximo indicado se encuentra vencido al 01/02/16 si se toma como fecha de comienzo del término la entrada en vigencia del código. Así cabe concluir que transcurrió dicho plazo sin que las medidas adoptadas para que los niños permanezcan en la familia de origen, y que en esta instancia también se propiciaran, hayan dado resultado positivo. Y en cuanto a la intención verbalizada por los padres, al menos en su momento, de que los niños queden bajo su cuidado, amén de no concretarse en acciones efectivas en el caso del padre, en el supuesto de la madre, lamentablemente esa voluntad no aparece adecuada al interés de los chicos. ----------

---Encuentro que por lo expuesto en este largo considerando tampoco cabe acoger favorablemente el último agravio del Sr. M. (ver fs. 143/vta., pto. VII). Es que por un lado se limita a enumerar una serie de derechos de los menores como el derecho a la convivencia familiar y comunitaria, a un sistema de protección integral y a ser oído. Respecto de este último ya me explayé en el considerando tercero; y con relación a los otros dos, entiendo que he dado suficientes argumentos acerca de que se agotaron los esfuerzos y medidas a fin de que los niños permanezcan con la familia de origen, habiéndose concluido que dicha permanencia no resulta adecuada para la protección y desarrollo integral de los chicos.----------

---Por último he de añadir, a fin de reforzar la solución que propicio, que el último informe agregado a fs. 284/287, luego del llamamiento de autos para sentencia, no hace más que consolidar la decisión de declarar el estado de adoptabilidad de los menores, dado que la situación de R., frente a la de sus hermanos, es de evidente vulnerabilidad, que

sólo puede ser superada por su inserción dentro de un marco familiar estable que permita su desarrollo integral y personal. ----------En virtud de todo lo expuesto es que postulo al acuerdo desestimar también los recursos de los Sres. M. y M., y de esa manera confirmar el decisorio apelado, ya que lo resuelto importa asimismo la solución más acorde con lo dispuesto por la ley 26061, en cuanto al aseguramiento a los menores del disfrute pleno y del efectivo ejercicio de sus derechos. Como tal la declaración de adoptabilidad se inscribe en lo establecido por los arts. 33 y 34 de la ley 26061, en especial este último en cuanto establece que las medidas de protección de derechos tienen como finalidad la preservación o restitución a los menores del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. A lo expuesto cabe agregar que, fracasados los programas y acciones de fortalecimiento del ejercicio del rol parental por parte de los progenitores a fin de evitar la separación de los niños de los mismos (conf. arts. 35 y 37 de la ley 26061), de conformidad con lo establecido por el art. 39 de la ley citada, y a la luz del interés superior de los menores, se ha debido arribar a la decisión impugnada dada la excepcionalidad de las circunstancias (conf. CATrelew, Sala “B”, SDF Nº 3/10 del 05/05/10). No obstante ello, y reitero, en virtud de las particularidades del caso, la extremidad de la medida adoptada, no importa, en el futuro, la separación absoluta ni la ruptura del vínculo de los niños con la familia de origen, si el mantenimiento de dicho vínculo y contacto no resulta contrario al interés superior de los mismos, lo que aun puede autorizarse en el supuesto de una eventual y ulterior decisión judicial de adopción plena (conf. art. 621, 2do. párrafo del C. Civil y Comercial).----------III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se confirme el fallo en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas en la Alzada a los apelantes (conf. art. 69 del CPCC). Propongo asimismo, atento al resultado del pleito, mérito y extensión de los trabajos realizados, regular los honorarios de los letrados patrocinantes y apoderados de los recurrentes actuantes en esta sede, Dra. N. A., en la suma equivalente a 8 Jus; Dres. R. N. y T. C., en conjunto, en la suma equivalente a 8 Jus; y Dra. P. A. N., en la suma equivalente a 8 Jus; y a las letrada actuantes en esta sede por el Ministerio Pupilar, Dras. Gabriela Alexia López y Mariana Forrester, en conjunto, en la suma equivalente a 8,5 Jus; en todos los casos con adición del I.V.A. si correspondiere (arts. 5, 7, 8, 9, 13, 46 y concs. de la ley XIII Nº 4, y leyes 23349 y 23871). ----------Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.----------

----**A LA PRIMERA CUESTION**, el Dr. Vergara dijo:----------

---1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia de los recursos de apelación interpuestos por los progenitores M. F. M. e I. M. M. y por la menor K. C. M. a fs. 58, 62 y 97, que fueran concedidos libremente y con efecto suspensivo a fs. 59, 63 y 98, respectivamente, contra la sentencia de la

anterior instancia de fs. 54/56 y vta. que declaró el estado de adoptabilidad de los niños M. K. C., M. J. N. y N. Á. R. M., con imposición de las costas a los Sres. I. M. M. y M. F. M..----------La expresión de agravios de K. C. M., I. M. M. y M. F. M. lucen a fs. 103/107, 120/124 y vta. y 139/144, respectivamente. A fs. 154/155 y vta. por sentencia interlocutoria se dispuso el desglose de los informes de fs. 108/109 y de la documental de fs. 126/138, prueba que fuera acompañada por la Sra. I. M. M. y por el Sr. M. F. M., respectivamente. A fs. 159 se corrió traslado de las expresiones de agravios presentadas por los apelantes, a fs. 168/169 se declaró inadmisible el recurso de casación interpuesto a fs. 160/166 y vta. contra la sentencia interlocutoria de fs. 154/155 y vta., y a fs. 171/179 obra la contestación de la Asesoría de Familia. Asimismo, a fs. 195/196 obra el acta de la audiencia celebrada con los menores N. Á. R. M. y M. K. C. M., a fs. 197/198 y vta. luce el acta de la audiencia cumplida con la madre de los citados menores y la letrada apoderada del padre, a fs. 201/vta. obra el acta de la audiencia con el niño M. J. M., y a fs. 210/212 la audiencia con los guardadores de este último Sres. M. L. M. C. y A. R. G.. A fs. 222/225 por sentencia interlocutoria de fecha 02/09/15 se dispuso otorgar la guarda provisoria de M. K. C. y N. Á. R. M. a su abuela Sra. A. I. T.. A fs. 243/244 y fs. 245/247 se agregan copias de las notas presentadas por el Servicio de Protección de Derechos de Puerto Madryn y por el Equipo Técnico de Hogares de Trelew. A fs. 255 y 256/258 lucen informes del Servicio de Protección de Derechos de la Municipalidad de Rawson y del Equipo Técnico de Hogares de Trelew. A fs. 262/vta. obra informe del Servicio de Protección de Derechos de la Municipalidad de Puerto Madryn. A fs. 282 se dispuso pasar estos actuados a despacho a los fines de dictar sentencia y finalmente a fs. 284/287 y 290/vta. obran informes del Equipo Técnico de Hogares de Trelew y del Equipo Técnico Interdisciplinario, respectivamente. ----------

---La relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. De Cunto, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones, sin perjuicio de las consideraciones que en su caso corresponda realizar.----------

--2. Toda vez que el Código Civil y Comercial (ley 26.994) entró en vigencia a partir del 01/08/15 (ley 27.077), corresponde en primer término determinar si ese ordenamiento resulta aplicable al caso de autos. ----------

----Destaco que el art. 7 del mencionado Código dispone: “*Eficacia temporal.* A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.----------

---De tal modo, el art. 7 del Código Civil y Comercial dispone que las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, al igual que lo estableciera el art. 3 del Código Civil. En tales condiciones, juega la noción de consumo jurídico por lo que corresponde diferenciar los hechos pasados que agotaron su virtualidad, los hechos en curso de desarrollo, y las consecuencias no consumadas de los hechos pasados. Por eso se expresa que la primera cuestión, ha de resolverse, según nuestro criterio, conforme a la noción de "*consumo jurídico*". Los hechos pasados que han agotado la virtualidad que les es propia, no pueden ser alcanzados por la nueva ley y si se los afectara se incurriría en retroactividad. En cuanto a los hechos "in fieri" o en curso de desarrollo, pueden ser alcanzados por el nuevo régimen, por no tratarse de hechos cumplidos bajo la legislación anterior, y por tanto cuando se les aplica la nueva ley no se incurre en retroactividad. Finalmente, las consecuencias no consumadas de los hechos pasados, caen bajo la nueva ley, especialmente cuando su eficacia no depende enteramente del hecho que las origina sino concurrentemente de la fecundación obrada por el porvenir. Porque estando este porvenir sujeto a la acción del legislador, éste puede en cualquier momento interferir en el régimen de aquello que le está sujeto (Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Parte general", Editorial Perrot, 2da. ed. act., 1964, T. I, par. 167, pág. 140). Conclusiones que se mantuvieron después de la reforma introducida por la ley 17.711 al señalar que las *consecuencias* de tal relación o situación, que son gobernadas por las nuevas leyes que se dicten, son las derivaciones de hecho que reconocen su causa eficiente en aquellos antecedentes. Tales consecuencias, aún no ocurridas al tiempo de dictarse la nueva ley, quedan gobernadas por ésta; en cambio, las consecuencias ya producidas están consumadas y no resultan afectadas por las leyes, pues lo impide la noción de *consumo jurídico* (Llambías, Jorge Joaquín, obra y tomo citado, vigésima edición actualizada por Raffo Benegas, Patricio, LexisNexis, 2003, par. 167 bis, págs. 127/128).----------

---Con ese alcance, en cuanto a los hechos pasados que agotaron su virtualidad doctrina de los hechos cumplidos- y con expresa referencia al art. 7 del C.C.yC. se precisa que la nueva ley no puede afectar consecuencias posteriores a su entrada en vigor, cuando tengan relación de causa a efecto con el hecho cumplido bajo la vigencia de la ley antigua. … Los efectos propios de un hecho o acto por estar incorporados en él se regirán siempre por la ley existente en el momento de su constitución (Junyent Bas, Francisco A., "El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial", La Ley, 27/04/15). ----------

---Por otra parte, el art. 3 del Código Civil y el art. 7 del Código Civil y Comercial no dan solución al problema que se suscita cuando la relación procesal se trabó con anterioridad a la vigencia de la nueva ley ya que debe tenerse presente el principio de congruencia en razón de sustentarse en los derechos constitucionales de defensa en juicio y de propiedad, y tampoco tienen en cuenta la conducta observada por las partes

al amparo del derecho vigente a ese momento. En esa dirección se sostiene que: "… Aún cuando se descartara la idea de que en el proceso existe una relación jurídico procesal, lo cierto es que la traba de la litis hace que las partes no puedan ya modificar sus pretensiones, con lo cual la etapa de alegación y prueba se ajustará a esas pretensiones, lo mismo que la sentencia habrá de ser dictada conforme a ellas (principio de congruencia), aspecto crucial que hay que tener en cuenta al tiempo de decidir si la ley nueva se aplica a los juicios en trámite y como se aplica. … Justamente uno de los problemas que genera la aplicación de normas nuevas a hechos ya ocurridos, es que, retrospectivamente, encierra cierta injusticia, en tanto las partes NO pudieron haber ajustado su conducta a la norma que, por hipótesis, no existía. El derecho pierde, en tales supuestos, su rol de guía de la conducta y altera las expectativas formadas alrededor de cierta conducta que se realizó con conciencia de su ajuste a derecho. Esto último supone generar ganadores y perdedores, alterando las posiciones relativas de las partes con relación al derecho al que ajustaron su conducta. Por eso es sumamente común que los ordenamientos jurídicos adopten estrategias para mitigar los daños que las transiciones legales imponen. La doctrina de Roubier y por ende de Borda como el art. 3 del Código vigente y del art. 7 del futuro se despreocupa de este aspecto central de la cuestión." (Rivera, Julio César, "Aplicación del nuevo código civil y comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el congreso)", La Ley, 04/05/15). También se expresa que "… el efecto inmediato que dispone el art. 7° es una regla general, pero que no debe aplicarse si de ella deriva la privación de un derecho amparado por garantías constitucionales. En definitiva, el efecto inmediato tiene el mismo límite que la aplicación retroactiva, lo cual es por lo demás una consecuencia de la supremacía constitucional. Ahora bien; llevemos esa premisa que acabamos de sentar a los juicios en trámite. El efecto inmediato del derecho nuevo en relación a los juicios en trámite produce una afectación inconstitucional de la garantía de defensa en juicio si las partes no tienen la oportunidad de invocar, alegar y probar sobre el derecho "nuevo". Insisto en que no es de aplicación el principio iura curia novit porque no es un derecho que las partes pudieron haber invocado; amén de que tal principio está hoy en tela de juicio por cuanto conduce a una sentencia "sorpresiva". Y, como hemos señalado antes, puede conducir incluso a la vulneración del principio de congruencia si de la aplicación del derecho "nuevo" resultara una sentencia que no reflejara las pretensiones de las partes. El principio de congruencia está ligado a la garantía del debido proceso según la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación." (Rivera, Julio César, "Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite", La Ley, 17/06/15). En este último aspecto, el respeto del principio de congruencia ha sido objeto de reiterados pronunciamientos por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que tiene dicho: "4°) Que, en efecto, esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las cámaras está limitada por

los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 301: 925; 304: 355, entre muchos otros). 5°) Que el carácter constitucional de dicho principio, como expresión de los derechos de defensa en juicio y de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos: de ahí que lo esencial sea "que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según ley que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias" (Fallos: 315: 106 y 329: 5903)" (CSJ 367/2014 (50 – B) /CS1 Recurso de hecho, "Becerra, Juan José c/ Calvi, Juan María y otros s/cumplimiento de contrato", del 07/07/15).----------

----Ahora bien, aún cuando corresponda atenerse a los alcances antes indicados, en el caso de autos la cuestión a resolver es si los menores M. K. C., M. J. N. y N. Á. R. M. se hallan en estado de abandono y por consiguiente de adoptabilidad, por lo que la circunstancia de que la sentencia de primera instancia se dictara con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial no impide señalar que el instituto de la adopción, íntimamente vinculado al presente proceso, se encontraba previsto a partir del art. 311 del Código Civil (Título IV de la Sección Segunda del Libro Primero). A su vez, con relación al tema a dilucidar en la presente causa el Código Civil y Comercial regula el proceso judicial en el Capítulo 2 (Declaración judicial de la situación de adoptabilidad) del Título VI (Adopción) del Libro Segundo (Relaciones de familia). En tal sentido se señala que el Código Civil y Comercial regula el proceso judicial que culmina con la declaración de la situación de adoptabilidad. Se trata de un proceso decisivo tendiente a indagar y resolver si un niño es pasible o no de ingresar a una familia a través de la figura de la adopción. Si bien el régimen derogado no regulaba de manera expresa y precisa este tipo de procesos, sí contaba con amplia aceptación tanto en doctrina como en jurisprudencia (Herrera, Marisa, en Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, Directoras, "Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014", Rubinzal – Culzoni Editores, 2014, T. III, pág. 225). Y por tratarse de una cuestión de orden público debe tenerse en cuenta también el fallo dictado por la C.S.J.N. con fecha 06/08/15 en autos caratulados "Recurso de hecho deducido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en la causa D. I. P., V. G. y otro c/Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/amparo" (CIV 34570/2012/1/RHI) al aplicar en materia del nombre de las personas humanas el " … art. 64 del Código Civil y Comercial de la Nación, norma de la que, en virtud de la regla general establecida en el art. 7° del mencionado y de la citada doctrina, no puede prescindirse (conf. arg. Fallos: 327:1139)" (ver considerando

8°). Así se sostiene que la nueva ley debe ser aplicada a los procesos familiares en trámite, cualquiera sea la etapa en que se encuentren. Esta solución es la que mejor se condice con la axiología del sistema, que se enmarca en el paradigma constitucionalconvencional, sin que ello signifique afectar ninguna garantía supralegal (Molina de Juan, Mariel F., en Grosman – Lloveras -Kemelmajer de Carlucci - Herrera, Directoras, “Derecho de Familia”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, AbeledoPerrot, Octubre 2015, pág. 211). De todos modos, bien señala el Dr. De Cunto que se estima que la ley posterior es mejor que la anterior, más protectora de los derechos individuales, pero en caso de que así no ocurra, en materia de adopción se considera que debe hacerse aplicación ultraactiva de la ley de familia más favorable al interés superior del niño (ver Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Rubinzal – Culzoni Editores, 2015, par. 31, pág. 83). Por tales razones, este último es el criterio de interpretación a seguir, sin perjuicio de aplicar el Código Civil a las situaciones o decisiones anteriores a la vigencia del C.C. y C. y este último ordenamiento en cuanto se refiere a la situación de los menores con posterioridad al 01/08/15. ----------

----3. Con tales alcances ingresaré en primer lugar a los agravios vertidos por los apelantes al entender que la jueza resolvió *extra petita* y que por ende se violó el principio de congruencia, y también el del debido proceso y la garantía de defensa en juicio, ya que no se requirió en demanda que se declare el estado de abandono y adoptabilidad de la menor M. K. C. M. toda vez que tal declaración se peticionó respecto de sus dos hermanos M. J. N. y N. Á. R. M. (M. K. C. M., p. IV, fs. 103 vta./104; I. M. M., p. III.d, fs. 122/vta.; y M. F. M., p. V, fs. 140 vta./141 y vta.). Agrego que además el progenitor M. solicitó la nulidad de la sentencia por tales consideraciones (ver p. V, fs. 140 vta., y final de ese acápite, fs. 141 vta., tercer párrafo).----------Respecto de la nulidad pretendida el art. 255 del C.P.C.C. prescribe: “El recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia. Si el procedimiento estuviere ajustado a derecho y el tribunal de alzada declarare la nulidad de la sentencia por cualquier otra causa, resolverá también sobre el fondo del litigio”.---------- ----En tal sentido, en diversos pronunciamientos tuve oportunidad de señalar que acerca del recurso de nulidad se indica que excepcionalmente la sentencia puede presentar otros vicios en su construcción que la descalifican como acto jurisdiccional, en particular, cuando ha sido pronunciada sin guardar las formas y solemnidades prescriptas por la ley, vale decir, de irregularidades que afectan a la sentencia “en sí misma”. Sirvan como ejemplo los siguientes: ausencia de fundamentación del fallo, la exposición oscura e imprecisa que hace imposible conocer el sentido del acto; la omisión de cuestiones esenciales no estudiadas ni decididas, como el no tratamiento de la reconvención o defensas planteadas por el demandado y el pronunciamiento recaído sobre pretensiones no propuestas por las partes (*sentencia extra petita*). Aquí se tratan de vicios que afectan

la resolución misma; defectos nacidos en la construcción del decisorio y que vinculan la sentencia con la teoría de las nulidades. En estas hipótesis se dice que la sentencia es *nula* y por tal motivo corresponde sea dejada sin efecto por el superior (función negativa del recurso). Ratificamos que el recurso de nulidad se circunscribe a los errores de la propia sentencia (Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Astrea, 1983, T. 1, págs. 790/791 y 793, respectivamente). Bien claramente se desprende del artículo 253 (255 del C.P.C.C.) bajo análisis que la nulidad que autoriza el recurso homónimo, subsumido en el de apelación, es la que asienta en *defectos de la sentencia*. Circunscriptos, entonces, los motivos del recurso de nulidad a la infracción en la sentencia "en sí misma" de las formalidades y solemnidades estatuidas por ley, que la descalifican como acto jurisdiccional … Insistiendo en estas ideas, son los vicios extrínsecos de la sentencia los que acarrean la nulidad. Los otros, los intrínsecos, importan vicios de juzgamiento susceptibles de corregirse por el recurso de apelación, no correspondiendo anular el fallo, si los defectos atribuidos pueden repararse por este último recurso (Morello, Sosa y Berizonce, "Códigos Procesales …", Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1988, T. III, págs. 237/238, y pág. 243 con cita de fallos, respectivamente). El fin inmediato del recurso nulificatorio es denunciar los vicios extrínsecos de la resolución, no los intrínsecos. Teleológicamente apunta a los aspectos formales de ella, no a la justicia de su contenido, pues esto último es objeto del recurso de apelación. Queda delimitado así el ámbito de este remedio procesal, en principio, a las impugnaciones dirigidas contra los defectos de lugar, tiempo y forma que pudieren afectar a una resolución judicial en sí misma. El recurso de nulidad es un remedio excepcional. Se sigue de ello que su concesión es de carácter restringido, y las condiciones de admisibilidad deben examinarse con criterio riguroso. Es un axioma en el estudio y teoría de las nulidades procesales la fórmula que declara improcedente el recurso de nulidad, *cuando se trata de vicios o defectos reparables por vía del recurso de apelación* (Maurino, Alberto Luis, "Nulidades procesales", Astrea, 2ª ed. act., 1999, par. 158, 161 y 162, págs. 218, 223 y 224, respectivamente).----------

----Por ello, si el agravio puede repararse por vía del recurso de apelación no corresponde declarar la nulidad de la sentencia sino que en caso de que le asiste razón al recurrente deberá modificarse la misma.----------

----En ese contexto, el codemandado M. considera que la sentencia dictada es violatoria del principio de congruencia. Afirma que no hay identidad entre las pretensiones deducidas por la Asesoría y el fallo que alcanza a M. K. C. M. ya que el Ministerio Pupilar requirió el estado de abandono y adoptabilidad de los niños M. J. M. y N. Á. R.M.. Por ello entiende que se dictó una sentencia *extra petita* por incurrir en una deficiencia cualitativa y peticiona se declare la nulidad de la sentencia (p. V, fs. 140 vta./141 y vta.). En ese aspecto, los tres recurrentes consideran que la sentencia violó el principio de

congruencia toda vez que la Asesoría no solicitó la declaración del estado de abandono y adoptabilidad de

M. K. C. M.. ----------Al respecto, el art. 333 del C.P.C.C. establece que la demanda debe contener la cosa demandada, designándola con toda exactitud, y los hechos en que se funde, explicados claramente (incisos 3° y 4°). Así, es conveniente destacar la importancia que la demanda tiene en el desarrollo de la relación procesal. Ella es la base del juicio y de la cual depende el éxito de la acción deducida. En efecto, la demanda concreta las pretensiones del actor y limita los poderes del juez a su respecto, pues la sentencia debe referirse a las peticiones que aquél haya formulado; sólo podrá producirse prueba sobre los hechos articulados. La sentencia debe ser congruente. Se entiende por congruencia, la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, de otra manera el decisorio será arbitrario (Highton-Arean, dirección, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Editorial Hammurabi, 2006, T. 6, pág. 232). Agrego acerca del principio de congruencia que como una manifestación o derivación del principio dispositivo, rige el principio de congruencia, en virtud del cual, debe existir conformidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional. El principio de congruencia constituye una manifestación del principio dispositivo en sentido material, dado que si el juez no respetara esa conformidad que debe existir entre su fallo, por un lado, y las pretensiones y oposiciones a las mismas, por el otro, estaría incursionando de esta manera en un campo que el ordenamiento jurídico ha reservado exclusivamente a la voluntad de los particulares, cual es la disposición de los derechos materiales o de fondo (Loutayf Ranea, Roberto G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1989, vol. 1, par. 37, pág. 115). A su vez, en cuanto a las pretensiones deducidas, objeto de la demanda, y decisión, cabe señalar que la pretensión procesal está compuesta por una serie de elementos que, con su reunión, determinan el contenido sustancial de la figura. En lo fundamental, tales elementos son ya conocidos, pues, aparte de haberse hecho reiteradas alusiones a ellos, son los mismos de toda la institución procesal, es decir, sujetos, objeto y actividad (Guasp, Jaime, “Derecho Procesal Civil”, Tomo Primero, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 224).Y el tercer elemento de la pretensión es la indicación de la actividad en que la pretensión se traduce, se denomina fundamento, título o causa de pedir. Son los hechos en que se apoya. Se trata de la alegación fáctica de introducción. Así, la pretensión es concreta y el pretensor aspira a algo, y por ello la pretensión procesal es una declaración de voluntad en cuyo mérito se solicita una actuación del órgano jurisdiccional en miras a la satisfacción de un interés concreto (Peyrano, Jorge W., “El proceso atípico”, Editorial Universidad, 1993, pág. 218). Y con referencia al objeto y título de pedir de la pretensión, puede señalarse que tal objeto cabe denominarlo bien de la vida. El bien de la vida afectado por la pretensión

procesal, y envuelto, en consecuencia, en un litigio, es, por esta misma circunstancia, *el bien litigioso* sin más. Lo indispensable es, tan sólo contar con un principio de determinación suficiente del objeto reclamado. De otro lado, la pretensión procesal ha de encerrar la indicación de la actividad en que ella se traduce. Esta actividad consiste esencialmente en una petición jurídicamente significativa, es decir, una reclamación de algo, que se pide porque el pretendiente afirma su coincidencia con el ordenamiento jurídico. Tiene que haber en toda pretensión procesal la formulación de una exigencia que se sostiene como fundada en derecho. Este elemento, que, según la tesis del que produce la pretensión, viene a justificarla jurídicamente es el que se denomina *fundamento, título o causa de pedir*: *causa petendi* de la misma, y constituye el tercero y último ingrediente básico de la figura estudiada. El fundamento de la pretensión procesal no es su motivación, invocada o no, sino *los acaecimientos de la vida en que se apoya*, no para justificarla, sino para acotarla, esto es, para delimitar de un modo exacto el trozo concreto de realidad al que la pretensión se refiere. El fundamento de la pretensión no es lo que permite al Juez, caso de ser cierto, pronunciarse a favor de la pretensión, sino lo que permite al Juez conocer qué ámbito particular de la vida es el que la pretensión trata de asignarse. Por ello, la invocación del fundamento no opera como justificante, sino como determinante de la pretensión misma, tal como ahora se estudia. … la petición que comprende la pretensión procesal tiene que ir apoyada en la invocación de tales acaecimientos, los cuales se pueden denominar fundamentos de la misma, siempre que se tenga presente el sentido en que fundan la pretensión procesal: no como cimientos en que se basa, sino como muros que la delimitan (Guasp, Jaime, obra y tomo citado, págs. 225/227). La causa, fundamento o título de la pretensión consiste en la invocación de una concreta situación de hecho a la cual el actor asigna una determinada consecuencia jurídica. Tal invocación no actúa, en rigor como razón justificante de la pretensión, sino que tiene por objeto particularizarla o delimitarla, suministrando al juez el concreto sector de la realidad dentro del cual debe juzgar en el caso. El juez, en efecto, debe decidir si se ha operado o no la consecuencia jurídica afirmada por el actor, pero para ello le es indiferente la designación técnica que aquél haya asignado a la situación de hecho descripta como fundamento de la pretensión, desde que es inmanente a la función decisoria la libertad en la elección de la norma o normas que conceptualizan el caso (*iura novit curia*). No es por lo tanto la norma la que individualiza la pretensión, sino los hechos afirmados en la medida de su idoneidad para producir un determinado efecto jurídico (Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, Abeledo Perrot, 1967, T. I, pág. 397). Y desde que el contenido de la alegación comprende dos categorías, una referida a los datos de hecho y otra, los datos de derecho, ello significa que la invocación de la norma a aplicar nada tiene que ver con la pretensión. Se trata de una alegación jurídica, esto es, cuál es a criterio de la parte el derecho a aplicar según su invocación. Y la tarea de subsumir la norma, o sea la

calificación jurídica que corresponda de las pretensiones deducidas en el juicio, es tarea del juez conforme al principio *iura novit curia*. A su vez se afirma que: I. El contenido de la alegación lo constituyen, evidentemente, dado el concepto de este acto, aquellos datos lógicos que la parte lleva al proceso para proporcionar al Juez los instrumentos en que ha de basar su sentencia. II. Se sabe ya que este material lógico, que integra el contenido de la alegación, pertenece a dos grandes categorías: datos de hecho y datos de derecho. a) *Datos de hecho* son aquellos que consisten en la invocación de un acaecimiento natural o fáctico, que sirve a la parte para argumentar su posición procesal. El problema más importante con respecto a los datos de hecho consiste en su deslinde frente a los hechos que constituyeron el título o causa de pedir de la pretensión. Pero no es posible dar una regla general que establezca, con seguridad, tal deslinde, sino que hay que remitirse, en cada caso, a la interpretación de la pretensión procesal y de los razonamientos complementarios que la parte formule. b) *Datos de derecho* son, por el contrario, los constituidos por la invocación de normas jurídicas, es decir, de preceptos de derecho en que basa la parte las peticiones que produce ante el Juez. ... III. Esta diferenciación, dentro del contenido de las alegaciones procesales, reviste una gran importancia por el distinto papel que asumen, con respecto a cada uno de los elementos señalados, el Juez y las partes. Dentro del rigor del estricto principio dispositivo, el Juez no podrá aportar datos de hecho. Pero, en cambio, ningún inconveniente existe, y legal y teóricamente se admite, que, con respecto a las normas de derecho, el Juzgador pueda desempeñar un papel activo, es decir, utilizar como instrumento de su fallo, en cuanto motivación jurídica, preceptos que ninguna de las partes haya invocado o que hayan sido manejados errónea o defectuosamente por las mismas: *iura novit curia* (Guasp, Jaime, obra y tomo citado, págs. 319/320). A su vez, es el juez es el que tiene el deber de aplicar el derecho aún cuando las partes no lo invoquen o lo hagan de modo erróneo, de acuerdo al principio *iura novit curia*. Por eso se expresa que tampoco el juez se halla vinculado por las alegaciones de las partes en cuanto a la aplicación del derecho, en virtud del principio *iura novit curia*. Las limitaciones impuestas al juez, en cuanto a los hechos, no rigen tratándose del derecho, porque aunque las partes no lo invoquen o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la relación substancial en litis y determinar la norma jurídica que rige (Alsina, Hugo, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, EDIAR, 1957, T. II, págs. 245 y 246). Incluso el principio según el cual la jurisdicción del órgano “ad quem” se abre en función del alcance de la apelación, no obsta a que el mismo se pronuncie de conformidad con la regla “iura novit curia”, es decir, que ha de realizar la calificación jurídica que corresponda de las pretensiones deducidas en el juicio, pues la misión de la justicia es aplicar el derecho independientemente de los planteos de las partes. En un orden de ideas similares se ha recalcado que el órgano “ad quem” no está limitado en su razonamiento por la argumentación del recurrente. Si bien debe ceñirse a los puntos objetados, al abordarlos

tienen amplias facultades, iguales a las que sobre la materia tenía el “a quo”. Incluso el juez de la apelación puede utilizar distintos fundamentos de derecho de los invocados por las partes y por el juez de primera instancia (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit, T. III, págs. 420/421, respectivamente, y cita de fallos). El *iura novit curia* consiste en que los jueces letrados aplican el derecho que se adapta a las peticiones efectuadas por las partes, aunque éstas denominen o califiquen mal el derecho y se funda en la presunción lógica sobre el conocimiento del derecho por parte del juez a quien corresponde calificar la esencia del pleito y aplicar la norma jurídica pertinente. Con arreglo a tales pautas, la calificación de la acción y la determinación de la norma o derecho aplicable es materia reservada al juez -*iura novit curia*-, quien puede y debe corregir cualquier error de las partes en punto a esta calificación o aplicar un precepto distinto al invocado. Conforme a la regla “iura novit curia” los jueces tienen no sólo la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad del hecho y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes, facultad que deriva de los principios esenciales que organizan la función jurisdiccional de la justicia. Surge así como misión que alcanza el nivel de deber, la de aplicar el derecho objetivo con independencia del invocado por las partes. Es decir, que si el tema planteado remite a consideraciones de orden jurídico inherentes al derecho vigente, su aplicación es deber irrenunciable de los jueces, careciendo de efectos vinculatorios la fundamentación jurídica argüida por los justiciables (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., 1984 y 1986, T. II-A, págs. 613/614, y T. II-C, págs. 73/74, y citas de pronunciamientos, respectivamente). Así, en tanto el juez no altere los hechos suministrados por las partes “en la búsqueda del derecho todos los caminos se hallan abiertos ante él” (Couture, Eduardo, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Depalma, 3ra. ed., 1962, par. 181, pág. 286). El juez calificará la relación jurídica (material o procesal según el caso), con sujeción a los principios comunes que rigen su actividad en el proceso. Calificar la relación jurídica importa determinar la norma que la rige, porque la acción se individualiza por los hechos y son los hechos en realidad los que determinan la norma
(Alsina, Hugo, obra y tomo citado, par. 30/1. c), pág. 249). ----------
---Con tales pautas, es evidente que no hay violación del principio de congruencia si el juez aplica el derecho aún cuando las partes invoquen otras normas o lo hagan en forma errónea pues es deber del juzgador determinar la norma pertinente, ello en tanto no altere los hechos alegados por las partes en los escritos constitutivos del proceso.------
En ese contexto, la Asesora de Familia en su escrito inaugural al referirse al objeto de la demanda manifestó a fs. 2/vta. en cuanto a la situación de la menor K. lo siguiente: “Respecto de K., corresponde advertir que últimamente ha asumido su abuela materna la guarda de manera provisoria y así lo ha dispuesto V.S. En dicho sentido, y de conformidad con lo previsto por la Convención sobre Derechos del Niño se reconoce a

los niños el derecho a mantener las relaciones familiares -en la medida de lo posible- con sus progenitores y con otros miembros de su familia, preservando con ello, también no sólo los derechos de éstos sino el conjunto de responsabilidades que atañen a los padres, representantes legales, y familiares de los niños en la satisfacción de los derechos e intereses estos últimos. Como consecuencia de la declinación de las responsabilidades parentales por parte de los progenitores devendría la tutela como instituto protectorio. Sin embargo, atento que no ha sido peticionada por la Sra. A. T. la tutela legal respecto de K. en los términos del art. 397 inc. 1° del Código Civil en autos, y la situación actual de convivencia y asunción de responsabilidades por parte de ésta hacia su nieta solicito la intervención del ETI del Fuero a los fines de tener certeza respecto de la predisposición, voluntad e idoneidad de la Sra. T. para asumirla, tomando en consideración el mejor interés de K.. **Cumplido ello, solicito a S.S. resuelva en definitiva respecto de la situación jurídica de R., J. y K. conforme se peticiona desde este Ministerio**" (el resaltado me pertenece).------ ----Como puede observarse, el Ministerio Pupilar no se limitó a plantear la situación de los menores N. Á. R. y M. J. N. M. sino que también expresamente aludió a que K. se encontraba bajo la guarda de su abuela materna y toda vez que la Sra. A. T. no había peticionado la tutela legal de esa menor solicitó que una vez producidas las pruebas correspondientes se resolviera en definitiva la situación jurídica de R., J. y K.. Además, al relatar los hechos la Asesoría con toda claridad puso de relieve la situación de desamparo en la que se encontraban los tres menores. Así precisó que: "El desamparo que sufren los niños K., R. y J. se encuentra probado, habiéndose desentendido la Sra. M. M. de la situación de sus hijos, siendo que la última presentación efectuada por su letrado apoderado corresponde al mes de Noviembre del año 2013. Lo mismo ha ocurrido con el Sr. M., quien pese a encontrarse debidamente notificado de todas las actuaciones y resoluciones del expediente judicial caratulado: **"Asesoría de Familia e Incapaces s/ Medidas de Protección de Derechos (Expte. 341 – Año 2012)",** no se ha presentado ni ha acreditado circunstancia alguna que modifique el desamparo y abandono que se le imputó" (acápite II, fs. 03 vta., tercer párrafo).---------- ----Ante tales circunstancias, debo agregar que en materia de título o causa de pedir se expresa que siempre ha de observarse una interpretación razonable del escrito de demanda, y desde luego integral a los fines de verificar los presupuestos que se relacionan con la doctrina de la substanciación, acorde con el principio de flexibilidad de las formas, en miras al mejor rendimiento de la función jurisdiccional (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., 1990, T. IV-B, pág. 21).---------- ----En tales condiciones, los codemandados no pueden invocar como argumento de su defensa que no se incluyó a la menor K. en la pretensión de la Asesoría de Familia toda vez que al peticionar que se resuelva acerca de la situación jurídica de los tres menores, una de las posibilidades que había era la de declarar el estado de abandono y adoptabilidad de M.

K. C., M. J. N. y N. Á. R. M.. Nótese que los progenitores fueron debidamente notificados con entrega de copia de la demanda bajo sobre cerrado y así resulta de fs. 06/vta. y 09/vta., y que el Ministerio Pupilar en la audiencia de vista de causa celebrada el 04/12/14 entendió que se encontraban reunidos los extremos para dictar sentencia decretando el estado de abandono y adoptabilidad de sus representados (fs. 52 vta., renglones 15, 16 y 17). ----- ----Y por ello bien señaló el juzgador a fs. 55 vta., segundo párrafo, que: ***Cabe señalar que no debe confundirse el objeto del pleito con la pretensión procesal. En el caso que nos ocupa, el objeto del proceso es definir la situación jurídica de los menores M.. Estamos en un proceso de estado de abandono y adoptabilidad, y así se corrió traslado de demanda. La actora al inicio del proceso consideró, por la situación existente en ese momento que la tutela de K. a favor de su abuela materna podía ser el instituto protectorio más adecuado para ella. Ello es independiente de la comprobación de la conducta de los padres que da lugar a declarar al niño en estado de abandono. El tema a resolver es la situación jurídica de los progenitores en relación a los hijos***.----------De tal modo, el sentenciante se ajustó a las alegaciones de las partes y conforme al principio *iura novit curia* calificó la relación substancial en debate y determinó la norma jurídica aplicable al caso, por lo que no hubo violación del principio de congruencia.----- ----Por lo demás, en materia de familia y con relación al sistema dispositivo, en c. 286/14, S.D.F. 03/14, el Dr. Lucero sostuvo que: “En materia de derecho de familia, pues, el sistema dispositivo en muchas ocasiones se desdibuja, en aras de obtener pronunciamientos acordes a la situación fáctica existente. En efecto, el conflicto familiar tiene características que requieren un abordaje distinto al resto de las cuestiones que habitualmente se ventilan en tribunales. Todos los conflictos requieren del órgano jurisdiccional una solución pronta y efectiva, pero tratándose de cuestiones de familia se demandan soluciones específicas, pues no se trata de dar la razón a una de las partes y/o declarar culpable a la otra, ni de establecer simplemente quién gana o quién pierde, sino que aquello que se procura es eliminar el conflicto, para encontrar un nuevo orden en la estructura familiar (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Principios procesales y tribunales de familia”, JA, 1993-IV-676; ver también Kielmanovich, Jorge L., “Los principios del proceso de familia”, en Rev. de Der. Proc., “Derecho procesal de familia – I”, Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2002-1, págs. 27 y sgtes.)”. A su vez, el suscripto en dicha causa señaló que se expresa que al reforzar la tutela jurisdiccional en orden a la calidad

de los derechos en juego (y la intensidad de los deberes y cargas que pesan sobre ciertos componentes y tipos de la célula familiar) exige, constitucionalmente (art. 14 bis), *que las situaciones tutelables no se frustren nada más que por razones formales*. ... De allí también que ese juez -sin ataduras a la cosa juzgada, la preclusión, la negligencia y omisión de las partes- disponga de un margen mayor de maniobra para elegir,

sucesivamente, la solución que corresponde (Morello, Augusto M. y Morello de Ramírez, María S., "El moderno derecho de familia. Aspectos de fondo y procesales", Librería Editora Platense, 2002, pág. 48). El proceso contencioso y extracontencioso de familia presenta una serie de principios o caracteres comunes que concurren a darle una particular fisonomía, no tanto por las *formas* que lo revisten como por la *intensidad*, la *extensión* y la *generalización* con que aparecen reunidos y aplicados, todo lo cual contribuye a conformar un proceso singular (Kielmanovich, Jorge L., " Los principios del proceso de familia", en Revista de Derecho Procesal, "Derecho Procesal de Familia – I", 2002 – 1, Rubinzal – Culzoni Editores, pág. 27). Cabe destacar que la singularidad del proceso de familia no se encuentra tanto en su forma exterior o conformación estructural -más allá de que, como se ha dicho, algunos ordenamientos hayan establecido procedimientos especiales de familia o establecido normas particulares dentro de sus Códigos Procesales generales destinadas a regularlos-, sino más bien en su sustancia (Kielmanovich, Jorge L., "Derecho Procesal de Familia", Abeledo-Perrot, 2009, págs. 1/2).----------

----Por tales consideraciones, sin perjuicio de destacar que no hubo violación del principio de congruencia, lo cierto es que el principio dispositivo resulta acotado en el proceso de familia por sus especiales características ya que debe alcanzarse mediante la actuación oficiosa del juzgador un pronunciamiento que refleje la verdadera situación del conflicto familiar.----------

----Y acerca de la singularidad del proceso de familia y principio de oficiosidad el Código Civil y Comercial de la Nación dispone: "Art. 706 - *Principios generales del los procesos de familia*. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, deben tener en cuenta el interés superior de esas personas". "Art. 709 - *Principio de oficiosidad*. En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente. El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces". Así se señala que el Código establece el principio de oficiosidad en los pleitos de familia salvo cuestiones de naturaleza exclusivamente económicas, lo que significa impulso de oficio de las causas, pruebas de oficio y, en ciertas circunstancias, medidas preventivas oficiosas. El orden público y los delicados intereses involucrados conducen a la necesidad de contar con mayor activismo judicial para decidir las contiendas familiares. El principio de oficiosidad es explicitado en el texto legal cuando establece que "el

impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente". Se recoge la idea de un juez director del trámite con amplios poderes. Esto encuentra su correlato paradigmático en materia de acciones de estado en las que se encuentra comprometido el orden público, tal como acontece en las acciones de filiación (Ferreyra de De la Rúa, Bertoldi de Fourcade y De los Santos en Kemelmajer de Carlucci, Herrera y LLoveras, Directoras, ob. cit., 2014, T. IV, págs. 437 y 444, respectivamente). El juez de familia es un verdadero director del proceso con amplios poderes de impulso y de prueba. Si bien las partes aportan la base fáctica en sus postulaciones, y detentan la iniciativa probatoria, esta actividad es compartida por el juez. Esta circunstancia incide en otros aspectos del proceso, pues indirectamente se flexibiliza el principio de congruencia. Esta regla se aplica a los litigios de familia donde se ventilan cuestiones personales, pero no en aquellos exclusivamente patrimoniales (Herrera, Marisa, en Lorenzetti, Ricardo Luis, Director, "Código Civil y Comercial Comentado", Rubinzal – Culzoni Editores, 2015, T. IV, pág. 586) (el subrayado me pertenece). Ahora bien, al igual que ocurre con otros aspectos o derivaciones del principio dispositivo, la delimitación del thema decidendum y consecuente congruencia que se exige de las resoluciones judiciales debe ceder frente a situaciones especiales que pueden darse en el marco de los procesos de familia, en aras de la satisfacción de otros derechos y/o principios de raigambre constitucional. … En definitiva, cuando el apego estricto al principio de congruencia y la delimitación del thema decidendum conspira contra otros valores constitucionales como la celeridad procesal y el interés superior del niño, el moderno derecho de familia reclama soluciones distintas (Famá, María Victoria, "Alcances del principio de oficiosidad en los procesos de familia", en Grosman-LloverasKemelmajer de Carluci-Herrera, Directoras, "Derecho de Familia", Revista
Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Abeledo Perrot, Mayo 2015, pág. 151).----------Por tales fundamentos, se rechazan los agravios deducidos por los recurrentes en cuanto impugnan la sentencia por violación del principio de congruencia.----------4. Paso a considerar la queja de la menor M. K. C. M. al entender que no se respetaron las garantías mínimas de procedimiento establecidas en el art. 27 de la ley 26.061 (p. IV B, fs. 104/107). Expresa que la Jueza resolvió sin previo traslado a su persona o a sus representantes legales del "supuesto" pedido de abandono y adoptabilidad. Alude al debido proceso legal reconocido en el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al derecho a expresar su opinión previsto por el art. 12 de la Convención sobre los derechos del niño. Refiere también al derecho a ser oído, a que su opinión sea tenida en cuenta, a ser asistida por un letrado especializado en niñez, y a participar activamente en el proceso, conforme lo dispone el art. 27 de la ley 26.061. Considera que no se respetó el principio de defensa en juicio ya que no se le corrió traslado y no se le garantizó la posibilidad de ofrecer prueba y alegar. ----------Al respecto, el art. 27 de la ley 26.061 prescribe que en cualquier procedimiento judicial

o administrativo que afecte a las niñas, niños y adolescentes deberá garantizarse, "… además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente. b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte. c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine. d) A participar activamente en todo el procedimiento. e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte". Como puede apreciarse la recurrente hizo mención a los cuatro primeros incisos y a su vez hizo uso del derecho que le confiere el último al haber apelado a fs. 97 el decisorio de primera instancia. Y en lo que hace al derecho de defensa de los niños y adolescentes que consagra el citado art. 27 se expresa que tradicionalmente, cuando se hacía referencia a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en materia de derechos del niño, se agotaba su tratamiento a la esfera penal. En la actualidad, nadie niega que el tema resulta de vital importancia también en materia civil. Evidentemente, para lograr un reconocimiento efectivo de los derechos del niño, constituye una responsabilidad esencial del Estado acordar al niño una auténtica tutela judicial efectiva (Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, "Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes – Ley 26.061", EDIAR,
2007, págs. 433/434). ----------
----En lo que hace a los derechos del niño consagrados en el art. 27, incisos a), b), c) y d), se sostiene que se desprende la imperiosa participación personal del niño en los procesos que lo afecten, de manera que se extenderá a todos los caso en que se debaten cuestiones que le atañen de modo directo, como por ejemplo cuando se discute su guarda, el régimen de comunicación con alguno de sus padres, etcétera. En cuanto a la ley 26.061, cabe destacar que el art. 27, inc. a, dispone que entre los derechos y garantías que asisten al niño, está el de "ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite". En consecuencia si media un requerimiento formal del niño o adolescente, el juez no tendrá opciones y deberá tomar contacto *directo* con aquél. Bien se dijo que, de lo contrario, la omisión acarreará la nulidad de lo actuado. No obstante, el contacto directo Juez-niño no puede hacerse de cualquier manera. Con acierto se dijo que aquél debe cumplir mínimamente exigencias de capacidad y entrenamiento, porque una adecuada entrevista puede ser decisiva para una recuperación de la confianza de un niño víctima. En cuanto al método en sí, y desde el ángulo de los estudiosos del psicoanálisis, se ha enseñado que al niño hay que hablarle mirándolo a los ojos y, sobre todo, usando pocas palabras bien pronunciadas. Palabras simples, nada de largos

discursos, y “hablar con el corazón, libremente, con emoción y autenticidad”. En lo referente al derecho del niño a ser oído se podría agregar a modo de resumen, que la escucha puede ser directa o indirecta (salvo los casos que sea el propio niño quien pida la entrevista con el Juez). Para nuestro criterio, en suma, el tema debe plantearse en los siguientes términos: tanto el derecho del niño a ser oído, como la garantía que tiene de participar activamente en el proceso, debe verificarse cualquiera fuese su edad. Esta conclusión surge nítidamente de la ley 26.061, que en ninguna de sus normas condiciona las mentadas labores al suficiente juicio, madurez o desarrollo del niño. Vale decir, que no corresponde efectuar diferenciaciones que la propia ley no realiza. La situación cambia cuando se trata de analizar el grado de recepción que los planteos del niño tendrá en el tribunal, pues aquí si media una directiva legal; la cual es “que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo” (art. 24, inc. b). Refiriéndonos ahora en concreto a la intervención procesal propiamente dicha … La intervención del abogado del niño implicará, como bien se ha dicho, que su posición se considere de manera distinta y sin que sea arrastrada por las otras, ya que sobreviene “un nuevo interés autónomo, y de directa atención por el órgano jurisdiccional”. El sentido de su admisión reside en que, de lo contrario, de nada valdría el derecho de ser oído “si no se lo puede ejercer de modo útil y eficaz”. La directiva legal, que garantiza al niño su derecho a “participar activamente en todo el procedimiento” (art. 27, inc. d) implica que podrá intervenir en la causa sin limitaciones discriminatorias, por lo que estimamos que deberá revestir la calidad de parte y, como tal, con derecho a plantear en el escrito constitutivo del proceso una fórmula diferente a la de sus progenitores, ofrecer prueba y llevar a cabo todos los demás actos que se estimen pertinentes (conf. Mizrahi, Mauricio Luis, “V. La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061”, en “Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes: análisis de la Ley N° 26.061”, compilado por García Méndez, Emilio, Editores del Puerto, 2006, págs. 74/80). Por otra parte, con relación al derecho a participar activamente en el proceso debe tenerse en cuenta el grado de madurez del menor y en esa dirección se precisa que: “Ahora bien. La aplicación de estos parámetros generales a la luz del principio de la autonomía progresiva receptado por la CDN y la ley 26.061 permite concluir que la capacidad para obrar, es decir, la facultad de ejercer por sí sus derechos, no se encuentra atada a límites etáreos, sino a la valoración de la madurez y desarrollo del niño en cada etapa de su vida. Lo mismo cabe decir, pues, de la capacidad procesal o la posibilidad de ser parte en el proceso. O sea, a diferencia del derecho a ser oído, que resulta un derecho para el niño y un deber para el interlocutor cualquier sea su edad, la participación activa en el proceso o el derecho a revestir la calidad de parte -con las consecuencias procesales que ello implica- resulta exigible una vez alcanzado cierto grado de madurez y desarrollo, que será evaluado con prudencia por quien deba resolver la contienda en la que se encuentre involucrado el niño. Ello no

es óbice para pensar en una postura legislativa intermedia que intente limitar la discrecionalidad de los organismos -administrativos o judicial- intervinientes. Nos referimos a la posibilidad de que una norma establezca una edad determinada, pero al solo efecto de constituirse en una pauta indicativa de "mínima" (Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, ob. cit., págs. 453/456).---------- ----Y esa pauta de madurez y desarrollo se encuentra actualmente contemplada por el art. 608, inciso a), del Código Civil y Comercial de la Nación al disponer que el procedimiento de declaración judicial de la situación de adoptabilidad requiere la intervención con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada. Y en ese aspecto se indica que los niños y adolescentes deben ser escuchados en todo proceso, pero además, y el Código cumple ese derecho con mayor intensidad, al establecer que si el niño o adolescente sobre el cual se está decidiendo la posible adoptabilidad cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, éste interviene con la mayor participación que se puede tener en un proceso: ser parte. ¿Y si no alcanza tal desarrollo madurativo? Rige el principio general que establece el art. 707 mencionado: la escucha directa por parte del juez y su equipo interdisciplinario (Herrera, Marisa, en Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, Directoras, ob. cit., T. III, págs. 263/264). Y en tal sentido, la menor M. K. C. M. nació el 14 de diciembre de 2001 (acta de nacimiento agregada en copia a fs. 59 del Expediente N° 341, Año 2012, que en acto tengo a la vista), de modo tal que a la fecha de promoción de esta demanda (29/05/14, cargo de fs. 4 vta.) tenía 12 años, y por tanto no era menor adulta conforme al Código Civil vigente a ese momento (art. 127) y tampoco adolescente aún cuando por hipótesis consideráramos el actual C.C. y C. (art. 25, segundo párrafo). En tales condiciones, no se observa violación del derecho a participar activamente en el proceso por no habérsele conferido traslado de la demanda a la menor, hoy dentro de la categoría de "adolescente". Agrego que también debe tenerse en cuenta que ya a fs. 37 con fecha 22/10/14 se señaló audiencia para el día 02/12/14 a los fines de la comparecencia de M. K. C. y N. Á. R. M., de la Dra. N. A. y de la Asesoría de Familia, debiendo señalarse que la Dra. A. ya había sido designada abogada de la niña M. K. C. con fecha 24/07/2014 según resulta de fs. 959 del Expediente N° 341/2012, y que la menor se presentó en dichas actuaciones el 14/08/14 a fs. 994 con esa asistencia letrada, y tenida por presentada y

por parte a fs. 995. ----------

----Tocante al derecho de ser oída y a que su opinión sea tenida en cuenta, cabe destacar que precisamente dicha menor fue citada a la audiencia antes mencionada junto a su hermano N. Á. R. M., sin que concurrieran dichos menores, aún cuando sí lo hizo la Dra. N. A., letrada que dejó constancia que "su representada no es parte en este expediente y que el pedido de escuchar a la niña se realizó en el otro expediente", según surge del acta que luce a fs. 49. De todos modos, destaco que a fs. 930/931 de la causa N°

341/2012 luce un acta labrada en presencia de un integrante del Servicio Social de la Defensa de Rawson y de la Dra. Iris Ferrelli, abogada adjunta de esa Defensa Pública, en la que la menor M. K. C. manifestó su intención de irse con su mamá y sus hermanos, en ese entonces, a vivir a Comodoro Rivadavia, voluntad que reiteró ante esta Alzada en la audiencia cumplida el 26/08/15 al manifestar junto a N. Á. R. M. que quieren volver a Rawson con su mamá (ver fs. 195, dos últimos renglones).----------En ese contexto, pongo de relieve que en el presente proceso no se ventila la adopción de los menores sino la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, por lo que no es recaudo necesario la conformidad de los menores. En tal sentido, entre las reglas del procedimiento, resulta obligatoria la entrevista personal del juez con los padres, si existen, y con el niño, niña o adolescente cuya situación de adoptabilidad se tramita (art. 609, inciso b, del C.C. y C.), requisito cumplido con las audiencias que lucen a fs. 195/196, 197/198 y 201, con la salvedad que el progenitor Sr. M. F. M. no asistió a la audiencia que obra a fs. 197/198 pero sí lo hizo su letrada apoderada Dra. P. N., adhiriéndose al planteo del Dr. N., y solicitando el levantamiento de la medida de prohibición de acercamiento del Sr. M. respecto de sus hijos, petición que fue rechazada por sentencia interlocutoria de fs. 222/225 y vta.

(ver p. II de la citada resolución).----------Además, cabe considerar que de las actuaciones que en copia certificada remitiera el juzgado de primera instancia en un total de 140 fojas -copias que corresponden a la causa N° 341/2012- resulta que la menor K. C. M. se presentó a fs. 138 por derecho propio y con el patrocinio de la Dra. N. A., y luego de referirse al derecho a ser oída y a participar en las decisiones sobre su persona, prestó su expresa conformidad para que los Sres. J. G. y M. J. P. asuman su guarda judicial. En ese aspecto, si se considera que, de acuerdo al art. 621 del C.C. y C., cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, no hay impedimento alguno para confirmar el decisorio en cuanto al presente agravio pues en definitiva la última manifestación de voluntad de la menor es coincidente con el fallo que se recurre. Todo ello, sin perjuicio de dejar a salvo que en un proceso de adopción se requiere que el pretenso adoptado a partir de los diez años debe prestar consentimiento expreso (arts. 595, inciso f, y 617, inciso d, del C.C. y C.). Finalmente, destaco que de acuerdo al informe del Servicio de Protección de Derechos de la Municipalidad de Rawson los tres menores, M. K. C., M. J. N. y N. Á. R. M., mantienen actualmente encuentros en el domicilio de la guardadora de J. los días viernes (ver fs. 129 de las actuaciones remitidas en copia certificada del Expediente N° 341/12).---------- ----Por tales razones, se desestiman los agravios vertidos por la apelante M. K. C. M. con relación a que no se respetaron las garantías mínimas establecidas

en el art. 27 de la ley 26.061.----------
---5. Paso a considerar la queja vertida por la Sra. M. M. en cuanto impugna el fallo por remitirse a una sentencia nula, en el caso la dictada por el titular del Juzgado de Familia N° 3 de Rawson (ver p. III, b, fs. 121/vta.).----------Sobre el particular entiendo que la sentencia apelada no hizo una remisión al decisorio que luce a fs. 675/680 del Expediente n° 341/2012, sino que la juzgadora compartió las consideraciones efectuadas en ese fallo. Así, a fs. 55 vta., cuarto párrafo, expresó que: ***Cabe señalar que el Dr. Alesi comprobó que las conductas de los progenitores constituían desamparo y dictó sentencia declarando el estado de adoptabilidad de los niños. Comparto las consideraciones efectuadas en su sentencia***. En ese aspecto, cabe destacar que esta sala en la sentencia interlocutoria de fs. 851/854 y vta. de la causa N° 341/2012 no dispuso la nulidad de todas las actuaciones sino que declaró la nulidad de la providencia dictada a fs. 606 y de todos los actos procesales dictados en su consecuencia. De tal modo, las comprobaciones de las conductas de los progenitores están referidas a actuaciones válidas por ser anteriores a la mencionada providencia de fs. 606, motivo por el cual las mismas no resultaron alcanzadas por la declaración de nulidad, y ello conduce al rechazo del
agravio.----------
---6. Resta por considerar las quejas vertidas por la citada codemandada al punto III, acápites a y c (fs. 120 vta./121 y 121 vta./122), y por el coaccionado Sr. M. F. M. a los puntos VI y VII (fs. 141 vta./143 y vta.), pues las mismas se centran en impugnar la conclusión del fallo en lo que hace al desinterés de los progenitores y a que los menores se encuentran en situación de desamparo.---------- ----6.1. Así, la Sra. M. expresa que la sentencia apelada utiliza un argumento genérico y vacío de contenido en lo que se refiere al supuesto desinterés ya que hace más de un año que se encuentra abocada al cuidado de dos de los menores, que durante estos más de 12 meses se encargó de brindarles el acompañamiento y la contención necesaria, y que ha demostrado que está poniendo todo el interés en el proceso (p. III. a, fs. 120 vta./121). Al respecto, es evidente que con tales manifestaciones la apelante saca de contexto lo expresado por la sentenciante a fs. 55, cuarto párrafo, al precisar que: ***La Sra. M. no contestó demanda, no compareció a la audiencia de vista de causa, ni trajo a los niños a la audiencia que estaba fijada para ellos. Ha demostrado total desinterés por el proceso, lo que significa un total desinterés por el destino de sus hijos, ya que conocía fehacientemente el objeto de este proceso. Al no traer a los niños a la audiencia fijada para ellos, desconoció el derecho de sus hijos a expresarse***. En ese marco, la Sra. Jueza de la anterior instancia puso de relieve la conducta procesal asumida por la Sra. I. M. M., conforme a las circunstancias comprobadas de la causa. Así, en lo que hace a la primera instancia, lo cierto es que la Sra. M. no contestó la demanda (ver informe del Actuario, fs. 12), no concurrió con sus hijos a la audiencia de

fs. 49 y tampoco a la audiencia de vista de causa (fs. 50/53 y vta.). A ello se agrega que los operadores del Servicio de Protección de Derechos comentaron en la audiencia de fs. 49 la situación actual de la Sra. M. ya que hace tiempo no se encuentra alojada en el CIM, agregando que no se la puede ubicar pues, en la única dirección que tenían de un Sr. C., personal de la Comisaría de la Mujer constató que allí no se encontraba, y que el teléfono al que llaman dicen que es número equivocado. También señalan que la Sra. M. no está asistiendo a ningún taller, y que no hace recorrido terapéutico actualmente. Todo ello revela sin duda alguna una conducta de evidente desinterés y desprotección hacia sus hijos, por lo que corresponde desestimar esa porción del agravio.----------

----A su vez, la apelante también estima que es una enunciación genérica y falta de contenido la manifestación de la juzgadora en el sentido que los progenitores son responsables de varias de las formas de maltrato infantil, y hace referencia al caso "Fornerón" decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (ver p. III c, fs. 121 vta./122). En esa dirección, esta sala B en la sentencia interlocutoria que luce a fs. 222/225 señaló que: "En efecto, la C.I.D.H. reafirma que la determinación del interés superior del niño, en el caso de custodia y cuidado de menores de edad se debe hacer a partir de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y no especulativos o imaginarios (CIDH, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile y Fornerón vs. Argentina, Cfr. Inter alia en Australia: In the marriage of. C. and J. A. Doyle, (1992) 15 FAM, L.R. 274, 277, cit. por Herrera, Natalia Soledad, "La participación del niño en el proceso a la luz de la CDN, las legislaciones de protección integral de derechos y el Proyecto de Código Civil y Comercial" en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año VII, Nro. 3, Abril 2015, Ed. La Ley, págs. 17/18)" (ver fs. 223, penúltimo párrafo). ----------

----Con ese alcance, debo señalar que el razonamiento expuesto en el fallo a fs. 56, cuarto párrafo, resultó breve al señalar que: ***De acuerdo a las constancias obrantes en el expediente agregado por cuerda y la actitud asumida por los Sres. M. y M. en la presente causa, los progenitores son responsables de varias de las formas de maltrato infantil***. Pero ello no impide señalar que a tal conclusión se arribó luego de ponderar previamente aquellas conductas de los progenitores evaluadas como negativas. Así, en esa misma foja, en los dos primeros párrafos, se concretaron cuales fueron tales conductas al precisar que: ***Si bien el Equipo Técnico Interdisciplinario había efectuado una evaluación completa de la familia en julio del año 2013, y habían informado que los niños presentan sintomatología de maltrato infantil producto del vínculo con la madre y la crianza que ésta les brinda, requerí nuevamente su intervención, en la medida de protección en trámite, a fin de que***

se expidan sobre la aptitud de la Sra. Mayo para el ejercicio de la función parental. Las profesionales del ETI manifiestan que persisten los rasgos disociales anteriormente planteados en tanto conforman su personalidad. Su constitución subjetiva queda por fuera de la ley y el consenso social, activando en sus hijos comportamientos antisociales, sin poder transmitirles o construir con ellos vínculos sanos, que les permitan su adaptación social. No puede percibir, reconocer y aceptar que sus tres hijos han presentado conductas disruptivas y una sintomatología singular. La intención de recuperar la convivencia con sus hijos responde al lugar objetal que les otorga, desde un posicionamiento plenamente narcisista. No ubica a sus hijos como destinatarios de cuidados, amor y protección. En suma, la Sra. M. no es apta para el ejercicio de la maternidad.----------
-

----Esa concreta evaluación de la Sra. M. no mereció consideración alguna en el agravio a estudio, y la misma responde al informe del Equipo Técnico Interdisciplinario que obra a fs. 1004/1005 de la causa N° 341/2012 al señalar que la Sra. M. prioriza sus propios intereses por sobre el de los demás, incluidos sus hijos (fs. 1004), que tiene marcados déficits en su rol materno ya que se ha constituido como una figura de autoridad y mandato incuestionable e imperativo que no se ajusta a las necesidades de sus hijos ni al contexto social, que el posicionamiento principal es el de la desimplicación cognitiva y afectiva de cualquier responsabilidad propia derivada de su función materna, respecto a las secuelas psíquicas de sus hijos (fs. 1004 vta.), que no puede percibir por sí misma, ni reconocer/aceptar cuando profesionalmente se le señala que sus tres hijos han presentado conductas disruptivas y una sintomatología singular, que las intenciones de recuperar la convivencia con sus hijos responde al lugar objetal que les otorga, desde un posicionamiento plenamente narcisista, no estando sujeta a ubicar a los mismos como destinatarios de cuidados, amor y protección, a lo que se agrega la falta de reconocimiento de la Sra. M. M., de que su accionar impacta directa y negativamente en la regulación conductual y emocional de sus hijos (fs. 1005). De tal modo, se encuentra acreditado con el informe referido la falta de aptitud exigible a la madre biológica, por lo que también se desestima este agravio.----------6.2. Por su parte, el Sr. M. expresa que en los considerandos del fallo siempre se ha tenido en cuenta el accionar de la Sra. M., quien ha tenido reiteradas intervenciones del E.T.I. y varias del Servicio de Protección de Derechos, y que se han implementado todas las medidas de protección a favor de ésta, pero no en cuanto hace a su parte. Manifiesta también que no se demostró fehacientemente en estos obrados el ASI que “habría” cometido, y que no se efectuó un análisis en lo que hace a su familia extensa, destacando que la ley 26.061 explicita la excepcionalidad, brevedad y último recurso de medidas que impliquen la institucionalización de niños, niñas y adolescentes,

apelando a la prioridad de la convivencia familiar. En cuanto al desinterés que se le imputa, señala que su buena fe fue puesta en manos del letrado asignado, que no tuvo conocimiento de las actuaciones sobre medidas de protección, y que intentó mantener contacto con sus hijos pero que la Sra. M. al enterarse canceló de inmediato tal

posibilidad (ver p. VI, fs. 141 vta./142 y vta.). ----------

---Y respecto del Sr. M. la sentenciante a fs. 55, quinto y sexto párrafo, precisó que: ***El Sr. M. al contestar demanda ofreció como prueba ser evaluado junto con su grupo familiar por un Equipo Interdisciplinario de Rio Gallegos. Dicha petición fue despachada favorablemente el 25 de septiembre. El 14 de octubre retira oficio a Rio Gallegos. El 19 de noviembre el Juzgado Nº 1 de Rio Gallegos informa que el 28 de octubre recepcionó el oficio y ha dado intervención al Cuerpo Pericial de Trabajo Social. Al momento de alegar la letrada del Sr. M. hace mención al estado de indefensión en que se encontró en la medida de protección unida por cuerda, solicita no se defina la situación de los niños hasta que esté agregado el informe de Rio Gallegos y requiere la custodia de sus hijos. En relación a la prueba ofrecida, no surge actividad tendiente a la obtención de la misma, si evaluamos las fechas descriptas anteriormente, no se ha dado cumplimiento con lo establecido en art. 108 Ley III Nº 21. En cuanto al argumento de su estado de indefensión, el Sr. M., no ha demostrado interés a lo largo del proceso de la medida de protección. Asimismo al preguntarle en la audiencia de vista de causa, si había visto a sus hijos manifestó que había tenido algún contacto telefónico pero que se cortaba cuando la Sra. M. se enteraba. Cabe señalar que no obra en este expediente, ni en la medida de protección en trámite, ninguna petición del Sr. M. para tomar contacto y vincularse con sus hijos. Los dichos del Sr. M. al contestar demanda y las manifestaciones de su letrada al momento de alegar, no se condicen con el accionar del Sr. M. en los últimos años***. ---------- ----De tal modo, la Sra. Jueza tuvo en cuenta que al contestar demanda ofreció como prueba ser evaluado pero que no surge actividad alguna tendiente a la obtención de la misma. No omito señalar que con posterioridad al dictado de la sentencia de primera instancia se agregó a fs. 77/79 y vta. el informe emanado del Cuerpo Pericial de Trabajo Social del Poder Judicial de la Provincia de Santa Cruz en la que se hace referencia al grupo familiar conviviente y no conviviente, al aspecto habitacional y sanitario, a su situación económico y laboral, a las denuncias por parte de la Sra. M. que de acuerdo a las pericia realizadas no habrían dado cuenta de las conductas denunciadas, y a que durante la entrevista se observó al Sr. M. interesado en la situación de sus hijos, destacándose que se halla empleado y con aportes económicos, y que en caso de no resultar idóneo se ofrecerían como posibles guardadores la abuela paterna y una hermana del mismo. Sin embargo, con ello sólo se visualiza un interés que en definitiva no se materializó en

concretas acciones. Además, resulta sumamente sugestivo que ese informe es de fecha 18/02/2015 y que pese al interés manifestado, en definitiva no concurrió personalmente a la audiencia celebrada el 26/08/2015 según resulta del acta que luce a fs. 197/198, a lo que agrego que, como ya señalara en anterior acápite, su letrada apoderada, Dra. P. N., se limitó a adherir al planteo del Dr. N. y solicitó el levantamiento de la medida de prohibición de acercamiento del Sr. M. respecto de sus hijos. Añado que a fs. 237 su letrada consintió la guarda provisoria de M. K. C. y de N. Á. R. M. otorgada a la abuela materna, lo cual contradice palmariamente su intención de que los menores sean ubicados dentro de la familia extensa paterna, tal como lo postulara en su expresión de agravios (ver p. VI, fs. 142 vta., cuarto párrafo). Finalmente, observo que con posterioridad no se produjeron presentaciones del progenitor en esta causa, lo que se hace extensivo con relación al Expediente N° 341/2012 de acuerdo a las copias certificadas que remitiera el juzgado de origen en fojas 140.---------- ----A su vez, aún cuando sea reiterativo de lo ya expuesto por el Dr. De Cunto me veo en la obligación de referirme a la causa N° 341/2012 en lo que hace a las actuaciones anteriores a las que se remitieran en copia certificada y respecto de la conducta de los progenitores. Así, a fs. 16/17 luce informe social N° 088/12 en el que se concluye que el tratamiento de la Sra. M. ha sido infructuoso por falta de colaboración de la paciente, y que los niños M. se encuentran desprotegidos y expuestos a situación de riesgo, y que de perdurar la convivencia con su madre podría verse expuesta su integridad física. A fs. 18/vta. obra informe en el que se indica que de las entrevistas realizadas se observa que los hermanos se encuentran expuestos a situaciones que ponen en riesgo su integridad psicosocial, que los adultos que se encuentran con los niños presentan conductas disfuncionales, que M. mamá de los niños presenta escasa capacidad para reconocer las necesidades de sus hijos respeto de seguridad y contención. También da cuenta el informe acerca de violencia y malos tratos, y que la pareja de M. (B.) reconoce que ambos consumen drogas y alcohol, además de dar detalle de conductas de tipo antisocial, inadecuadas para su edad. A fs. 26/28 y vta. se solicita medida de protección de derechos, y a fs. 29 con fecha 29/05/2012 se dispone la guarda provisoria de los menores K. y N. Á. M. a favor de su abuela materna, Sra. A. T.. A fs. 33/34, el 04/06/12, a escasos días de ordenarse la guarda provisoria la abuela hace saber que se ha visto claramente obstaculizada en poder continuar y reacomodar sus obligaciones y compromisos laborales ante la guarda provisoria dispuesta, y ello así resulta del informe que luce a fs. 41/42 del Servicio de Protección de Derechos del Niño y del Adolescente de la Municipalidad de Puerto Madryn. A fs. 54 luce el acta de la audiencia cumplida el 15/06/12 en la que la Sra. I. M. M. presta conformidad para que los niños permanezcan alojados en el Mini Hogar de Puerto Madryn hasta que la abuela pueda contar con un espacio más grande. Posteriormente, a fs. 120/121 luce informe del citado organismo de fecha 15/10/12 por el cual se solicita que se evalúe disponer el

egreso de los menores a la mayor brevedad en atención a las dificultades que se produjeron en el instituto en virtud de su presencia. A fs. 128, se presenta el 16/10/2012 la Dra. M. J. B., en su carácter de apoderada del Sr. M. F. M.. Al día siguiente, a fs. 133 se autoriza la externación de los menores. A fs. 154, con fecha 08/11/12 se requirió a la Sra. I. M. M. que acredite el sostenimiento del recorrido terapéutico conforme al compromiso asumido a fs. 110. A fs. 161/164, el 10/12/12 luce informe acerca de la necesidad de acompañamiento a la madre que convive con sus hijos. A fs. 186/187 luce informe en el que se indica que recibieron un llamado telefónico por el cual la Sra. M. se encontraría consumiendo alcohol junto a su hija y a otros individuos. Ante tal situación la licenciada V. se dirigió a un domicilio ubicado en la ciudad de Rawson y al encontrar a la Sra. M., ésta se manifestó alterada diciendo que era mentira ya que estaba con unos amigos y sus hijos estaban afuera jugando. A fs. 188, el 28/02/13 se decretó el albergue de los niños en el Hogar de Trelew, y se dió intervención al Centro Integral de la Mujer para que diseñe y ejecute un plan de rehabilitación de la función parental de la Sra. I. M. M.. A fs. 227, el 11/03/2013 se advierte que la Sra. I. M. no presta ninguna colaboración para que sus hijos se comporten de manera adecuada en el Hogar de Niños de la ciudad de Trelew y se le hace saber que en caso de un nuevo desborde se interrumpirá provisoriamente el contacto materno-filial. A fs. 228/231, con fecha 11/03/13 obra informe de la Secretaría de Desarrollo Humano y Familia, de la Municipalidad de Trelew, en el que se da cuenta que se presenta a la institución la Sra. M. y que refiere que tanto ella como sus hijos han sido víctimas de violencia física y maltrato psicológico por parte de M., y asimismo que la abuela materna precisa que M. M. y F. M. mantenían una relación signada por la violencia tanto física como psicológica, y que en dicho contexto nacieron los niños, quienes también fueron víctimas de reiterados maltratos. También manifiesta que el Sr. M. habría abusado sexualmente de J., cuando el niño tenía aproximadamente tres años de edad. Expresa también que M. mostraba conductas agresivas, de intolerancia, las cuales se veían agravadas por consumo de sustancias. A fs. 241/242, con fecha 11/03/13 el Servicio de Protección de Derechos de la Municipalidad de Rawson informa acerca de las conductas agresivas y los disturbios provocados por los menores M. en el Hogar de Niños de Trelew. A fs. 243 se ordena la prohibición de acercamiento del Sr. M. con relación a los tres menores. A fs. 253 y 254 obran informes, ambos del 18/03/13, en los que se señala los conflictos provocados por los menores M. en el Hogar de Niños y que resulta indispensable la interrupción del régimen de comunicación materno filial ya que la Sra. I. M. no presta colaboración alguna y además no respeta ninguna de las reglas de seguridad e intimidad del resto de los niños alojados que se encuentran en el Hogar. Ante dichos informes, a fs. 256 con fecha 19/03/13 se decreta la prohibición de acercamiento de la Sra. M.. A fs. 323/325 luce una propuesta efectuada por el Centro Integral de la Mujer de un plan de abordaje integral ante los conflictos habidos. A fs. 327/328 con fecha 24/04/13 luce un nuevo informe en

el que se destaca que la conducta de los niños ha mejorado notablemente. A fs. 329, el Tribunal con fecha 26/04/13 modifica parcialmente la medida cautelar y autoriza a la Sra. M. a tener contacto supervisado según el plan de abordaje propuesto. Sin embargo, a fs. 361 luce un informe fechado el 16/05/13 por el cual se hace saber el conflicto generado, en particular por los tres menores M. y también por A. R., con todo tipo de improperios, desbordes y conductas antisociales. A fs. 362, el 17/05/13 se resuelve que los niños ingresen a un programa de albergue en la ciudad de Rawson. A fs. 393, el 27/05/13 el Tribunal delega la guarda provisoria de los tres niños a la Sra. M. L. quien se desempeña según información de fs. 384 como operadora del Servicio de Protección de Derechos de la ciudad de Rawson. A fs. 425/427 luce un informe del Centro Integral de la Mujer dando cuenta que la intervención con la Sra. M. es muy positiva ya que tiene mayor compromiso, se esfuerza por cumplir con todas las indicaciones y su interés de recuperar a sus hijos ha pasado a ser su prioridad, informe recibido el 04/06/13 con la nota que luce a fs. 428. A fs. 510, la licenciada C. H. en su calidad de Directora del Servicio de Protección de Derechos de Rawson con fecha 02/07/13 hace saber que los chicos M. sufrieron una crisis emocional, actuando con violencia ante la posible separación de los mismos para ser entregados a familias solidarias, por lo que se encuentran alojados en un centro de retiro espiritual en el que permanecerán por un día, y que la situación de los mismos desborda la actividad del Servicio. A fs. 572/573, el 22/08/13 obra un informe que da cuenta de la situación de K. y solicita las intervenciones correspondientes a fin de disminuir riesgos y proteger la integridad física y psíquica de la adolescente ya que en las últimas semanas recibió agresiones físicas de parte de su hermano J., manifestando deseos de morir y con dos intentos de autoagresión. A fs. 632, el 20/09/13 el Tribunal suspende cautelarmente el contacto entre la Sra. M. y sus tres hijos. A fs. 706/vta. obra un Acta Acuerdo del mes de septiembre de 2013 a la que arribaran diversos organismos y por el cual deciden esencialmente alojar a los menores en una vivienda sita en la ciudad de Rawson, cuyo alquiler y pago de servicios correrá por cuenta de la Subsecretaría de Desarrollo Humano y Familia de la Provincia, en tanto que la Secretaría de Familia y Promoción Social de la Municipalidad de Rawson se compromete a mantener el acompañamiento y además a suministrar comida, insumos de aseo y transporte. A fs. 847, el 12/12/13 la Dirección General de Servicio de Protección del Derecho a Niños, Adolescentes y la Familia de la Municipalidad de Rawson informa que la Sra. M. M. visitó a los niños en la casa del Programa Albergue en los horarios propuestos por el Equipo Técnico del SPD, con algunas transgresiones en las actividades propuestas. A fs. 866/867 con fecha 27/02/2014 obra informe del Servicio de Protección de Derechos, Subsecretaría de Desarrollo Humano y Comunitario en el que se hace saber que K. permanece al cuidado de su abuela materna, J. sigue al cuidado de la familia M.-G., y R. está bajo el cuidado de la familia D.-J.. A fs. 878, el 07/05/14 se delega la guarda provisoria de los menores a dichas personas. A fs. 884 y

con fecha 27/05/14 el E.T.I. informa que N. Á. R. M. no se encuentra bajo los cuidados de la familia J. y D., sino que se encontraría en las instalaciones del CIM de Rawson junto a su madre; y a fs. 890/vta. la Directora del Servicio de Protección de Derechos, Subsecretaría de Desarrollo Humano y Comunitario, informa el 05/06/14 las razones por las cuales se dio tal situación, a pesar que se encontraba vigente la suspensión cautelar del contacto entre la Sra. M. y sus hijos dispuesta a fs. 632 con fecha 20/09/13. A fs. 893, el Tribunal con fecha 24/06/14 intima a la Sra. M. a dar estricto cumplimiento con la medida cautelar decretada a fs. 632. A fs. 897/898 con fecha 24/06/14 la Dirección Provincial de Prevención y Asistencia de las Adicciones informa la situación actual de la Sra. M. M. ya que la paciente retomó el tratamiento en esa institución continuando con el recorrido terapéutico iniciado en mayo de 2013. A fs. 923/vta. luce un acta labrada el 07/07/14 por la Defensoría Pública de Rawson y a la que comparece la Sra. M. haciendo saber que K. volvió con ella y decidió traerla a vivir en el CIM. A fs. 927, el 08/07/14 el Tribunal restituye inmediatamente a la menor K. a su guardadora, la Sra. A. T.. A fs. 930/931 luce un acta del 10/07/14 labrada fuera del Tribunal en la que la menor K. manifiesta que su intención es irse con su mamá y hermanos a vivir a Comodoro Rivadavia. A fs. 991, el 14/08/14 la licenciada B. del Servicio de Protección de Derechos de la Municipalidad de Rawson presenta informe elaborado en base a entrevistas psicológicas mantenidas con la Sra. M. y manifiesta que la misma presenta dificultad para aceptar su problemática actual no existiendo reconocimiento de sus conductas vinculadas al consumo de sustancias tóxicas, niega las situaciones conflictivas con sus hijos, y racionaliza sus problemas no aceptando responsabilidad en el origen de los mismos. A fs. 1004/1005 luce el informe del Equipo Técnico Interdisciplinario de fecha 08/10/2014, que ya refiriera al punto 6.1. y que resulta totalmente negativo respecto de la conducta asumida por la Sra. M. Tal informe se ve corroborado por el confeccionado por la Directora del Servicio de Protección de Derechos, Subsecretaría de Desarrollo Humano y Comunitario, de fecha 14/11/14 y que obra a fs. 1036/1038 al señalar que la Sra. M. no ha respetado el plan de abordaje diseñado, abandonó su recorrido terapéutico, no está presente cuando la psicóloga del servicio concurre al centro de la mujer, y que la Sra. M. impone a todas las instituciones todo lo negativo que le ha sucedido, lo que imposibilita llegar a acuerdos y a organizar pautas para un nuevo abordaje. A fs. 1057 con fecha 18/12/14 el Tribunal hace efectivo el apercibimiento cursado a fs. 1025 respecto a la Sra. M. y dispone remitir las copias respectivas a sede penal por el delito de desobediencia.----------La síntesis realizada permite llegar a la conclusión que el Sr. M. F. M. conocía la situación conflictiva existente respecto de sus hijos pues se presentó en el Expediente N° 341/2012 ya a fs. 128 con fecha 16/10/2012 por medio de su letrada apoderada Dra. M. J. B., pese a lo cual su inactividad y falta de interés resultó una constante a lo largo del proceso. Nótese que no efectuó petición concreta alguna, salvo la citada presentación. Desinterés que resulta evidente y que se

agudiza al no comparecer personalmente en estas actuaciones a la audiencia prevista por el art. 130 de la Ley III N° 21 que se fijara a fs. 185 y se cumplimentara a fs. 197/198. ----------En lo que hace a la Sra. M. M., a pesar de su interés y deseo de habitar junto a sus hijos, lo cierto es que en definitiva priorizó su propio interés por sobre el de sus hijos, presenta marcados déficits en su rol materno, no puede percibir ni aceptar que sus hijos presentan conductas disruptivas y no ubica a los mismos como destinatarios de cuidados, amor y protección (ver informe del E.T.I., fs. 1004/1005), máxime cuando a su vez no respetó el plan de abordaje diseñado y abandonó su recorrido terapéutico, y que por su actitud de negar la realidad imposibilita llegar a acuerdos y a organizar pautas para un nuevo abordaje (ver informe de la Directora del Servicio de Protección de Derechos, Subsecretaría de Desarrollo Humano y Comunitario, fs. 1036/1038). Añado que, a pesar de encontrarse vigente la prohibición de contacto entre la madre y sus hijos, distintos organismos le brindaron ayuda para facilitar la convivencia con ellos, lo que también fracasó. A ello se suma que en las actuaciones que en copia certificada y en 140 fojas remitiera el Juzgado de primera instancia surge a fs. 79/81 que la abuela materna de los menores, A. I. T., se presenta el 10/09/15 haciendo saber que no se ponderó la solicitud de internación de su hija, la Sra. M., por sus actos de violencia psicofísica en la vivienda en presencia de K. y R., quienes se acoplaron de inmediato a tal conducta (ver fs. 79).----------En ese marco, debe considerarse particularmente el interés superior del niño (art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño) pues se señala que concebimos el interés superior del niño como un “estándar jurídico”, es decir, en la concepción de POUND, como una “medida media de conducta social correcta”, la cual encierra un contenido empírico que vive de las circunstancias, de los hechos, y que, por ello, es flexible, adecuado a las cambiantes modalidades de la vida del derecho vivido, que significa esa conducta humana constitutiva de una media” social correcta. Magistralmente, enseñó HAURIOU que la regla de derecho reviste caracteres de generalidad e importa una justicia abstracta, en tanto el estándard constituye una justicia más particularizada y es un elemento cambiante, modificable, evolutivo, todo de acuerdo con las circunstancias. Tal flexibilidad y cambio representa, en el derecho, su elemento de movilidad. Es precisamente para obtener la armoniosa integración entre ambas parcelas de lo jurídico que aparecen los “estándares”, entre los que encontramos el “interés superior del niño” como límite autonómico de la voluntad decisoria, con caracteres cambiantes, flexibles, evolutivo y ceñido a las contingencias particulares (D’ Antonio, Daniel Hugo, “Convención sobre los Derechos del Niño”, Astrea, 2001, par. 5, págs. 45/46 y 47, respectivamente). En esa misma dirección se sostiene que el término en análisis es flexible, toda vez que permite y exige a su vez, en cada caso puntual, calificarlo y redefinirlo, atendiendo a las particularidades de la situación. Así, el interés del niño dependerá de circunstancias específicas. Esta particularidad obliga los órganos de aplicación, ya sea la administración o el Poder Judicial, a asumir la importantísima

tarea de “descubrir” qué curso de acción llevará a la defensa del interés superior del niño en cada caso particular. Lo que la Convención establece es, precisamente, que resultará obligatorio para esos agentes la búsqueda que lleve a ese “descubrimiento” de qué es lo que mejor resguarda el interés superior del niño (Weinberg, Inés M., Directora, “Convención sobre los Derechos del Niño”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, págs. 101/102). A su vez, en lo que hace al alcance del art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño y a la precedencia sanguínea cabe señalar: “Que, en este sentido y en época reciente, este tribunal ha puntualizado que la precedencia sanguínea “no es con todo absoluta, sino que constituye una presunción conectada -entre otros extremos- con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una duplicidad. No se trata por tanto, de una barrera infranqueable para la consideración de situaciones en las cuales la permanencia en ese espacio original fue de hecho interrumpida o genera sufrimiento y daños aún mayores que los propios de un cambio. Un enfoque no dogmático lleva a la cuidadosa consideración de estos últimos casos desde la perspectiva libre de prejuicios que ordena utilizar el art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño” (confr. Fallos: 328:2870, voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay, considerando 6º)” (C.S.J.N., marzo 13 de 2007, considerando10º, La Ley 2007-B, 693).-

----------A su vez, respecto de la ley 26.061 se expresa que su art. 3 señala y concreta que a los efectos de la presente se entiende por interés superior de la niña, niño y

adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Brinda asimismo algunas pautas de interpretación que se condicen con ciertas elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales desarrolladas en los últimos años, como el grado de madurez, la capacidad de discernimiento y demás condiciones personales de niños y adolescentes. El avance que supone el nuevo contenido que otorga la ley es sustancial ya que abre el camino a abandonar la arbitrariedad y subjetividad que hizo decir a CARBONNIER que era una noción mágica, de la cual se había abusado y que bajo su invocación podía tornar superflua todas las instituciones del derecho de familia y que habría que tener una bola de cristal para poder determinarlo. Si bien es altamente beneficiosa la redacción del artículo en estudio, es cierto que muchas veces en la práctica este reiterado “interés superior del niño” es definido, materializado o conceptualizado desde la mirada adulta. Los “mayores” (jueces, defensores, profesionales del área “*psi*”, entre otros) habitualmente son quienes definen aquel principio rector en cada caso concreto. En otras palabras, mientras el niño no está en condiciones de formarse un juicio propio, el interés superior (la mirada del adulto) deberá ser la pauta predominante (Minyerski, Nelly y Herrera, Marisa, “IV: Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061”, en “Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes: análisis de la ley

26.061”, pág. 43). Agrego que la determinación del interés superior del niño supone dos etapas diferenciadas: la primera se refiere a lo que podría conceptualizarse como el interés en sentido abstracto, noción marco que se sitúa en la esfera jurídica, que obedece a una lógica jurídica y se presta a un enfoque global; la segunda, alude al interés concreto, el cual se encuentra centrado en la esfera práctica, que responde a una lógica fáctica y se compone de elementos circunstanciales, irreductibles, rebeldes a cualquier sistematización, ya que sistematizarlo significaría desatender las particularidades del caso (Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, ob. cit., pág. 84). ----------

----Por eso, el interés superior del niño no puede restringirse a una visión exclusivamente abstracta de resguardo de una situación biológica previa que imponga en todo caso la preservación de la integridad de un núcleo familiar en crisis, sino que este interés debe visualizarse en concreto y con referencia a las circunstancias de cada caso para así hacerlo efectivo de acuerdo a la realidad que padece el menor.---------- ----Asimismo, el art. 9.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo cuando tal separación sea necesaria en el interés superior del niño a condición que la decisión de autoridad competente sea revisable judicialmente, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables. ----------

---------- ----Y en este último aspecto, debe señalarse que “... es posible concluir que en los términos del art. 75, incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional, y en el marco de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en general y de la Convención de los Derechos del Niño en particular, la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres. De ello se desprende que todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento en un conflicto como el presente deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del niño no debiendo ello ser desplazado por más legítimos que resulten los intereses de los padres y de aquellos que ejercen la guarda preadoptiva. De lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño. Por ello, y más allá de las consideraciones de orden jurídico, existen dos extremos relevantes para la búsqueda de respuestas. Por un lado, la adecuada apreciación de las especiales circunstancias fácticas y, por el otro, la producción y evaluación serena de los informes de los equipos técnicos realizados a partir del trabajo con el menor, con el propósito de valorar el riesgo que la modificación de emplazamiento del niño le pudiera provocar.” Se trata de “... hacer prevalecer por sobre todos los intereses

en juego (legítimos desde cada óptica, por cierto) el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección a través del mantenimiento de situaciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resulten impredecibles ...” (C.S.J.N., 13/03/07, “A. F.”, La Ley 2007-B, 686, considerandos 5 y 16 del voto del Dr. Maqueda).----------

---------- ----Y si bien el art. 18.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del hijo, y que el art. 18.2. establece una función estatal subsidiaria al consagrar el deber estatal de prestar asistencia a los responsables de esa crianza y desarrollo a fin de que éstos lleven a cabo tales funciones, en definitiva los progenitores no acreditaron capacidad para el ejercicio del rol parental, uno por marcada inactividad y el otro por falta de capacidad adecuada, y ello así resulta de modo incontrastable de las probanzas arrimadas a la causa. Por eso, aún cuando exista una obligación a fin de que el Estado preste asistencia apropiada a los padres para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza de sus hijos (art. 18.2.), debe velarse de modo fundamental por el interés superior del niño (parte final del segundo párrafo del art. 18.1), privilegiándose así ese interés de acuerdo a lo dispuesto por el párrafo final del art. 3 de la ley 26.061.----------

----------Es criterio sustentado por esta sala “B” en c. 670/09, S.D.F. 03/10, y en c. 441/12,

S.D.F. 05/13.----------

----Y acerca de la salvedad expuesta en el art. 9.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, si bien todo niño tiene el derecho de vivir, de resultar posible con sus progenitores, ello no es dato absoluto, pues existen casos en que deberá recurrirse a otras alternativas. Por tal circunstancia, la directriz 14 de RIAD establece que: “Cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad para ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas, los hogares de guarda y la adopción …” (“Derechos”, UNICEF, Ciudad de Buenos Aires, agosto de 2000, pág. 74).----------

----------Asimismo, no debe omitirse ponderar que el art. 3, último párrafo, de la ley 26.061 establece como pauta que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. A ello agrego que en cuanto al sistema de protección integral que hay ciertos casos como el presente en que la amenaza o violación de los derechos de los niños o adolescentes proviene de los mismos padres, y así está previsto por el

art. 33, segundo párrafo, de la ley 26.061.----------

---- ----De tal modo, se agotaron los medios con que se contaba para iniciar un plan de abordaje posible ante la falta de colaboración de los progenitores. De tal modo, hay razones suficientes que hacen operativo el supuesto de excepción de la separación de la familia biológica ante la necesidad de resguardar el interés de los menores.----------En ese contexto destaco el fallo de la sala "A" de esta Cámara, c. 31/11, S.D.F. Nº 06/11, al señalar en este aspecto que: "... Cierto es que el art. 3 inc. "e" de la Ley

26.061 asegura a los menores su desarrollo en el medio familiar y el art. 7 del mismo cuerpo legal reconoce a la familia como responsable prioritaria de asegurar a los menores el disfrute pleno y efectivo ejercicio de sus derechos, a la vez que –en consonancia con "Directrices sobre las medidas alternativas de cuidado de los niños" emitidas por la O.N.U.- pone en cabeza de los Organismos del Estado el deber de asegurar políticas asistenciales apropiadas para que la familia pueda asumir dicha responsabilidad. Más tales medidas asistenciales del Estado no son infalibles para la consecución de su finalidad, resultando innegable que en determinados y desgraciados casos el entorno familiar es lisa y llanamente disfuncional y hasta cuasi inexistente. De allí que el art. 33 párr. 2º de la citada Ley 26.061 prevea que la amenaza o violación de los derechos de los menores provenga de los mismos padres; de allí también que el art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconozca la utilidad del régimen de la adopción, declarándola "admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres." (del voto del Dr. Velázquez). "En dos votos de mi autoría, en sentencias de esta Sala, he dejado sentado que si se llegase al extremo de que los derechos de los padres y el interés superior del niño estuvieran en conflicto, el interés del niño puede motivar legítimamente la limitación del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de sus padres ..." (del voto del Dr. López Mesa).---------- ----No omito señalar que el art. 33 de la ley 26.061, en su último párrafo, dispone que: "La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización". Por eso se expresa que queda claro, entonces, que ahora es responsabilidad del Poder Ejecutivo garantizar políticas que abarquen a todo el país para ofrecer cobertura universal al problema de los menores de edad de familias con escasos recursos. Se excluye así la posibilidad de que la Justicia disponga acciones contra quienes se ven afectados por la carencia de recursos materiales, transfiriendo la resolución del problema a las políticas públicas. Tampoco se admite que los menores sean separados del ámbito familiar (Lo Vuolo, Rubén M., "VII. De los niños "asistenciales" al ingreso ciudadano para la niñez: de la ley 10.903 a la ley 26.061" en "Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes: análisis de

la ley 26.061", pág. 105). En este último aspecto, bien señala el Dr. De Cunto con cita de doctrina que este principio de no separación por razones de carencias materiales se extiende no sólo a los padres sino también a la familia ampliada o con quienes se mantengan lazos afectivos.---------- ----Pero lo cierto es que ya transcurrieron cuatro años durante los cuales diversos organismos dependientes de la Provincia del Chubut y de las Municipalidades de Trelew, Rawson y Puerto Madryn actuaron en forma conjunta o separada a fin de que los menores permanezcan con su familia de origen. Y no se trata de una mera situación económica toda vez que las Sras. I. M. M. y A. T., madre y abuela materna, no fueron capaces de sostener en el tiempo una convivencia adecuada con los menores y protectora de sus derechos pues la incapacidad puesta de manifiesto tuvo origen esencialmente en una cuestión de personalidad. A ello se añade, como ya se precisara, que el Sr. M. demostró a lo largo del proceso una clara falta de interés ya que no intervino activamente en ninguna de las etapas del mismo. Por otra parte, destaco que, con posterioridad a la audiencia cumplida a fs. 197/198 y vta. en los términos previstos por el art. 130 de la Ley III N° 21 y a la sentencia interlocutoria de fs. 222/225, los progenitores M. F. M. e I. M. M. consintieron la guarda provisoria de M. K. C. y N. Á. R. M. a favor de la abuela materna (ver escritos de fs. 237 y 238, respectivamente), pese a lo cual de fs. 79/81 de las actuaciones agregadas en copia certificada por el juzgado de primera instancia surge que dicha abuela, Sra. A. I. T., se presentó y luego de admitir su imposibilidad para convivir con los menores K. y R. M. peticionó el retiro de los mismos de su hogar, por lo que también se observa el fracaso de los esfuerzos realizados tendientes a que los menores continúen bajo la familia de origen.-----A todo ello se suma que al momento del dictado de la sentencia se encontraban vigentes los arts. 316 y 317 del Código Civil. Y el citado art. 316, en su tercer párrafo, establece: "La guarda deberá ser otorgada por el juez o tribunal de domicilio del menor o donde judicialmente se hubiere comprobado el abandono del mismo". Así, se expresa que la guarda aparece como el cúmulo de prerrogativas y deberes que la ley o los jueces confieren a determinadas personas o institutos para la educación, desarrollo e inserción social de los menores, o que se atribuyen a una persona que toma a un menor a su cargo (Bueres-Highton, "Código Civil ...", Editorial Hammurabi, 2003, T. 1 B, pág.
605).----------
- ----A su vez, el art. 317 del Código Civil establece, entre otros requisitos " … a) Citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción … No será necesario el consentimiento cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial. …". Y por otro lado, el art. 9 de la ley 26.061, en

su primer párrafo, prescribe que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derecho y de personas en desarrollo: a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio humillante o intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante. …". Bien destaca el Dr. De Cunto con cita de doctrina que el maltrato infantil se presenta cuando peligra -física o mentalmente- el desarrollo saludable de toda persona de menos de 18 años de edad.----------
Respecto al plazo máximo de ciento ochenta días previsto por el art. 607, inciso c, del Código Civil y Comercial de la Nación, señalo que si se considera que ese ordenamiento entró en vigencia el 01/08/15 dicho plazo se encuentra vencido al 01/02/16, y a pesar de dicho vencimiento las medidas excepcionales adoptadas tendientes a que los menores permanezcan en su familia de origen no han dado resultado positivo, tal como lo exige la norma. Tampoco se presenta la situación contemplada en el penúltimo párrafo del citado art. 607 en cuanto a que: "La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés del éste". Es que, la progenitora Sra. I. M. M. a pesar de su interés y deseo de habitar junto a sus hijos no se encuentra en condiciones de proteger adecuadamente el interés de los menores por las razones ya brindadas. Por su parte, el progenitor Sr. M. F. M. no traspasa el umbral de las intenciones ya que no materializó ninguna acción concreta. Y finalmente la abuela materna Sra. A. I. T. admitió su imposibilidad para convivir con los menores K. y R. M. y peticionó el retiro de los mismos de su hogar (ver fs. 79/81 de las actuaciones agregadas en copia certificada ya citadas).----------De tal modo, por los extensos fundamentos expuestos en este punto corresponde también rechazar el agravio vertido en último término por el Sr. M. (p. VII, fs. 143/vta.). Por otra parte, destaco que el apelante se limita a enumerar derechos y citar jurisprudencia y doctrina, y esa referencia no es crítica concreta y razonada del decisorio. Así, la mera transcripción, por profusa que sea, de citas jurisprudenciales o de doctrina, sin siquiera intentar una explicación para relacionarla con lo debatido en la causa, y por ende, sin justificar la aplicabilidad de las conclusiones sentadas en aquéllas en el caso a resolver, no permite tener por fundado el recurso (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., T. III, págs. 359/360 y cita de fallos). Por lo demás, obviando tal circunstancia procesal, respecto al derecho a ser oído ya en el acápite 4 se trató el tema. Y con relación al derecho a la convivencia familiar y comunitaria y a un sistema de protección integral ya se brindaron en forma precedente suficientes razones en el sentido que los esfuerzos realizados se encuentran agotados, al igual que las medidas adoptadas a fin de que los menores permanezcan con su familia de origen. ----------Finalmente, los informes agregados a fs. 284/287 y 290/vta. del Equipo Técnico de Hogares de Trelew y del Equipo Técnico

Interdisciplinario, respectivamente, no conmueven la decisión a adoptar, pues el primero da cuenta de la situación de vulnerabilidad en que se encuentra R. que para poder ser superada requiere de una solución inmediata y definitiva en un ámbito familiar estable, en tanto que el segundo da cuenta de las diferentes intervenciones realizadas con los menores y actual situación de los mismos.----------

----6.3. Por los fundamentos vertidos también propicio rechazar los recursos de apelación deducidos por los Sres. M. F. M. e I. M. M., toda vez que la decisión que se adopta resulta la más adecuada y concordante con lo establecido por el art. 34 de la ley 26.061 al asegurar a los menores el pleno ejercicio de sus derechos ya que las medidas de protección tienen como finalidad la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Se da así en el caso circunstancias de excepción que conducen a priorizar el interés superior del niño que se presenta como el sujeto más vulnerable y necesitado de protección, sin que la resolución a la que se arriba se traduzca en el alejamiento de los menores de su familia de origen, tal como se señalara en caso similar en c. 670/09, S.D.F. 03/10.----------7. En consecuencia, también propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de Alzada a los apelantes vencidos, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 69 del C.P.C.C.).--------Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudentes los honorarios que propicia regular el Dr. De Cunto a favor de los letrados patrocinantes y apoderados de los apelantes, Dra. N. A., Dres. R. N. y T. C., en conjunto, y Dra. P. A. N., en las sumas equivalentes a 8 Jus en cada uno de los tres casos, y de las letradas de la Asesoría de Familia, Dras. Gabriela Alexia López y Mariana Forrester, en forma conjunta, en la suma equivalente a 8,5 Jus (arts. 5, 7, 8, 9, 13, y 46 de la Ley XIII Nº 4, con el alcance previsto por el art. 59 de la Ley V Nº
90), y con más el I.V.A. pertinente. ----------

----Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó:----------

---En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: I) Confirmar el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios.----------II) Imponer las costas en la Alzada a las apelantes vencidas.----------III) Regular los honorarios profesionales de la Dra. N. A. en la suma equivalente a 8 Jus; los de los Dres. R. N. y T. C., en conjunto, en la suma equivalente a 8 Jus; los de la Dra. P. A. N. en la suma equivalente a 8 Jus; y los de las Dras. Gabriela Alexia López y Mariana Forrester, en conjunto, en la suma equivalente a 8,5 Jus; en todos los casos con más el IVA si correspondiere.----------

----Así lo voto. ----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Vergara dijo:----------

---El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado con la anterior votación. ---------

----Así lo voto. ----------

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 8 , Ley V - Nº 17) pasándose a dictar: ----------

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

- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew, **RESUELVE**:----------

--- CONFIRMAR el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios.----------

-- IMPONER las costas en la Alzada a las apelantes vencidas. ----------

- REGULAR los honorarios profesionales de la Dra. N. A. en la suma equivalente a 8 Jus; los de los Dres. R. N. y T. C., en conjunto, en la suma equivalente a 8 Jus; los de la Dra. P. A. N. en la suma equivalente a 8 Jus; y los de las Dras. Gabriela Alexia López y Mariana Forrester, en conjunto, en la suma equivalente a 8,5 Jus; en todos los casos con más el IVA si correspondiere.----------

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

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

RAUL ADRIAN VERGARA
JUEZ DE CAMARA

--- REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2016 - SDF - CONSTE.----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA