--- En la ciudad de Trelew, a los días de enero del año dos mil diecisiete, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Raúl A. Vergara y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“K., E. c/ S., G. A. s/ Privación de Patria Potestad”** (Expte. Nº 11 - Año 2016 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. 234.----------

-- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Vergara dijo: ----------

-- 1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 174, que fuera concedido libremente y con efecto suspensivo a fs. 178, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 171/172 que no hizo lugar a la demanda por privación de la responsabilidad parental interpuesta por E. K. contra G. A. S., con imposición de las costas por su orden. ---------- La expresión de agravios de la accionante luce a fs. 184/187, el traslado ordenado a fs. 188 no fue contestado por su contraria, a fs. 189 se fijó la audiencia prevista por el art. 130 de la Ley III N° 21, a fs. 195/vta. se celebró la misma con la presencia del menor A. S. K. -acta reservada según providencia de fs. 197- y a fs. 196 con la asistencia de la Sra. E. K., audiencias que contaron con la debida intervención de la Asesora de Familia. A fs. 200 la Asesora de Familia solicitó se extienda al plazo para contestar la vista conferida a fs. 197, disponiéndose a fs. 201 la ampliación del mismo. A fs. 203/vta. y fs. 207 lucen informes referidos a los tratamientos psicológico y psiquiátrico del menor elaborados por la psicóloga Licenciada A. A. y por el médico psiquiatra Dr. G. L. J. A., respectivamente, que fueran acompañados por la Asesora de Familia con el escrito de fs. 208/209 y vta. a fin de solicitar la intervención del ETI. A fs. 212 se ordenó dicha intervención y a fs. 227/228 y vta. el Equipo Técnico Interdisciplinario presentó el informe requerido, dejando constancia que no asistió a la entrevista el demandado. Finalmente, la Asesora de Familia a fs. 231/232 contestó la vista conferida. ---------- ---

Tocante a los agravios vertidos la apelante sostiene que la falta del padre en la vida diaria del menor A. es evidente y ha sido probada, y esa ausencia prolongada demuestra la ausencia en el cumplimiento de los deberes parentales que le asisten al demandado. Menciona que la Juez adhirió a los conceptos vertidos por el E.T.I. en lo que hace a la postura del demandado pero considera que debe estarse al interés superior del niño y no a los intereses del padre. Alude a principios básicos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en su Preámbulo. Agrega que la Sra. Juez debió evaluar que la ausencia del padre no es una actitud aislada sino una conducta de falta de interés demostrada a través de todo el desarrollo del proceso, y ese desinterés no sólo es una

conducta procesal disvaliosa sino indiciaria de la más absoluta falta de atención y preocupación por el niño. Expresa que el padre no le prestó atención al hijo no sólo en lo económico sino también en lo afectivo, a pesar que en la actualidad vivimos en una época en que las comunicaciones resultan muy accesibles. Impugna que el juzgador señalara que no se probó que el alejamiento del padre haya colocado al menor en situación de desamparo que equivalga a peligro físico o psíquico ya que por su parte fue la que impidió que el niño estuviese en alguna oportunidad en situación de desamparo, a lo que se suma la ayuda brindada por su madre. Cita doctrina y jurisprudencia en apoyo de su postura. Afirma que el demandado es formalmente el padre pero no ejerció la función paterna ya que estuvo ausente en la vida del hijo y fue la familia materna la que le brindó la contención afectiva. Destaca que el Sr. S., a pesar de estar notificado, persistió en su conducta indiferente al no realizar acto procesal alguno y ello demuestra una total falta de atención y preocupación por su hijo. Considera que el desamparo se manifiesta en aquellas situaciones en las que los padres no cumplen con las obligaciones básicas hacia sus hijos, y que de ese modo no acompañan su crecimiento. También pone de relieve que la falta de atención del hijo es una forma de maltrato. Solicita se revoque la sentencia apelada y se haga
lugar a la demanda. ----------

--- 2. El juzgador a fs. 172, segundo párrafo, sostuvo que: ***De la prueba testimonial producida por la actora y de la escucha con el menor se demuestra que el niño y su madre viven con la abuela materna, haciéndose cargo la actora y la abuela del menor de brindarle atención económica, moral y espiritual a A., sin embargo esto no permite calificar la conducta de desinterés del progenitor como de extrema gravedad (criterio sustentado en diversos fallos por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires 20/11/28 L.L. tomo 34, pag. 428, T 44 c. 428, T 116 pag. 220)***. ----------

--- En tal sentido, dejando a salvo el respeto que me merece la distinguida Sra. Jueza de Familia, me veo en la obligación de aclarar que en La Ley, T. 34, página 428, figura un fallo de la Cámara Civil 1ª de la Capital, del 26/04/44, y no de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. En cuanto a la cita del T. 116, pág. 220, se trata de un pronunciamiento de la Cámara 1ª de Apelaciones de Mar del Plata en materia de procedimiento laboral. A su vez, en el T. 44, pág. 428, se registra un caso dictado por la Cámara Civil 1ª de la Capital con fecha 09/09/46 que no se ajusta estrictamente a lo expuesto en el fallo en crisis pues allí se señaló que el abandono del hogar por parte del padre, dejando al hijo con la madre, no importa pérdida de la patria potestad, si no se ha probado fehacientemente que ese progenitor no se ocupara más del menor, o lo dejara desamparado. ----------

--- Con tal salvedad, destaco que aún cuando los hechos que se le imputan al demandado son anteriores a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (01/08/15, ley

27.077), los mismos se prolongaron durante la tramitación del proceso y por ende se sucedieron también durante la vigencia del citado ordenamiento. A ello se añade que en materia de responsabilidad parental se afirma que el cambio semántico en la terminología jurídica (patria potestad) indica que el discurso de los juristas ha sido influenciado por una nueva visión teórica En el caso, no se trata sólo de un nombre, sino de diverso contenido. Por ser consecuencias de la relación (responsabilidad parental), la mayoría de estas normas son de aplicación inmediata a todas las personas menores de edad, hayan nacido antes o después de agosto de 2015 (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Rubinzal – Culzoni Editores, 2015, par. 55.6., pág. 145). Además, por tratarse de una cuestión de orden público cabe ponderar 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°). En ese direccionamiento 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 constitucional-convencional, 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). --- Por tales razones, corresponde aplicar en forma inmediata el régimen privación de la responsabilidad parental previsto por el Código Civil y Comercial de la Nación. ---------- --- De todos modos, aún cuando por hipótesis se aplicara el Código Civil, lo cierto es que el art. 307 del Código Civil fue reformado por el art. 4 de la ley 23.264, por lo que a partir de esa reforma la norma disponía que: “El padre o la madre quedan privados de la patria potestad: … 2°. Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos …”. Y acerca de esa reforma se expresa que el criterio en materia de abandono ha dejado de ser objetivo para centrarse en el análisis de la conducta de cada progenitor, en razón de que las obligaciones emergentes de la patria potestad son personalísimas, indelegables e intransferibles. Debe recordarse que con anterioridad a la sanción de la ley 23.264 existía la duda acerca de sí debía acreditarse por quien solicitaba la pérdida de la patria potestad el hecho objetivo del abandono y el carácter malicioso del mismo. Este debate queda superado con la reforma de 1985, pues el inc. 2° del art. 307 norma que el abandono se configura aún cuando el hijo quede bajo la guarda o sea recogido por el otro progenitor o un tercero. Es decir, que se ha adoptado el criterio subjetivo para tipificar la causal de

abandono: la ley no atiende ni espera a que el menor padezca física o espiritualmente el desamparo. La reforma sigue con acierto “la denominada tesis subjetiva en lo atinente al abandono del hijo, tornando indiferente a los fines sancionatorios que el menor haya quedado bajo resguardo del otro progenitor o de terceros … Es suficiente el abandono en poder del otro padre, para sancionar su indolencia con la privación de la patria potestad, pues la conducta de quien abdica en forma voluntaria de los deberes paternofiliales “no es menos reprensible porque el otro progenitor o un tercero asuman el rol de quien se desatendió de tan primordiales deberes, ínsito en el concepto de patria potestad” (Bueres-Highton, “Código Civil y normas complementarias”, Editorial Hammurabi, 1995, T. 1, págs. 1296/1297). Por eso, la circunstancia de que el menor hubiera recibido la atención económica, moral y espiritual que le brindaran su madre y su abuela no impide evaluar la conducta del otro progenitor a los fines de lo que antes se denominaba privación de la patria potestad y hoy bajo la vigencia del Código Civil y Comercial es la privación de la responsabilidad
parental. ---------- --- Ahora bien. Toda vez que resulta aplicable el C.C. y C. el art. 700, inciso b) prescribe que: “Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: … b) abandono del hijo, dejándolo en total estado de desprotección, aun cuando quede al cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero; …”. Como puede observarse, la circunstancia de que uno de los progenitores vele por el cuidado del hijo no impide que se analice la conducta del otro progenitor cuando omita el cumplimiento de los deberes que surgen de la responsabilidad parental. Así se sostiene que el abandono es la causa principal de la privación de la responsabilidad parental, y se configura cuando uno de los progenitores se sustrae en forma injustificada al cumplimiento de algunos de los deberes emergentes de esta institución. No importa que el hijo quede al cuidado del otro progenitor o de un tercero, ya que se juzga la conducta del progenitor que omite sus deberes en forma objetiva y no las consecuencias que ese comportamiento produzca efectivamente sobre el menor (Azpiri, Jorge O., “Incidencias del Código Civil y Comercial: Derecho de familia, volumen 1”, Editorial Hammurabi, 2015, pág. 269). Sin perjuicio de ello, también se sostiene que las causales de privación de la responsabilidad parental operan como una sanción a los progenitores que se encuentren incursos en ellas. No obstante ese carácter sancionatorio de las conductas de los progenitores que conllevan la pérdida de la responsabilidad parental, la misma siempre debe tener en miras el mejor interés del hijo. En este sentido la doctrina expresa que si se juzgara que la privación de la responsabilidad parental es una sanción por la cual el padre pierde los derechos debido a su inconducta y no una medida destinada a la protección del hijo, se estaría penando al padre, junto al hijo, por lo que no sería posible de sostener esa interpretación, a la luz de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por ello, la privación de la responsabilidad parental debe aplicarse siempre como una medida de carácter

excepcional y extremo ya que, como lo sostienen los jueces, “no sólo afecta al progenitor, al enervar el ejercicio de sus derechos-funciones, sino que impide a la hija gozar de la coparentalidad, derecho fundamental que resulta de la Convención de los Derechos del Niño (arts. 8 y 13). Es por ello que la pérdida de la patria potestad supone la existencia de hechos graves conforme la importancia que tal sanción reclama, en tanto deben concurrir actuaciones u omisiones que respondan al deliberado propósito de soslayar las obligaciones que conlleva la paternidad o ser el resultado de una actitud del progenitor”. … Dicho criterio excepcional y restrictivo de la privación de la patria potestad queda fortalecido con el carácter eminentemente temporal de la sanción pues puede ser recuperada exigiendo, por lo tanto, una mayor certeza en la prueba producida” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, Directoras, “Tratado de derecho de familia según el código civil y comercial de 2014”, Rubinzal – Culzoni Editores, 2014, T. IV, págs. 398/399). ---------- A su vez, respecto del abandono del hijo previsto por el art. 700, inciso b) del C.C.y C. se indica que la causal acaece sin perjuicio de que el hijo que ha sido dejado en ese estado de abandono haya quedado bajo el cuidado del otro progenitor o en guarda de un tercero. Corresponde señalar que se trata de una sanción de tipo subjetivo, por lo que de esta manera la privación se producirá solamente sobre el progenitor que ha cometido las acciones tendientes a poner al hijo en estado de abandono y no sobre el otro progenitor. El abandono ha sido descripto por la doctrina como “el desprendimiento de los deberes del padre o la madre, o sea, la abdicación total de los deberes de crianza, alimentación y educación que estipula la legislación y en cambio no se configura con el simple incumplimiento o el cumplimiento más o menos regular de esos deberes”. … En pronunciamientos judiciales se ha opinado que “cabe decretar la privación de la patria potestad del demandado sobre su hija menor con base en la causal de abandono, puesto que su desinterés y su falta de colaboración no sólo es una conducta procesal disvaliosa, sino indiciaria de la más absoluta falta de atención y preocupación” y que “la actitud del progenitor torna procedente lo pretendido por la actora, ya que de la prueba rendida surge una abdicación prolongada e injustificada de los deberes paternos …” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, Directoras, obra y tomo citado, págs. 401/402). ---------- --- Me detengo particularmente en el fallo citado en el mencionado tratado (pág. 402, nota n° 638, C2aCCMPaz y Trib. De Mendoza, 15-12-2008, “P. C. s/D. C. s/Privación de patria potestad”, Abeledo-Perrot, N° 33/14736) pues resulta de estricta aplicación al presente caso. En efecto, de la prueba producida surgen suficientes indicios acerca de que la conducta asumida por el demandado importa una falta total de interés y preocupación prolongada largamente en el tiempo y esa desatención configura una abdicación injustificada de los deberes paternos y ello torna procedente la privación de la responsabilidad parental. Así, considero que la conducta del demandado evidencia una absoluta indiferencia frente a

las necesidades de su hijo, tan dilatada en el tiempo, que caracteriza la figura del abandono. Añado además que en esta instancia se incorporaron nuevos elementos que por ello no pudieron ser considerados por la distinguida magistrada de la anterior instancia. En tal sentido, el Equipo Técnico Interdisciplinario en su informe de fs. 227/228 y vta. precisa que: “La ausencia del Sr. S. en el marco de la presente intervención impide elaborar un diagnóstico de interacción parental y a su vez, permite inferir el desinterés del mismo en relación a las presentaciones de la Sra. K.” (fs. 228 vta., segundo párrafo). ---------- --- Asimismo, no omito considerar que la Asesora de Familia en su dictamen de fs. 231/232 opina que en la causa hay indicios de abandono pero que no alcanzan para declarar la privación de la patria potestad del padre (“Dada la gravedad de las consecuencias de la privación, la enumeración de casos que la tornan son taxativas. Este Ministerio Público entiende, que se dan indicios del Inciso B de la norma, pero que los mismos –conforme ya se expresara en la vista conferida y evacuada a Fs. 208 y 209, no alcanzan para declarar la privación de la patria potestad del padre, y así se expuesto (sic) en su momento” (fs. 231 vta., cuarto párrafo). Sin embargo, cabe poner de relieve que la Asesora de Familia previamente señaló que de la conjugación de los incisos b) y c) del art. 700 del Código Civil y Comercial surge que “de ambos se encuentran indicios suficientes, en los presentes para decretar su cometido, REITERO-, debido a los nuevos informes adunados en autos” (fs. 231, último párrafo), a lo que agregó que el progenitor “no ha demostrado en los presentes voluntad de presentación judicial ante la demanda impetrada …” (fs. 231 vta., segundo párrafo), y que en definitiva postuló que introduciéndose en las causales que tiene a la vista entiende “que en esta instancia puede hacerse lugar a la demanda …” (fs. 231 vta., tercer párrafo). ------ Y respecto a la falta de voluntad del progenitor de presentarse judicialmente a la que aludiera la Sra. Asesora de Familia debe ponderarse que el demandado estuvo ausente a lo largo de este proceso ya que, a saber: a) no se presentó a contestar demandada a pesar de estar debidamente notificado y ello dio lugar a que se lo declarara rebelde (cédula de fs. 104/vta. y providencia de fs. 106), declaración que también fue notificada (cédula, fs. 107/vta.); b) no contestó el traslado de la expresión de agravios de la actora conferido a fs. 188; c) no compareció a las audiencias fijadas tanto en primera como en segunda instancia (actas de fs. 156, 170 y 196), debiendo destacarse que en esta instancia fue notificado (cédula de fs. 192/vta.); y d) no compareció a la sede del E.T.I. a fin de que ese organismo se expida conforme lo dispuesto según providencia de fs. 212 a pesar de encontrarse notificado (cédula de fs. 223/vta.). Y en ese direccionamiento, no parece suficiente ni valioso el solo manejo de la “regla” conforme a la cual el actor tiene la carga de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y el demandado los extintivos, impeditivos o modificativos que opone a aquéllos. Ante ese cuadro el juez, de acuerdo a las particularidades del caso y a la *conducta* obrada por las partes, reparará en la quiebra del deber de cooperación, haciéndolo jugar en contra del infractor al

representar un módulo de utilización razonablemente adecuado para arribar a la acreditación de las afirmaciones controvertidas. Expresándolo con las palabras del artículo 163 (actual art. 165 del C.P.C.C.), inciso 5°, apartado 2° del Código Procesal, esa *falta de cooperación activa*, entre otras matizaciones, traduce “la conducta observada por las partes durante la sustanciación del juicio y podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, inclusive los indicios y presunciones, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones” (Morello, Augusto, “La Prueba. Tendencias modernas”, Librería Editora Platense – AbeledoPerrot, 1991, págs. 60/61). En ese contexto, el quiebre del deber de colaboración del demandado ante su ausencia a lo largo de este proceso permite considerar esa conducta disvaliosa como un elemento de convicción corroborante de las pruebas arrimadas a la causa, conforme a la facultad prevista por el art. 165, inciso 5°, del C.P.C.C., y en esta instancia de acuerdo al art. 166, ordenamiento que resulta de aplicación por remisión del art. 98 de la Ley III N° 21. ---------- Por las razones expuestas, y dictamen favorable de la Asesoría de Familia, considero que se encuentra acreditada la causal prevista por el art. 700, inciso b) del
C.C. y C. ---------- A su vez, en el escrito inicial la actora también denunció que el padre del menor lo maltrataba en forma física y verbal, asumiendo el progenitor intempestivos métodos violentos a los que acudía en su vinculación con el niño (ver fs. 43 vta., último párrafo, y fs. 44, dos primeros párrafos). En ese aspecto, el art. 700 del C.C. y C., en su inciso c) prescribe como causal de privación de la responsabilidad parental “poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo”. Y en tal sentido se sostiene que la expresión actual respecto del peligro para la seguridad, salud física o psíquica del hijo tiene una amplitud suficiente que permite encuadrar dentro de ella cualquier supuesto del que redunde un perjuicio grave para el menor, por lo que dependerá de la apreciación judicial la conducta del progenitor para determinar si ha tenido la gravedad suficiente como para justificar la privación de la responsabilidad parental (Azpiri, Jorge O., obra citada, pág. 269). Y respecto de esa causal también se considera que si bien se trata de un inciso que permite encuadrar una amplitud de situaciones, sólo será viable como causal de privación de la responsabilidad parental cuando se verifique de manera concreta el perjuicio actual o potencial, para la seguridad y bienestar físico o psíquico del hijo menor de edad. En ese sentido, la doctrina ha opinado que “este supuesto podrá quedar configurado por un solo hecho si se pone en evidencia un grave riesgo para el hijo, o bien por la reiteración de hechos, tal vez no tan graves pero que redundan, en definitiva, en perjuicio para el menor” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, Directoras, obra y tomo citado, pág. 403). ---------- --- Con tales pautas, la licenciada A. A. en su informe obrante a fs. 203/vta. destacó que: “El punto central del problema de A. tiene que ver con su papá. Representa para él todo lo malo y “peligroso”.

… Si bien A. no puede manifestar explícitamente las situaciones vividas con su papá en forma clara y coherente, se puede entender a través del trabajo terapéutico que son profundamente graves y son el origen de los mayores problemas y dificultades que ha tenido el niño a lo largo de su vida. Posee una imagen paterna asociada a lo “horroroso” y “amenazante” con las consecuencias que eso le provoca” (fs. 203 vta., segundo y último párrafo, respectivamente). Así, ante lo expuesto en ese informe la Asesora de Familia en su presentación de fs. 208/209 y vta. estimó que debía conferirse intervención al ETI ya que “de comprobarse la certeza del daño, con este nuevo elemento, podrá revertirse lo sentenciado oportunamente …” (fs. 209 vta., último párrafo). Y ante la intervención dispuesta de ese organismo según providencia de fs. 212 el Equipo Técnico Interdisciplinario en su informe de fs. 227/228 y vta. puso de relieve que: “En la entrevista mantenida con A. (12 años- asiste a la escuela 196, cursa 6° grado T.M), si bien presenta un discurso desorganizado, el mismo se encuentra centrado en situaciones vivenciadas en el contexto de la vinculación con su padre, de carácter traumático así como otras que resultan ser re significadas a partir del discurso materno. Se refiere al Sr. K. (sic) (en puridad al Sr. S.) con connotaciones negativas y descalificantes, expresando de manera recurrente sentimientos de odio hacia su padre que remiten a un único episodio en que este le pegó con un cinto en las manos porque andaba mal en la escuela. A medida que transcurre la entrevista, menciona una situación en la que su padre habría abusado sexualmente de él e inmediatamente después menciona haber presenciado a éste último manteniendo relaciones con su pareja. A modo de conclusión. De la lectura de antecedentes y de las entrevistas mantenidas con la Sra. K. y su hijo A., se desprenden las siguientes consideraciones: “ Del informe de la psicóloga tratante del niño, la profesional concluye que los trastornos presentados por el niño a lo largo del desarrollo son producto de situaciones altamente traumáticas vivenciadas en la vinculación con su padre, el Sr.
S.” (ver fs. 228). En ese contexto, la Asesora de Familia al contestar a fs. 231/232 la vista conferida precisó que se encuentran indicios suficientes a la luz de las causales previstas en el art. 700, incisos b) y c) (fs. 231, último párrafo), que en función a las mismas puede hacerse lugar a la demanda (fs. 231 vta., tercer párrafo), y también que adentrándose en el inciso c) del mencionado artículo puede adunar elementos (fs. 231 vta., quinto párrafo), para a continuación efectuar cita de doctrina con referencia a dicha causal (fs. 231 vta., último párrafo, y fs. 232, dos primeros párrafos). Añado que la imagen paterna que el menor tiene de su padre y que la licenciada A. A. refiriera en su informe a fs. 203 vta., al igual que el E.T.I. en su informe de fs. 228, primer párrafo, así también fue expuesta por dicho menor en la audiencia celebrada el 17/04/2016 -acta que por decisión de fs. 197 obra reservada y en este acto tengo a la vista-. Y si bien tales vivencias se refieren a hechos acontecidos cuando tenía una corta edad debe tenerse en cuenta su actual edad (12 años), por lo que -sin omitir considerar que no puede manifestar explícitamente las

situaciones vividas con su papá (informe de la psicóloga licenciada A., último párrafo, fs. 203 vta.) y que presenta un discurso desorganizado (informe del E.T.I., fs. 228, primer párrafo)- estimo que las manifestaciones vertidas respecto de la conducta de su padre deben tenerse en cuenta ya que cuenta con un mínimo suficiente de madurez para expresarse al respecto en el marco de la denominada autonomía progresiva. Así, ya con referencia al Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación se expresaba que el concepto de autonomía progresiva responde a la faz dinámica de la capacidad del sujeto que facultaría a los mismos a tomar intervención en todos los asuntos que atañen a su persona o a sus bienes, conforme a su madurez y desarrollo; considerando asimismo que esa voluntad o participación sea tenida en cuenta, e incluso, en ciertas oportunidades resolver conforme a dicha voluntad; de modo que la responsabilidad parental y capacidad progresiva van de la mano, y son pilares de la formación y maduración de los menores de edad, que transitan el adiestramiento en el ejercicio de los derechos de que son titulares (Moreno, Natalia, “Ejercicio de los derechos de los menores de edad y adolescentes en el Proyecto de Código”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas”, La Ley, Año V, Número 3, Abril 2013, págs. 37/38). También que el principio de capacidad progresiva está ínsito en todo el texto de la CDN. … El reconocimiento de la capacidad progresiva o autodeterminación de NNyA en clave de derechos significa consagrar una gradación evolutiva en la toma de decisiones inherentes al ejercicio de sus derechos, en función de su desarrollo psicofísico. Esta premisa de rango constitucional (conf. Art. 75 inc. 22°, Const. Nac.) exige dejar de lado categorías rígidas y binarias basadas exclusivamente en el dato objetivo de la edad. Dentro de las clasificaciones esbozadas en el anterior apartado, el CCyC adopta un sistema mixto de capacidad de NNyA, donde se conjugan reglas flexibles sin límites etarios y reglas fijas con límites etarios, en función de los derechos involucrados (Famá, María Victoria, “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, La Ley, 2015-F, págs. 465 y 468, respectivamente). Además, 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. …”. Y 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, "Ley de Protección Integral de Niñas,
Niños y Adolescentes – Ley 26.061", EDIAR, 2007, págs. 453/456). ---------- --- Con ello quiero señalar que el derecho del niño a ser escuchado y a que su opinión sea tenida en cuenta en función de la edad y su madurez (art. 12 de la Convención sobre los derechos del niño) comprende su participación en las decisiones que involucran a su persona, en función al grado de madurez y desarrollo del menor. ---------- Por ello, teniendo en cuenta el informe de la licenciada A. A. obrante a fs. 203/vta.; lo expuesto por la Asesoría de Familia en su presentación de fs. 208/209 y vta., en particular a fs. 209 vta., último párrafo; el informe elaborado por el E.T.I., y en especial el alcance del mismo respecto a las vivencias experimentadas por el menor que surgen de fs. 228, primer párrafo, y consideraciones efectuadas en la misma foja con relación al informe de la licenciada A.; el dictamen de la Asesoría de Familia de fs. 231/232 en cuanto a la existencia de indicios suficientes; y manifestaciones vertidas por el menor en la audiencia celebrada el 17/04/2016 con relación a la conducta de su padre y que hacen al interés superior del niño, entiendo que la conducta del demandado también encuadraría en la causal prevista por inciso c) del art. 700 del C.C. y C., aún cuando ello resulta innecesario pues ya se tuvo por acreditada la causal contemplada en el inciso b) del citado ordenamiento. ---------- --- Por tales razones, se hace lugar a los agravios vertidos debiendo revocarse el fallo en crisis para hacer lugar a la demanda impetrada, sin perjuicio que la privación que se dispone de la responsabilidad parental pueda dejarse sin efecto si se comprueba que la rehabilitación se justifica en beneficio e interés del hijo, conforme lo dispone el art. 701 del C.C. y C. En tal sentido se señala que con esta norma se sigue en el mismo camino que la última redacción del Código Civil que había abandonado el criterio de la sanción definitiva que implicaba la declaración judicial de privación de la entonces llamada "patria potestad" -en algún momento nominada pérdida- para pasar a ser una sanción provisoria o revisable, lo que parece más acertado. … Para que proceda la rehabilitación de la

responsabilidad parental, el progenitor privado de ella deberá acreditar judicialmente que esa restitución se justifica en beneficio e interés del hijo (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, Directoras, obra y
tomo citado, pág. 406). ----------
-- 3. En consecuencia, propicio al Acuerdo revocar íntegramente la sentencia venida en apelación para hacer lugar a la demanda promovida por E. K. contra G. A. S., privando a éste último progenitor de su responsabilidad parental respecto de su hijo A. S. K. por encuadrar su conducta en la causal prevista por el inciso b) del art. 700 del C.C. y C., con costas de ambas instancias a cargo del demandado vencido por aplicación del criterio objetivo de la derrota (art. 69 del
C.P.C.C., remisión del art. 98 de la Ley III N° 21). ----------
--- Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en primera instancia, estimo adecuado mantener los honorarios profesionales regulados a favor de la Dra. E. R. G., en su calidad de letrada patrocinante de la actora, en la suma equivalente a veinte (20) Jus (arts. 5, 7, primer párrafo, 29 y 46 de la Ley XIII N° 4), con más el I.V.A. que pudiere corresponder. --------
---------- --- A su vez, con las pautas antes indicadas y lo previsto por el art. 7, penúltimo párrafo, de la ley del arancel, considero prudente regular los emolumentos de la Dra. E. R. G., por su actuación en segunda instancia, en la suma equivalente a ocho (8) Jus, con más el I.V.A. pertinente.

--- Cierro mi intervención y a la primera cuestión voto POR LA NEGATIVA. ----------
-- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------
- Vienen estos actuados al conocimiento de este tribunal de alzada con motivo del recurso de apelación planteado por la parte actora a fs. 174 en contra de la sentencia definitiva dictada en autos, obrante a fs. 171/172 vta., por la cual no se hace lugar a la demanda de privación de la responsabilidad parental interpuesta por la Sra. E. K. contra del Sr. G. A. S., con imposición de las costas por su
orden. ----------
--- El escrito de expresión de agravios luce agregado a fs. 184/187. ----------
--- Ordenado su traslado a la contraparte a fs. 188, éste no fue evacuado.----------
-- A fs. 196, se encuentra agregada el acta correspondiente a la audiencia prevista por el art. 130 de la Ley III Nº 21. ----------
- --- I.- La reseña de los agravios formulados por la parte actora recurrente ha sido ya realizada, con suficiencia y claridad, por el Dr. Vergara, magistrado que me precede en la votación por lo que a ella me atendré a efectos de evitar repeticiones innecesarias. ---
-- II.- De inicio, por resultar un aspecto insoslayable en este examen del recurso deducido en contra del fallo dictado en la anterior instancia, corresponde poner de resalto que en

el ámbito de los procesos donde tramitan conflictos de familia rigen principios y reglas particulares que inciden decisivamente en la consideración de la impugnación a examinar. ----------

--- Al respecto se ha dicho, con criterio que comparto, que las previsiones relativas al proceso de familia que fueran incorporadas en el derecho fondal no se tratan de simples normas adjetivas sino que reflejan de un modo patente la concreta incorporación de garantías constitucionales -como lo son el acceso irrestricto a la jurisdicción y a una tutela judicial efectiva- reglamentando más bien lo que ha sido dado en llamar el derecho procesal constitucional (Conf.: Rossi, Julia, en “El proceso de familia y sus principio”, en Krasnow, Adriana (dir.), “Tratado de Derecho de Familia”, Ed. La Ley, año 2015, T. I, págs.. 278/279; id., Rosales Cuello, Ramiro y Marino, Tomás, “Regulación legal de la tutela judicial efectiva y el debido proceso. ¿Es posible esa regulación dentro del Código Civil?”, L.L. 2014-E-880; ídem, Kemelmajer de Carlucci, Aída y Molina de Juan, Mariel, “Los principios generales del proceso de familia en el Código Civil y Comercial”, en Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal Culzoni, “Procesos de Familia”, T. 2015–2, págs. 35 y sgtes.; ibídem, Cecchini, Francisco C., “Principios procesales en el Proceso de Familia”, en Peyrano, Jorge (dir.), “Principios procesales”, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2011, T. II, pág. 379 y s.s.). ----------

-- Y en aras de desarrollar tales garantías se precisaron, como pautas unificadoras y/o de criterios uniformes a contemplar para los procedimientos aplicables a la atención judicial de la problemática familiar, principios diferenciales para resguardar una garantía mínima de tutela procesal diferenciada que satisfaga las especiales características del conflicto familiar. ----------

--- En relación a estas especiales características a las que refiero siempre lo he pensado de este modo pero, más que por la coincidencia de tal pensamiento por la precisión con la que lo expresa, transcribiré lo dicho por el maestro Roberto Berizonce, quien enseña que *“Los conflictos familiares, por la singularidad y complejidad de las causas que los desencadenan, tanto como por las pasiones y enconos que casi siempre desatan entre sus protagonistas, encierran situaciones y entuertos humanos, antes que jurídicos. Tienen toda la dimensión y presentan la riqueza de matices de lo humano. Las soluciones escapan casi siempre a lo estrictamente jurídico, al menos a lo que se entiende por “soluciones jurídicas” tradicionales”* (Ver: autor cit., en “Derecho Procesal Civil actual”, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 544). ---------- En punto a ello, no debe perderse de vista la condición instrumental del derecho procesal, condición que lo matiza, lo tiñe necesariamente con las particularidades y especificidades que las relaciones jurídicas contienen y a cuya realización sirve. Es que los instrumentos, las herramientas, han de adecuarse al fin para el que fueron diseñados o para el cual sirven, pero sin perder en tal instrumentalidad la sustancia que ha de contener el proceso, que no es más –ni menos- que la adecuada armonía de su dinámico desarrollo con los

mandatos constitucionales referidos a su configuración en concreto. Entre ellos adquieren especial relevancia en la especie los contemplados en los incisos “b” y “c” de los arts. 706, 709 y 710 del Código Civil y Comercial de la Nación a los que, corresponde advertirlo desde ahora también, responden adecuada y armónicamente las normas preexistentes al Código de fondo hoy vigente y que regulan el proceso de familia en la provincia del Chubut (Conf.: arts. 98, 105, 107, incisos “c” y “d”, 130, 131 y concordantes de la Ley XIII Nº 21). ---------- --- Lo señalado justifica que este tribunal de alzada, al expedirse en relación al recurso bajo análisis, lo pueda hacer considerando y haciendo mérito de los elementos de juicio con los que no contaba la Sra. Juez a quo a tiempo de decidir. Es decir, desde esta óptica, se quiere significar que es perfectamente factible que más que el producto de la revisión de la decisión impugnada se emita en esta alzada propiamente un nuevo juicio a partir de tales elementos de apreciación incorporados en la segunda instancia. Ello importa una clara flexibilización del principio procesal de congruencia en la instancia impugnativa que encuentra sustento en el marco de la previsión normativa contenida en los arts. 274 y 280 del C.P.C.C., bajo el patrocinio de valores a tutelar que son de un carácter prevalente como, por caso, el interés superior del menor sobre quien reposa la responsabilidad parental del progenitor demandado y que se pretende que se la prive en autos (conf: art. 706, inc. “c” del C.C. y C. de la Nación).---------- Asimismo, preciso que la indicada “flexibilización” del principio de congruencia en el tratamiento y resolución del recurso de apelación en esta segunda instancia no importa prescindir del concreto pedimento formulado por la parte actora -tanto al demandar como al fundar su impugnación al fallo del anterior grado-, sino que significa admitir que se incorporen nuevos elementos de juicio a ponderar en la alzada a los fines de adoptar la decisión que mejor contemple aquella solución que resulte, a su criterio, la más beneficiosa para el núcleo familiar -sin desmedro del interés superior del menor- y para a la par se preserve del modo más satisfactorio que fuera posible, el denominado orden público familiar. Ello así, no se altera el contenido sustancial que delimita el “*thema decidendum*”, resguardando la congruencia entre lo pedido y lo decidido aunque con nuevos elementos de juicio que se incorporan en una especie de indivisibilidad de la instancia a los fines de propiciar la mejor resolución del conflicto familiar planteado (Conf.: arts. 34, inc. 4º; 165, inc. 6º; 166; 274 y 280 del C.P.C.C.)(Ver: De Los Santos, Mabel Alicia, en “La flexibilización de la congruencia” L.L., Supl. Esp., “Cuestiones Procesales Modernas”, octubre de 2005, Cita Online: AR/DOC/2800/2005).---------- Ya lo decía el recordado maestro de procesalistas Augusto Mario Morello, quien precisó lo siguiente: *“El proceso, como la vida, es fluyente se va haciendo y realizando en el tiempo y circunstancias diversas, sucesivas. El Derecho aplicado (aun en la oportunidad última con auxilio del iuria curia novit) se diferencia del que se actuó en la anterior. La libre determinación de la norma se corresponde con los “acontecimientos” sucedidos los que*

tienen la fuerza de suscitar efectos jurídicos diferentes. Prescindir de los fundamentos que enuncia el actor está dentro de la esfera del iuria curia novit, lo que los jueces no deben hacer porque ello quebranta el principio de congruencia, es incorporar temas no introducidos por las parte en el pleito" (Conf.: autor citado, en "Desinterpretación del principio de congruencia", L.L. 2004-E, 957). ---------- Todo lo expuesto es dicho para explicar el porqué, a pesar de encontrarse el fallo de primera instancia correctamente fundado por la Sra. Juez que lo emitiera –con los elementos de juicio con los que contaba para ello en oportunidad de expedirse-; y que, a pesar de la escasa fundamentación técnica del escrito con el cual se intenta sostener el recurso de apelación deducido en su contra, finalmente la parte actora impugnante obtendrá buen éxito en su pretensión impugnativa dirigida a que se lo revoque.---------- Con lo expresado hasta ahora, vengo a adelantar mi opinión en cuanto compartiré con el Dr. Vergara, magistrado que me precede en la votación, su propuesta de resolución. Ello así, en tanto propicia que se revoque *"in totum"* la sentencia apelada y que se prive de la responsabilidad parental respecto del menor A. S. K. a su progenitor, Sr. G. A. S.. ---------- --- Para arribar a tal postura no solo que pongo en la palestra que con ello se considera lo dicho por el propio A. ante este tribunal al realizarse la audiencia respectiva (Conf.: art. 130 de la Ley III Nº 21 y acta obrante a fs. 195 –reservada en caja de seguridad de este tribunal que tengo a la vista-), sino que, además, se tiene en cuenta su opinión respecto al objeto pretendido, en tanto que ella resulta extremadamente relevante para decidir respecto a un tópico que particularmente le interesa cual es, el relativo al contenido y extensión del vínculo jurídico que lo unirá -en adelante- con su progenitor en tanto involucra la pretensión de que se prive a su padre de la responsabilidad parental (Conf.: arts. 25; 26; 639, inc. "c"; 706, inc. "c"; 707 del C.C. y C., todos en concordancia con los arts. 3º y 24º de la ley 26.061 y arts. 3º, 5º y 12º de la Convención del los Derechos del Niño). ----------

--- Y a tal efecto pondero que A. cuenta con la edad y madurez suficiente para comprender todas las implicancias de los dichos que vertiera personalmente ante este tribunal en la audiencia referida (acto en el cual –estimo- se resguardaron razonablemente las condiciones enunciadas en los ptos. 52, 53 y 78 de la Cien Reglas de Brasilia relativas a la información sobre la naturaleza y fin del acto en el que participaría y sobre las circunstancia de modo, tiempo y condiciones del lugar para la concreción del derecho del menor a ser oído)(Conf.: Observación nº 12 del Comité sobre los Derechos del Niño, considerando 25º)(Ver: Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El Derecho Constitucional del menor a ser oído", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 7, "Derecho privado en la reforma constitucional", Ed. Rubinzal Culzoni, año 1994, págs.. 157 y sgtes.; id., Gil Dominguez, Andrés, Famá, María Victoria y

Herrera, Marisa, en “Derecho Constitucional de Familia”, Ed. Ediar, año 2006, T. I, págs. 569/590, punto 5; ídem, Grossman, Cecilia, en A.o J. Bueres (dir) “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias” Ed. Hammurabi, 1ª ed., año 2016, T. 2, págs. 674, & 4 y s.s.). ----------

--- En dicho acto considero que el menor A. pudo explayarse libre y conscientemente en relación al vínculo habido con su padre y, sobre todo, en relación al que quiere mantener con su progenitor en el futuro. Además, en tal dirección, puede ser verificado y corroborado con los informes que se aportaron a instancias de este tribunal luego de la referida audiencia, cuáles pueden ser las razones –probables- que dan sustento y/o explicación a la opinión expresada de tal manera ante la presencia de todos los integrantes de este tribunal, y que involucra directamente el vinculo emocional que lo une con su padre. Esto es, induzco de todo lo expuesto y razonado por el menor al que he escuchado personalmente en la referida audiencia, que A. resulta competente para expresar su opinión respecto al objeto de estos actuados. Y para ello debo poner de resalto que también me valgo del informe producido por la Lic. A. A., profesional que se encuentra a cargo del tratamiento psicológico de A. el que, al momento del informe ya llevaba en su desarrollo un lapso de un año y medio de extensión según lo indicara la referida profesional (Ver: informe obrante a fs. 203 y vta.). --- Ahora bien, no dejo de reparar y apuntar que como correctamente lo señalara la Sra. Juez a quo, la privación de la responsabilidad parental a la que se aspira en este proceso resulta, más que una sanción, una protección especial para el hijo respecto de aquél progenitor que incurre en conductas que encuadren en algunos de los supuestos contemplados en el Código de fondo, en tanto que de ellas se infiera la inconveniencia de mantener la responsabilidad parental en cabeza del progenitor demandado y para propiciar con su privación un adecuado desarrollo de su hijo (Conf.: Art. 700 del C.C. y C. de la Nación). ----------

-- Se ha razonado en tal sentido que la titularidad y ejercicio de la patria potestad (hoy responsabilidad parental) constituye una función destinada a la formación integral del hijo, razón por la cual este desempeño implica un deber de los padres y un correlativo derecho de los niños. El padre que no pasa alimentos, indudablemente, incumple una responsabilidad importante que gravita en el desarrollo y educación del hijo, pero a más del deber de manutención puede dar afecto, apoyo y realizar tareas formativas y de orientación que el Estado no puede alterar ni revocar si ello no perjudica al hijo, a menos que circunstancias graves desaconsejen el trato paterno-filial. Si el progenitor no puede abdicar ni renunciar a esta función que es de orden público, tampoco puede el Estado despojar al padre de la misma cuando tal decisión lejos de resguardar y beneficiar al niño, crea condiciones desfavorables para su desarrollo el que requiere, en la medida de lo posible, de las figuras materna y paterna. Si se juzgara que la privación de la responsabilidad parental es una sanción por la cual el padre pierde los derechos debido

a su inconducta y no una medida destinada a la protección del hijo, al mismo tiempo que se pena al padre se estaría castigando al niño o adolescente que se ve privado del trato paterno-filial (Conf.: Grossman, Cecilia “La privación de la patria potestad y el interés superior del niño” en comentario al fallo de la CNCiv., sala F, del 13/9/2004, en la L.L. 2004-F, 972). ----------

--- En tal marco hermenéutico, pues, cabe indicar que en el caso se adujeron circunstancias que básicamente propugnan la concurrencia de dos de las causales que habilitan la privación de la responsabilidad parental que se pretende en autos, y éstas son las contempladas por el art. 700 en sus incisos b) y c) del Código Civil y Comercial. Ello se extrae del relato de los hechos desarrollados en el escrito de demanda (Ver: fs. 43/45). ----------

--- El inciso b) del artículo citado contempla el abandono el que consiste en la abdicación total, injustificada y voluntaria de los deberes derivados de la responsabilidad parental. ----------

--- Cabe rememorar que en la anterior redacción del dispositivo legal relativo al tópico (Art. 307, inc. 2º del Cód. Civil) dio lugar a la confrontación de dos criterios interpretativos diversos acerca de cuándo podía ser considerado que el actuar del progenitor que importara incurrir en posible abandono comportaba un verdadero estado de desamparo de su hijo. Una concepción objetiva sostuvo que el abandono supone la concurrencia de un desamparo verdadero, siendo menester que el hijo padezca física o moralmente como consecuencia de la conducta del progenitor. En ese orden de ideas, no existía abandono cuando la tenencia del hijo era confiada al otro padre o a un tercero y éste lo cuidaba eficientemente y velaba por su salud o bienestar. Contrariamente a ese enfoque denominado “objetivo” se alzaba una perspectiva contraria o “subjetiva”, la que atendía exclusivamente a la actitud del abandonante, con prescindencia de que el menor se encontrare bajo el cuidado de otra persona (Ver: Fleitas Ortiz de Rozas, Abel en “Abandono. Ley 13.944 y pérdida de la patria potestad”, en L.L. 140-398/407; id., CNCiv., Sala A, 30/6/11, en Actualidad Jurídica Familia y Niñez, año VI, vol. 89, septiembre de 2011, pág. 9520 y sgtes.).---------- Del texto de la norma contenida en el hoy vigente art. 700 inc. b) del C.C. y C, resulta evidente que el legislador se inclinó explícitamente por el denominado criterio “subjetivo” desde que ahora expresamente se contempla que el abandono, en la significación dada precedentemente, ocurre *“…aún cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero;”* (Sic). ----------

-- Esta mención debe entenderse en el sentido de que un progenitor que abandona al hijo no se eximirá de responsabilidad si el otro progenitor cumple adecuadamente sus funciones de progenitor o ha quedado bajo el cuidado de terceras personas. ----------

-- Por otro lado, para determinar si ocurrió un abandono hay que indagar cuáles son los actos u omisiones en todos sus contornos a fin de poder determinar si la conducta

asumida por el progenitor denunciado se trata de una abdicación manifiesta, absoluta, prolongada e injustificada de los deberes propios de la responsabilidad parental que redunde en perjuicio de la persona de su hijo. Y tal perjuicio puede resultar no solo cuando se encuentra materialmente en peligro sino también cuando su personalidad está siendo o ha sido objeto de actos que la perturban o desvían (Conf.: Méndez Costa, María Josefa –D´Antonio, Daniel H. – Ferrer, Francisco, en “Derecho de familia” Ed. Rubinzal Culzoni, año 2008, T. IV, pág. 208; id., C. Familia Mendoza, 3/6/2014, L.L. Gran Cuyo, 2014-1024, con nota de Berti García, María Milagros “Una sentencia ejemplar acerca del correcto ejercicio de la responsabilidad parental”, en L.L. Gran Cuyo, 2014-1029). ----------

-- Es decir que, –lo repito- corresponde entender que el “abandono” invocado como supuesto que habilita a la privación de la responsabilidad parental pretendida, es aquel modo de actuar comprensivo de varias situaciones de desprotección en todos sus posibles contornos, pudiendo decirse que lo define acabadamente el desamparo del niño, el cual se genera tanto cuando se encuentra materialmente en peligro como cuando su personalidad está siendo o ha sido objeto de actos u omisiones que la perturban o desvían. ----------

--- Es en este marco hermenéutico expuesto en términos genéricos en el que se deberán insertar los hechos acreditados en este puntual y concreto proceso. Se ha dicho en demanda que el Sr. S. se ausento de la zona en el mes de febrero del año 2011 renunciando a su trabajo y dejando de cumplir con su aporte alimentario – incluida la cobertura de salud- y, desde esa fecha, desentendiéndose de la vida de su hijo A.. ----------

Hago notar que la interposición del escrito inicial data del 09 de septiembre de 2013, es decir ya había transcurrido un lapso de dos años y medio aproximadamente desde que se manifiesta en la demanda no saber más sobre la persona y el paradero del progenitor aquí demandado. Ello motivó que previo cumplimiento de varias diligencias en vías de conocer su actual domicilio a los efectos de dirigir la notificación y el traslado respectivo de la demanda sin obtener un buen éxito, que previa solicitud de la parte actora se ordenara la publicación de edictos en los términos dispuestos por los arts. 147 y 346 del Código del rito (ver: fs. 51 a 79 y 81). ---------- Ante la falta de comparecencia del Sr G. A. S. a estar a derecho en el presente proceso, se hizo efectivo el apercibimiento formulado y publicado, dándose la correspondiente intervención a la Defensoría Pública Civil (fs. 90). ---------- A fs. 100 y vta., se presenta la Defensora Pública Sra. A. B., quien expresó que no se agotaron todas las diligencias tendientes a localizar al demandado, acompañando para ello constancias emitidas por el ANSES de las que surgiría que el mencionado se domicilia y trabaja en la localidad de Deán Funes, provincia de Córdoba, indicando inclusive que habría formado un nuevo grupo familiar con la Sra. M. O.. Ello motivó que se ordenara nuevamente el traslado de

la demanda a fs. 103, cuya diligencia de notificación fuera cumplida siendo recibida la cédula ley 22.172 por quien se identificara como B. O., según constancia que luce agregada a fs. 104 y vta. Así, nuevamente, previa solicitud en tal sentido y ante la incomparecencia a estar a derecho al proceso, a fs. 106 se lo declara rebelde, de lo cual se lo vuelve a notificar (Ver: cédula diligenciada obrante a fs. 107 y vta.). ---------- A partir de allí, el progenitor demandado mantuvo su contumacia durante todo el trámite del proceso, tanto en primera instancia como también durante el trámite seguido en esta alzada no concurriendo ni a la audiencia fijada en los términos y fines previstos por el art. 130 de la Ley III Nº 21, ni tampoco asistió a la citación realizada por el ETI para evacuar el informe que se le requiriera a instancia de la solicitud que en tal sentido realizara la Asesora de Menores (Ver: fs. 209 vta. y 228 vta.). ---------- Desde otra perspectiva, durante el trámite de este proceso se aportaron diversos informes, entre el que destaco el producido por el Centro de Servicios Alternativos y Complementarios Nº 561 (obrante a fs. 132/135), del cual puede encontrarse coincidencias temporales entre los hechos relatados en demanda con las dificultades pedagógicas que tuviera A. las que motivaron que tuviera que recibir apoyo individualizado en dicho centro. Nótese, por caso, que se indicó que el “desfasaje producido en sus aprendizajes” datan del ciclo lectivo del año 2011, lo cual motivo que se tuviera que afrontar con una adecuación curricular individual para apoyarlo, produciéndose desde allí un constante mejoramiento del menor al punto que se informa que ya en el ciclo lectivo del año 2015 logró autonomía para realizar las actividades a la par de sus compañeros. Cabe apuntar entre otros datos que se aportan en el citado informe, que al desarrollar el aspecto socio afectivo se manifestó que los docentes no conocen ni tienen datos del Sr. S.. ---------- Por otro lado, el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la provincia del Chubut informó que A. S. K. se encuentra incorporado al sistema de SEROS Vital desde el 17/02/2009 como afiliado indirecto obligatorio a cargo de su madre Sra.
E. K. (Ver: fs. 140/143). ---------- Sin embargo, es de advertir paralelamente que según lo informado por la obra social OSECAC el menor fue dado de baja de su cobertura de salud que gozaba por la relación laboral en la actividad en el ámbito del comercio de su padre recién el
17/12/2013 (Ver: fs. 152/153). ---------- Se cuenta asimismo, con el informe del ETI de fecha 03/08/2015, en el que se indica la presencia de una familia monoparental constituida con un solo miembro de la pareja progenitora y con una falta prolongada de contacto afectivo de parte del padre. Esto se encuentra corroborado con los testimonios prestados por los Sres. E. A. F. y D. S. L. V.. Particularmente resalto los dichos de éste último quien además de manifestar que conocía al grupo familiar conformado por la actora junto con su madre y su hijo menor desde 21 años, siendo además vecino y manteniendo trato frecuente con ellos por cuanto

indicó que las ayudaba con tareas de mantenimiento de su vivienda. Ambos testigos manifestaron conocer al Sr. S. pero que lo vieron en muy pocas ocasiones y que éste no prestaba ninguna ayuda alimentaria ni apoyo alguno a la Sra. K. para el cuidado personal del hijo en común A. S. K. (Conf.: arts. 390, 460 del C.P.C.C., de aplicación al caso por vía de lo previsto en los arts. 98 y 202 de la Ley III Nº 21). ---------- Respecto a este último punto, destaco lo informado por el ETI en cuanto refiere a que el progenitor aquí demandado se habría ausentado de la zona en el año 2010 y que desde esa fecha tuvo una actitud de desentendimiento respecto de su hijo, habiéndose intentado comunicar solo en dos oportunidades sin haberlo concretado (Ver: fs. 154/155). ---------- --- De manera alguna soslayo que en el informe aludido se indicó textualmente lo siguiente: *"…La actual demanda judicial presenta como una demanda de la madre para "borrar la figura paterna" no permitiendo en el futuro alguna posible vinculación paterno filial. De hecho A. no presenta ninguna motiva al respecto."* (Sic)(Ver: apreciación profesional obrante a fs. 155). Empero cabe observar al respecto que, allende de la indicada intencionalidad de la madre del menor, lo dicho por A. y que fuera escuchado personalmente por todos los integrantes de este cuerpo en la audiencia realizada en esta sede desacreditan tal apreciación profesional, al menos en lo que realmente interesa para la elucidación del presente recurso, en cuanto se asevera que el menor -cuyo interés resulta prevalente resguardar- no presenta ninguna motivación al respecto. Corrobora tal impresión lo informado por la Licenciada A. (fs. 203 y vta.). - --- En esta misma dirección estimo relevante, por su sentido concordante con la apreciación que se viene realizando, lo que fue informado por el ETI en el trámite seguido por ante la alzada. Lo pondero de tal modo no solo por cuanto ratifica la relación o vinculo paterno filial traumático vivenciado por A. respecto de su progenitor, como también que concurre un discurso materno que lejos de ayudarlo a superar tal percepción la refuerza y estimula. Y sobre todo, destaco la importancia del informe que se viene valorando por la acertada puntualización de que la ausencia del Sr. S. a prestarse a la intervención y diagnóstico de dicho cuerpo auxiliar interdisciplinario, en cuanto puso de resalto que tal actitud contumaz *"…permite inferir el desinterés del mismo en relación a las presentaciones de la Sra. K.."* (Sic) (fs. 227/228 y vta.). --------- Todo el desarrollo conceptual, valorativo y de reseña de lo ocurrido durante el trámite del presente proceso que se viene realizando, el que presenta una visión si se quiere circular, pone en el tapete que la ausencia, con absoluta falta de comunicación -de ningún tipo- con A., compatibilizada con la nula aportación alimentaria ni intervención en el cuidado de la dirección y estado de su desarrollo personal, manifiesta un completo desinterés, desatención y menosprecio del Sr. S. en relación al pasado, presente y futuro de la vida de su hijo. Lo dicho, se ve acompasado con la actitud adoptada por el progenitor demandado mostrando absoluto desinterés en relación a la suerte de este proceso, toda vez que no solo se colocó en

estado de rebeldía, sino que mantuvo su contumacia durante todo el trámite procesal posterior, no prestándose a intervenir en ninguna audiencia para la cual fuera citado, ni a concurrir a las diversas intervenciones del cuerpo interdisciplinario ETI para las que fuera citado. Ello aporta un elemento de convicción más que corresponde ponderar en la especie (Conf.: art. 165, inc. 5º, apartado 2º del C.P.C.C., de aplicación al caso por vía de los arts. 98 y 202 de la ley III
Nº 21). ----------
-- Se ha dicho respecto a la naturaleza de la valoración de la conducta procesal de las partes, con criterio que "prima facie" comparto, que ésta *"…no es más que un modo de confirmar la existencia de hechos afirmados por las partes. A todas luces el comportamiento de los litigantes no viene a confirmar tal o cual hecho. Su relevancia para la suerte del pleito es otra: ejerce influencia sobre el ánimo del juzgador, contribuyendo a formar su convicción. Se trata, entonces, de una fuente de convicción. Nada más ni nada menos"*. Esto último, parece indudable por cuanto sea que a ley permita o prohíba al juez a tomar en cuenta, en el momento de sentenciar, la conducta asumida por las partes en el proceso parece indisputable que lo influirá en su percepción de los hechos que interesan al proceso. En tal sentido lo expresaba Carlo Furno, cuando indicó: *"Me gustaría saber por qué medios podría un juez sustraerse a la influencia de dicha conducta cuando ejercita sus poderes discrecionales; podrá no advertir tal influjo, pero lo sufrirá tan inconscientemente como fatalmente"* (Conf.: aut. cit., en "Teoría de la prueba legal", trad. Por Sergio González Collado, Revista de Derecho Privado, Madrid, año 1954, pág. 76).---------- Aunque, luego, precisándose un poco más esta opinión se expresó afinando la idea, que la norma del art. 165, inc. 5º del C.P.C.C., dado el contexto en el que se encuentra inserta, pareciera que el legislador *"…hubiera entendido que corresponde asignarle un valor indiciario o presuncional a la conducta de las partes en juicio",* lo cual da a entender que *"…la conducta desarrollada por las partes durante la tramitación de un proceso puede servir de elemento de convicción, más precisamente, de sustento para la configuración de una prueba indiciaria o presuncional."* (Ver: Peyrano, Jorge, en "Valor probatorio de la conducta procesal de las partes" en "Cuestiones de Derecho Procesal", Ed. La Ley, año 1980, pág. 87; mismo autor, en "Límites de la doctrina del valor probatorio de la conducta procesal de las partes", en "Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales", Ed. Juris, año 2002, pág. 522; id., Arazi, Roland, en "Derecho Procesal Civil y Comercial", Ed. Rubinzal Culzoni, año 1999, T. I, pág. 359, & 196; ver las distintas posturas respecto al tópico en "Peyrano, Jorge W. (dir), Acosta, Daniel Fernando (coord.), "Valoración Judicial de la Conducta Procesal", Ed. Rubinzal
Culzoni, año 2005, obra colectiva producida por el Ateneo de Estudios del Proceso
Civil). ----------

--- Y esta conducta contumaz asumida por el Sr. S. en este proceso importa, a mi ver, una nueva versión del abandono que se le imputa en demanda respecto a sus deberes-derechos que emanan de la responsabilidad parental. Ello así, incluso, en los términos contemplados por el Art. 700, inc. b) del Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto que describe una nueva modalidad o perfil de su desinterés respecto al vínculo paterno filial que lo une con su hijo A., lo cual da pábulo a que se lo prive de la responsabilidad parental tal como es pretendido en la demanda. ---------- En síntesis, de todo lo dicho concluyo que corresponde admitir el recurso de apelación planteado por la Sra. E. K.; y, en consecuencia, propicio revocar “in totum” la sentencia apelada para hacer lugar a la demanda planteada declarando la privación de la responsabilidad parental del Sr. G. A. S. respecto de su hijo menor A. S. K., por la causal de abandono prevista por el art. 700, inc.

b) del Código Civil y Comercial de la Nación. Ello, con costas de ambas instancia a cargo del demandado que resulta finalmente vencido en ellas (Conf.: art. 69 del C.P.C.C., de aplicación por vía de los arts. 98 y 202 de la Ley III Nº 21).---------- --- Ante este nuevo resultado se impone adecuar la regulación de honorarios de la Dra. E. G., letrada patrocinante de la parte actora, por sus tareas cumplidas en primera instancia, las que apreciadas por su extensión, calidad y eficacia, estimo que corresponde fijarlas en la suma equivalente a veinte (20) Jus, con más el I.V.A. correspondiente (Conf.: arts. 5, 7, 29 y 46 de la Ley XIII Nº 4; y, leyes 23.349 y 23.871). --- Asimismo, por idénticas pautas apreciativas, las tareas de segunda instancias de la Dra. E. G., corresponde que sean fijadas en la suma equivalente a ocho (8)

Jus, con más el I.V.A. pertinente (Conf.: arts. 5 y 13 de la citada Ley XIII Nº 4; y, leyes 23.349 y 23.871). ----------

---- Termino mi intervención pronunciándome en la presente cuestión por la NEGATIVA.

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

------ Visto el acuerdo antes alcanzado al votar la primera cuestión, corresponde: a) revocar íntegramente la sentencia venida en apelación para hacer lugar a la demanda promovida por E. K. contra G. A. S., privando a éste último progenitor de su responsabilidad parental respecto de su hijo A. S. K. por encuadrar su conducta en la causal prevista por el inciso b) del art. 700 del C.C. y C.; b) imponer las costas de ambas instancias al demandado vencido; c) regular los honorarios de la Dra. E. R. G., por las tareas profesionales cumplidas en primera y segunda instancia, en las sumas porcentuales equivalentes a veinte (20) Jus y ocho (8) Jus, respectivamente; y d) declarar que los honorarios regulados precedentemente deberán ser incrementados con el I.V.A. que pudiera corresponder. ---

--- Así lo voto. ----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

---- --- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Vergara,

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO

por resultar el mismo fiel reflejo del acuerdo antes logrado.----------
---

--- ASI 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 y encontrarse en uso de licencia el Dr. Aldo Luis De Cunto (art. 7 y 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 de la Ciudad de Trelew, RESUELVE: ----------

---------- a) REVOCAR íntegramente la sentencia venida en apelación para hacer lugar a la demanda promovida por E. K. contra G. A. S., privando a éste último progenitor de su responsabilidad parental respecto de su hijo A. S.

K. por encuadrar su conducta en la causal prevista por el inciso b) del art. 700 del C.C. y C. ----------

--- b) IMPONER las costas de ambas instancias al demandado vencido. ----------

--- c) REGULAR los honorarios de la Dra. E. R. G., por las tareas profesionales cumplidas en primera y segunda instancia, en las sumas porcentuales equivalentes a veinte (20) Jus y ocho (8) Jus, respectivamente. ----------

--- d) DECLARAR que los honorarios regulados precedentemente deberán ser incrementados con el I.V.A. que pudiera corresponder. ----------

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

SERGIO RUBEN LUCERO
JUEZ DE CÁMARA

RAUL ADRIAN VERGARA
PRESIDENTE

--- REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2017 - SDF.- Conste.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO