Comodoro Rivadavia, de septiembre de 2018.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"S., B. N. c/ MINISTERIO DE FAMILIA Y PROMOCION SOCIAL DE LA PROVINCIA DE CHUBUT y Otras s/ MANDAMIENTO DE EJECUCION" Expte N°451/2018,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia N° 2 (Expte. N° 938/2018).

I.- Llegan las presentes actuaciones a esta instancia, por haber interpuesto la accionante a fs. 19/26, recurso de apelación contra la resolución de fs. 17/18, que declara la inadmisibilidad de la acción incoada y expresa que la interesada debe efectuar las peticiones destinadas a obtener el cumplimiento de la medida por parte de las requeridas, en el proceso correspondiente.

La jueza de grado consideró que el mandamiento de ejecución, regido por las normas de la acción de amparo, no resulta aplicable a las disposiciones emanadas de órganos pertenecientes al Poder Judicial, pues ello atenta contra su función esencial que es el de dirimir las controversias que se sometan a su conocimiento. Dijo que no están previstas otras vías de impugnación al margen de las regladas, pues en cualquier supuesto en el cual se encuentren en juego derechos o garantías constitucionales, todas las sentencias o resoluciones serían pasibles de esta vía excepcional, lo que resulta contrario al espíritu del derecho de amparo.

II.- De las actuaciones obrantes en el proceso, surge que a fs. 1/8, la Sra. B. N. S., por su propio derecho, interpone mandamiento de ejecución en contra del Ministro de Familia y Promoción Social Sr. M. B., del Secretario de Desarrollo Humano y Familia de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia Sr. C. M. R. y de la Subsecretaria de Niñez, Adolescencia y Familia, Licenciada Celia G., por su calidad de funcionarios responsables en la omisión del cumplimiento de deberes

constitucionales a su cargo e incumplimiento de una orden judicial (norma individual).

Peticiona que el Servicio de Protección de Derechos designe en el plazo de 5 días, a un nuevo Equipo Interdisciplinario con profesionales pertenecientes a dicho organismo y que no hayan tenido intervención anterior con las partes del proceso principal para que trabaje con todo el grupo familiar del niño G. I. y los actuales guardadores.

Narra hechos, relata antecedentes del proceso judicial caratulado "S. B. N. en autos: "S. B. N. s/Acción Autónoma de Nulidad"
Expte. Nº 442/2017 s/ Medida Cautelar" Expte. Nº 989/2017, y expone que mediante providencia dictada el 26/10/2017 se ordenó al Servicio de Protección de Derechos, para que en el plazo de diez días designen un nuevo equipo interdisciplinario o arbitren los medios necesarios para conformar los equipos, mediante contratos o bajo la modalidad que dicho organismo estime más adecuada.

Expresa que el día 02/02/2018 se propusieron profesionales y su parte se opuso a la designación de dos integrantes, por lo que se intimó a designar nuevos en reemplazo, quedando firme y sin cuestionamiento el 11/05/2018. El 13/06/2018 y 31/07/2018 se ordenó al Servicio de Protección a dar cumplimiento a lo ordenado y el 03/08/2018 se lo intimó bajo apercibimiento de disponer las medidas necesarias para su efectivización.

Expuso que a la fecha y transcurrido más de siete meses, no se conformó el equipo de trabajo de profesionales. Dice que el SPD opera en detrimento de sus derechos y los de su hijo. Los funcionarios responsables no cumplen con el mandato legal que tienen a su cargo y la orden judicial dispuesta, por lo que

considera necesaria la acción de mandamus por los perjuicios que la omisión de los deberes legales que tienen a su cargo. Fundó en derecho, ofreció prueba y formuló reserva del Caso Federal.

III.- Contra la inadmisibilidad dispuesta por la magistrada a vs. 17/18, conforme se detallara en el punto I.- precedente, la recurrente interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la decisión impugnada.

En su memorial de fs. 19/26, luego de relatar antecedentes de la litis y de la medida cautelar que sustenta al mandamus, Expte. Nº 98/2017, que este Tribunal tiene a la vista en este acto, precisa como agravios los siguientes:

1) *Amparo versus Mandamus.* Expone que la magistrada resuelve interpretando errónea y arbitrariamente el derecho aplicable al caso, pues parte del supuesto que la naturaleza del mandamus está definida en el art. 3 de la ley V Nº 84, cuando en realidad la norma aplicable es el art. 58 de la Constitución provincial.

Dice que no pretende impugnar algunas de las resoluciones que se dictaron en la medida cautelar, como supone la *a quo*, sino que planteó una acción de garantía para hacer cumplir por parte de los funcionarios responsables del Servicio de Protección de Derechos, la falta de cumplimiento de su deber constitucional de propender a la integridad de las familias chubutenses.

Afirma que no intenta suplir una ejecución de sentencia que no existe o hacer cumplir la orden originariamente impuesta al Servicio de Protección y/o sus sucesivas intimaciones. Es una acción nueva que pretende avanzar en la responsabilidad funcional de los Sres. B., R. y G. por sus incumplimientos a sus deberes legales que se materializan en la falta de conformación del equipo, a casi un año de la manda judicial.

Expresa que se trata de una acción judicial autónoma que pretende erigirse en garantía de la realización de los derechos de G. y su madre a 11 meses de que la misma jueza le ordenara trabajar con las familias involucradas en la problemática controvertida ante su jurisdicción.

Considera que el mandamiento de ejecución no es un amparo y fue legislado para resguardar situaciones impostergables cuando el incumplimiento del deber del funcionario responsable es claro, convincente porque está sumariamente comprobado. No pretende el cumplimiento de parte del Servicio de Protección del acto judicial de mandato, sino de un nuevo mandato a los funcionarios responsables del organismo.

2) *La indefinición judicial de la "otra vía": la indefensión agraviante de la actora.* Entiende que en el caso, la vía más pronta y eficaz en contra de los funcionarios para hacer valer las garantías, traducidas en deberes y materializada en un hacho concreto (falta de conformación del equipo del SPD) es el mandamiento de ejecución.

Recuerda que la intimación al SPD, fue bajo apercibimiento de disponer las medidas necesarias para su efectivización, pero que la magistrada no individualizó cual es la vía más idónea. Concluye que pedir una multa en dinero para compulsar el cumplimiento del mandato judicial no resulta pronta ni eficaz y tampoco lo es la intervención de la justicia penal por incumplimiento de la orden judicial.

Concluye que pronta y eficaz es una orden judicial a los funcionarios por la responsabilidad propia en razón de sus funciones que le cabe en la falta de cumplimiento a sus deberes materializados en la contratación de un equipo de profesionales que trabajen con estas familias. Pronto y eficaz después de 11 meses

es un mandamiento de ejecución en contra de los funcionarios para que concreten el equipo bajo apercibimiento de multa económica en contra de sus peculios personales. Formula reserva del Caso Federal. Peticiona se revoque la decisión, declarando la admisibilidad del mandamiento de ejecución en los términos del art. 58 de la Constitución Provincial y remitiendo las actuaciones al inferior a sus efectos procesales.

IV.- Sintetizados así los antecedentes fácticos y conducentes del proceso, corresponde ingresar en el tratamiento del recurso interpuesto y analizar la procedencia o no del mandamiento de ejecución interpuesto.

El artículo 58 de nuestra Constitución Provincial, que contempla el instituto del mandamiento de ejecución, dispone: *"Cuando una norma imponga a un funcionario o autoridad pública un deber expresamente determinado, todo aquél en cuyo interés debe ejecutarse el acto o que sufra perjuicio material, moral o político, por falta del cumplimiento del deber, puede demandar ante el juez competente su ejecución inmediata y el juez, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirige al funcionario o autoridad pública un mandamiento de ejecución"*.

A su vez, el artículo 2 de la Ley V N° 84 determina que las acciones judiciales establecidas en los artículos de la Constitución Provincial individualizados en el artículo precedente (arts. 54, 57, 58, 59 y 111), proceden en los casos y con las condiciones previstas en dichas normas, de conformidad con el juicio de trámite sumarísimo que se establece en esa norma.

Se advierte que la jueza resuelve interpretando erróneamente el derecho aplicable al caso, pues en el mandamiento de ejecución no se aplica el

supuesto contemplado en el art. 3 de la ley V Nº 84, pues es distinta su regulación normativa. También la propia recurrente en su líbelo inicial (fs. 5vta. último párrafo), señaló este art. 3 como fundamento de su petición, conjuntamente con el 18, 19 y 58 de la Constitución Provincial.

La acción de amparo procede contra cualquier decisión, acto, hecho u omisión de una autoridad pública o de particulares y el mandamiento de ejecución expresamente dice que la acción se promoverá contra el funcionario o autoridad pública responsable del hecho u omisión (art. 18 y 19 Ley V Nº 84).

Si en el orden local se admitiera la legitimación pasiva de los funcionarios o autoridades públicos para los procesos de amparo quedaría vacía de sentido la distinción hecha por la ley entre el amparo y los mandamientos de ejecución y prohibición. Y esta distinción no solo surge del texto de la Ley V Nº 84 sino que está presente en las normas de la Constitución Provincial. Nótese la diferencia entre el art. 54, que regula el amparo, y los arts. 58 y 59, que establecen los mandamientos de ejecución y prohibición. Sólo estos últimos mencionan que la acción se dirige contra el funcionario o autoridad pública, no así el primero de ellos (STJ Chubut sentencia Nº 14/SRE/2012 del 20/12/2012).

Ahora bien, precisado lo anterior, señalamos en primer lugar que por aplicación de la doctrina de los actos propios, según la cual nadie se puede poner en contradicción con sus propios actos anteriores, por medio del ejercicio de una conducta incompatible con una anterior deliberada, jurídicamente relevante y

plenamente eficaz, la recurrente cometió una acción éticamente reprobada, inválida, que el orden jurídico no tolera, al demandar en primer lugar dentro del proceso cautelar un mandamiento de ejecución por incumplimiento de una orden judicial y en segundo lugar al expresar agravios decir que se trata de una acción judicial autónoma y que no intenta hacer cumplir la orden impuesta en el proceso cautelar (Salas, Trigo Represas, López Mesa: op. cit., T 4 A, ps. 665 n° 14 en comentario al art. 1198; 1998).

Ello, toda vez que peticionó a fs. 1 "(…) en relación a los autos: *"S. B. N. en autos: "S., B. N. s/ Acción Autónoma de Nulidad", Expte. N° 442/2017 s/ Medida Cautelar" Expte. N° 989/2007,* interpone mandamiento de ejecución contra los funcionarios que individualiza, como *responsables en la omisión del cumplimiento de deberes constitucionales a su cargo e incumplimiento de una orden judicial (norma individual)* (fs. 1vta.). "*(…) La conducta omisiva de los funcionarios demandados, quienes además desconocieron un mandato judicial incumpliendo varias intimaciones cursadas (…) quienes por cuestiones relativas al funcionamiento de manera arbitraria pretenden eludir el cumplimiento de una orden judicial enmarcada en normas de raigambre constitucional y fundamentales de derechos humanos (…) en caso de no realizarse todas las acciones necesarias tendientes a lograr el cumplimiento de lo ordenado judicialmente en la medida cautelar N° 989/2017 (…)* (fs. 6).

Posteriormente y al expresar agravios, dice que: "*(…) No es un medio con el cual esta parte pretendió impugnar alguna de las resoluciones que se habían dictado en la medida cautelar como supone la A Qua. (…) aquí no se impugna una resolución (o varias) judiciales se denuncian omisiones lesivas de funcionarios del PE provincial y municipales. Sino que se planteó como una acción de garantía para hacer cumplir por parte de los funcionarios responsables del Servicio de Protección de*

Derechos, la falta de cumplimiento de su deber constitucional de propender a la integridad de las familias chubutenses. (…) Es una acción nueva que pretende avanzar en la responsabilidad funcional de los Sres. B., R. y G. (…) omiten la concreción de un Equipo de Profesionales para que trabajen con la Sra. S. y su hijo G. y demás familia extensa y guardadora (fs. 22/22vta). (…) *Es una viá nueva, diferente, en la cual como prueba se acredita (mas que sumariamente) el incumplimiento de los funcionarios con la medida cautelar tramitada durante casi un año sin lograr efectivizar los derechos de la actora y su hijo (…)* (fs. 23/23vta.)".

Delimitado así el ámbito de conocimiento de este Tribunal, destacamos que los elementos caracterizantes del mandamiento de ejecución son: a) petición claramente determinada por parte de una persona en cuyo interés debe ejecutarse el acto, b) norma que imponga un deber individualizado particularmente, c) incumplimiento de este deber por parte del funcionario o autoridad obligada (G. L., R. T.: "Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut, p. 223 y ss, Esquel 2002).

Nuestro "mandamus" es un modo de confronte con la administración y, por ende, escapa a otras conductas estatales (o gubernativas, si cabe) de distinta esencia: los ámbitos propios del ejercicio del poder político que, si bien no son ajenos al posible conocimiento de la jurisdicción, lo exorbitan (del voto del Dr. Pfleger en sentencia N° 002/SRE/2015 del 29/06/2015 STJ).

Es claro y concluyente que el mandamiento de ejecución no procede para hacer cumplir decisiones judiciales, sino que se refiere únicamente a normas o actos administrativos.

Y así también ha sido decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en voto de los Dres. Petracchi y Zaffaroni, cuando expresaron: "(…) Que el precepto transcripto instituye una garantía en favor de

los individuos, como un medio de protección de sus derechos frente a la inacción de un funcionario o ente público administrativo ante un deber específico concreto; y no como un remedio para que uno de los poderes del Estado provincial (en la especie, representado por el fiscal de Estado) haga efectivos sus propios actos o, menos aún, obtenga la revocación de una decisión judicial adoptada por un magistrado en el ámbito de su respectiva competencia (…)" (CSJN "Recurso de Hecho Provincia de Rio Negro s/ mandamus", 17/10/2007).

Por último y aún cuando la recurrente exprese –contradictoriamente- que la presente acción es autónoma de la medida cautelar y que con la misma pretende hacer cumplir a los funcionarios su deber de propender a la integridad de las familias chubutenses; lo cierto es que la orden que impone la obligación de conformar un nuevo equipo interdisciplinario encuentra su causa en una decisión de la magistrada de la instancia precedente y no en una disposición constitucional, legal o administrativa expresa. Por lo cual, el cumplimiento forzado debe realizarse de conformidad con las normas del ordenamiento procesal.

Por los fundamentos expuestos, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 19/26 y confirmar la decisión de fs. 17/18.

V.- Costas de la Alzada a la recurrente vencida (art. 69 del C.Pr.). Los honorarios profesionales se fijarán teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, el mérito de la labor desarrollada, éxito obtenido y situación económica de las partes arts. 5, 6, 13, 46 de la Ley XIII N° 4 modif. N° 15).

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

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 19/26 por la Sra. B. N. S. y confirmar la resolución de fs. 17/18.

2) Imponer las costas de esta instancia a la apelante vencida conforme considerando respectivo. Regular los honorarios profesionales de la Dra. M. A. C., Defensora Pública y del Dr. D. C. D. A., Abogado Adjunto, conjuntamente en el veinticinco por ciento de los que les correspondan por su actuación en la instancia de grado.

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara por encontrarse inhibida de actuar la Sra. Jueza de Cámara Dra. M. Fernanda Zanatta y existir concordancia en la solución del caso (Ley V Nº 17 Digesto Jurídico Chubut).

RICARDO RUBéN ENRIQUE HAYES **GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO**
Juez de Cámara **Presidenta**

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2018
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS

MARIA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara