En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara M. Inés de Villafañe y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Julián E. JALIL y Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"D., D. Y. C/ D.; R. A. S/ Cuidado pers. de hijo**" (Expte. N°46 Año 2019), venidos del Juzgado de familia N° 1 (Expte. N°1083/16), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Corresponde tratar y resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs.1013.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes

El Juzgado de Familia N° 1 de esta ciudad dictó sentencia a fs. 843/848, la cual fue oportunamente recurrida por la parte actora a fs. 849, siéndole concedido el recurso a fs. 850. Expresó agravios la recurrente a fs. 855/858 vta., sin que los mismos hayan merecido respuesta por parte de la contraria. A fs. 958/963 obra el dictamen que le fuera requerido por esta Cámara a la Asesoría de Familia.

A fs. 1010 la mencionada Asesoría acompañó copia de actuaciones cumplidas en la instancia originaria y de la que surge que todos los niños involucrados en este proceso se encuentran albergados en el minihogar. Asimismo, hizo saber que el Sr. R. D. hace meses que no se encuentra en la ciudad, ignorándose su actual paradero. En cuanto a los niños (hijos de las partes), dictaminó no consideraba necesario realizar una nueva

convocatoria a los mismos para que se presenten por ante esta Alzada previo al dictado de la sentencia, dando las razones de ello y ratificando la presentación que realizara a fs. 958/963.

2 – <u>La sentencia</u>

La sentencia de primera instancia otorgó el cuidado unipersonal de D. L. A. D., L. G. P. D., A. V. Y. D. y C. M. K. D. a su progenitor R. A. D.; dispuso hacer saber lo resuelto al Servicio de Protección de Derechos del Niño y Adolescente a fin que en el marco de las funciones que le son propias continúe con el seguimiento de la situación de los niños, así como con el acompañamiento y orientación a sus padres y, de considerar necesario adoptar alguna medida con respecto a los referidos niños, se lo haga saber al Tribunal o a la Asesoría de Familia; impuso las costas a la parte actora y reguló los honorarios de los letrados intervinientes.

Respecto de la prueba producida en autos, advirtió la a quo que se dan los presupuestos para otorgar el cuidado unipersonal de los niños al Sr. R. D.. Destacó que al momento del dictado de la sentencia los cuatro niños viven con su padre y la pareja de éste, con un estricto seguimiento del Servicio de Protección de Derechos y que la Asesoría de Familia en su dictamen opinó que es el Sr. R. D. y su grupo familiar quienes brindan mayor contención y protección a los niños, por lo que corresponde poner a su cargo el cuidado unipersonal de los mismos respetando una adecuada modalidad de comunicación con la progenitora.

Por último, ha dicho la sentencia que los antecedentes de autos dan cuenta que la progenitora, lejos de preservar a sus hijos, los ha colocado en situaciones de vulnerabilidad, sin evidenciar la capacidad o aptitudes necesarias para garantizarle a los niños el cuidado debido y no mostrando la aptitud para desarrollar el cuidado de los niños en forma compartida con el progenitor.

3 – Agravios de la parte actora

Se agravia la parte actora de la decisión dictada en la primera instancia.

Realiza un resumen de su historia de vida personal junto al demandado y los distintos acontecimientos vividos junto a él, como así también el rechazo familiar por no adecuarse ella a las pautas de vida que rigen en una familia gitana.

Sostiene que el régimen del cuidado de los niños tendría que ser compartido y no único a favor del padre e insiste en que este sistema la alejará más todavía de sus hijos y hará que el padre ejerza influencia sobre ellos para provocar que la rechacen. Invoca en su favor las normas de derechos humanos, la Convención de los Derechos del Niño, la Ley 26.061 y cita jurisprudencia.

Por último, alega hechos nuevos constituidos por actitudes violentas del Sr. D. en el seno de su familia y con su actual pareja, ofreciendo pruebas respecto de este punto.

4 – Hechos y actuaciones posteriores al dictado de la sentencia

4.1) Transitando el camino que conduce a dar respuesta a la primera cuestión propuesta al Acuerdo, es menester tener presente que a fs. 860/873 están agregadas las copias del legajo de actuaciones cumplimentadas en la instancia originaria con posterioridad al dictado de la sentencia en crisis. Surge de fs. 861 que la abogada adjunta de la Asesoría de Familia solicitó el alojamiento de los cuatro niños en el Mini Hogar en atención a la situación de gran vulnerabilidad en que ellos se encontraban.

Surge de fs. 863/865 que la Asesoría acompañó el Acta N° 99/19 labrada ante la misma, reiterando con carácter de pronto despacho se disponga el alojamiento de los niños en el Mini Hogar local, hasta tanto el órgano de

protección de derechos local encuentre una familia alternativa que garantice la integridad de los niños. En orden a la brevedad, me remito a las constancias que surgen del Acta mencionada.

Obra a fs. 870 el "Acta de Cumplimiento Oficio N° 804/2019" donde el Servicio de Protección de los Derechos del Niño y del Adolescente dispuso que las niñas A. D., de 4 años de edad y C. D., de 5 años de edad, deben quedar bajo el cuidado de los abuelos maternos D. D. y M. D., con residencia en la calle Alvear al lado del N° X, esq. Alem, planta alta. Además surge del mismo que se evalúa pertinente la permanencia de la niña L. D., de 8 años de edad y D. D., de 10 años de edad, bajo el cuidado de los abuelos paternos C. D. y P. D., con residencia en Avda. Juan B. Justo N° X esq. Estivariz.

A fs. 880 la Asesoría de Familia pone en conocimiento de esta Alzada que la situación de los cuatro niños D. ha variado sustancialmente, conforme se desprende de fs. 871 y del informe que adjunta (Nota 615/19). Se deja constancia allí que las niñas C. y A. están alojadas en el Mini Hogar de esta ciudad desde el 11/05/19 y que los niños mayores, D. y L., están a cargo de los abuelos paternos.

A fs. 889/906 obran copias de las actuaciones y presentaciones realizadas en sede Penal, Fiscalía y Policial debido a la conducta agresiva y amenazas exteriorizadas por R. A. D..

A fs. 907/y vta. la Asesoría de Familia informa esta Cámara sobre la situación de los niños D., diciendo: que los niños L. y D. D. permanecen al cuidado de los abuelos paternos desde el día 17/04/19 debido a la medida excepcional adoptada por el SPD (conf. informe de fs. 871/y vta.) y que las niñas C. y A. D. permanecieron desde el 17/04/19 al cuidado de sus abuelos maternos y desde el día 11/05/19 permanecen internadas en el Mini Hogar de esta ciudad. En los dos casos se trató de una medida excepcional adoptada por el SPD (conf. informe de fs. 878/879).

También se pone en conocimiento que el Sr. R. D. convivía con la Sra. Soledad Mancilla y los hijos de ésta y que tramita una causa por Violencia Familiar en el Juzgado de Familia N° 2 de esta ciudad. En estas actuaciones surgen los hechos de violencia y que D. fue denunciado por los vecinos del lugar, siendo detenido. Esto último consta en las actuaciones referidas supra obrantes a fs. 889/906.

A fs. 926 obra la constancia de la decisión de la a quo de disponer el alojamiento cautelar de C. y A. D. en el mini Hogar de esta ciudad por el plazo de 40 días, pudiéndose prorrogar o acortar dicho plazo se las circunstancias sobrevinientes lo amerita.

Surge de fs. 955 que esta Alzada solicitó al E.T.I. informe si los progenitores están en condiciones de asumir la responsabilidad del cuidado personal de sus hijos. La respuesta luce a fs. 956/y vta. y en ella se plasmó lo siguiente: *"...desde el año 2016 aparece judicializada en Puerto Madryn la grave conflictiva entre los Sres. R. D. y D. D.. Pese a las medidas dispuestas, a los múltiples acompañamientos institucionales efectuados, a la presencia de red familiar local con la que también se ha trabajado, no han podido resolver dicha conflictiva. Dicha dinámica relacional entre los Sres. D., devenida históricamente y cristalizada como modalidad de funcionamiento familiar, repercute en el ejercicio de las responsabilidades parentales, por ende, en la crianza y el desarrollo de los hijos. Al mismo tiempo ambos han evidenciado inestabilidad habitacional, laboral y organizacional, siendo este último aspecto el que reviste mayor preocupación".*

"Si bien ambos han efectuado determinadas atenciones formales respecto a sus hijos (asistencia a la escuela y controles médicos por ejemplo), en otras responsabilidades de cuidado y atención ***han evidenciado claramente actitudes de descuidos importantes que han puesto en riesgo a los niños****".*

"...D. y R. D. en diversas ocasiones han incumplido las medidas dispuestas, y han evidenciado escasa permeabilidad a los diversos abordajes e indicaciones dadas,

principalmente en lo que respecta a la posibilidad de modificar aspectos personales que conduzcan a un mejor ejercicio de la responsabilidad parental. Ello, sin que ninguno de los dos pudiera evidenciar algún tipo de reflexión al respecto; permaneciendo en posicionamientos rígidos de querella hacia el otro progenitor, efectuando constantes presentaciones judiciales".

"Todo lo antes dicho, permite decir que ***los Sres. D. y R. D. no se encuentran en condiciones de asumir responsablemente el cuidado de sus hijos****. No obstante lo cual, queremos destacar el vínculo afectivo que ambos mantiene con los niños…"* (la negrita me pertenece).

A fs. 1006 obra la copia de la resolución de la a quo del 28/08/19 por la cual dispuso la prórroga de la medida de *"prohibición de acercamiento"* de los Sres. C. D., M. D., A. D. y A. D., con domicilio en Juan B. Justo X de esta ciudad, a los niños D., L., C. y A. D. y a las instalaciones del Mini Hogar hasta tanto obren en autos los informes que den cuenta de la conveniencia y modalidad de restablecer la comunicación familiar, lapso que se estipuló en siete días.

Por último, a fs. 1010 la Sra. Asesora de Familia ha hecho saber a este Cuerpo que el Sr. R. D. hace meses que no se encuentra en la ciudad, ignorando su paradero.

4.2) Es menester tener en cuenta que, conforme surge del dictamen de la Asesoría de Familia (fs. 958/963), los progenitores no han brindado protección a ninguno de sus hijos sino que, por el contrario, han vulnerado sistemáticamente sus derechos, por lo que en la actualidad ninguno de los niños convive con ellos, debiendo adoptarse medidas excepcionales de protección en resguardo de sus derechos. Es de destacar que se labraron actuaciones contra ambos padres por hechos de violencia cometidos por ellos en sus respectivos ámbitos familiares.

De lo hasta aquí analizado surge con total claridad que ninguno de los padres tiene actualmente el cuidado personal de sus hijos y –además— ninguno de los dos están en condiciones inmediatas de reasumir su cuidado y contención. Ello hasta tanto logren demostrar en los hechos y no en lo formal –como lo señalara el E.T.I.— los aspectos de su personalidad que se traduzca en un ejercicio responsable de su responsabilidad parental (conf. fs. 960 vta.).

La Sra. Asesora de Familia ha sido clara y terminante al expresar en el referido dictamen: *"...Llegamos así a la instancia de tener que expedirme por la revocación o la confirmación de la sentencia de primera instancia en la que se otorgó el cuidado unipersonal de los niños a su progenitor y me encuentro con la incontrastable realidad de las medidas excepcionales que han debido adoptarse en relación a los niños, en virtud que* ***ninguno de los progenitores se encuentra en condiciones actuales de asumir el cuidado en contención de éstos. Ninguno de los padres se encuentra por el momento detentando o ejerciendo el cuidado personal de sus hijos, por cuestiones que les resultan imputables y reprochables****".*

"Las medidas excepcionales adoptadas responden a ***la exposición y vulneración de derechos a los que han sido expuestos los niños por sus propios padres****, quienes mantienen un litigio judicial encarnizado por detentar su cuidado,* ***sin que ninguno haya demostrado aptitud para desarrollar mínimamente la función de cuidado y protección de sus hijos****. Por el contrario, en ambos casos y* ***durante la convivencia con ambos los niños han visto violentado sus derechos****".*

*"****Nos encontramos así frente a una variación absoluta de las circunstancias y el contexto que se tuvo en miras al momento del dictado de la sentencia de primera instancia"****.*

"...Un caso judicial no nace abstracto; se hace tal cuando luego de su planteo sobrevienen circunstancias de hecho o de derecho que modifican las existentes en el momento de su iniciación, tornando innecesaria e ineficaz la decisión judicial".
"Es en función de lo expuesto hasta aquí que considero que ese Excmo. Tribunal no se encuentra en condiciones de expedirse en los términos ni con los antecedentes que precedieron al dictado de la sentencia en crisis. Necesariamente deberá tener en cuenta las circunstancias sobrevinientes que han modificado la situación de hecho de los niños y por consiguiente su situación jurídica..." (la negrita es propia).

4.3) Frente a las constancias que surgen de las distintos hechos, actuaciones y causas en trámite con posterioridad al dictado de la sentencia de primera instancia, considero que esta Alzada debe tender a neutralizar en lo posible la disfuncionalidad de la familia que integran los sujetos procesales de esta controversia y encauzar la problemática existente entre ambos padres con sus hijos, debido a la medular importancia que el contacto con ambos tiene para la estructuración psíquica y moral de los niños y adolescentes. Pero, ello debe ser así en tanto y en cuanto no resulte de las conductas, falencias y omisiones paternas un grave perjuicio para los niños, que es lo que hasta ahora surge de todo lo aquí actuado.
Se advierte que existe una gravísima conflictiva familiar que subyace al objeto específico de la apelación interpuesta por la parte actora, verificándose –además— que ninguno de los progenitores tiene el cuidado personal de sus hijos.
Esta Alzada mantuvo oportunamente contacto personal con los litigantes y con los dos hijos más grandes.
Las impresiones recogidas en el aludido comparendo, la postura asumida por ambos padres frente a la problemática en cuestión, la palmaria litigiosidad habida entre ellos (basta con ver la cantidad de procesos,

incidentes y denuncias tramitados durante años) y –fundamentalmente— la situación de los niños como espectadores-víctimas de todo este proceder, me han conducido y creado la convicción de que el grupo familiar atraviesa una muy severa crisis que desborda lo que es el puntual objeto de la apelación, la cual –lo adelanto— ha quedado claramente superada por todos los hechos y actuaciones producidas con posterioridad al dictado de la sentencia de primera instancia, que han transformado totalmente la situación que existía previo a su dictado.

4.4) Sin perjuicio de la respuesta final que he de dar a esta primera cuestión propuesta al Acuerdo, tengo en claro que debe efectivizarse la *"tutela judicial efectiva"*.

Se trata de un derecho humano fundamental de naturaleza constitucional y supranacional por imperio de los arts. 14, 16, 18, 42, 43 y 75, incs. 22 y 23 de nuestra Ley Fundamental y art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos Humanos, art. 2.3, ap. a, b y c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Su contenido es amplio por cuanto despliega sus efectos en el acceso a la justicia, en el desarrollo del proceso y en la ejecución de los pronunciamientos. Con inigualable docencia se ha afirmado que como garantía del ciudadano frente al Estado, la tutela judicial efectiva conlleva el indelegable deber de éste de remover todo obstáculo irrazonable que impida el real e igualitario acceso de aquéllos a la actividad jurisdiccional, y el aseguramiento de la eficacia de los magistrados a la hora de prestar el servicio de justicia satisfaciendo los presupuestos básicos que le son encomendados: remover el conflicto y mantener o restablecer la paz quebrantada o amenazada de quebrantarse (conf. ROSALES CUELLO, R. – MONTERISI, R.D., *"La sentencia arbitraria como vulneración del debido proceso;*

su tutela doméstica y en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", J.A., 2005-I-474).

Es sabido que una variante del derecho a la tutela judicial efectiva es la tutela diferenciada de los derechos y situaciones "sensibles", que se configura como un tipo especial de procedimiento autónomo o cautelar, regido por reglas propias y flexibles, que tiene por finalidad el tratamiento de conflictos que requieren un tratamiento distinto, sea por su complejidad o por su urgencia, cuando se vean afectados derechos esenciales de las personas.

Esta tutela diferenciada debe concretarse cuando se encuentran involucrados los derechos a la vida, a la dignidad humana, a la salud, a la educación, a las condiciones dignas de subsistencia, al ambiente sano, entre otros, que integran los denominados derechos económicos, sociales, culturales (DESC) o en las situaciones necesitadas de especial protección en que se encuentran, bajo ciertas circunstancias, los niños, adolescentes, ancianos, personas con capacidad restringida o incapacidad, mujeres, etc. (todos ellos, sujetos "particularmente vulnerables") (conf. MASCIOTRA, M., *"Poderes-deberes de la Alzada y la protección especial de niños y adolescentes"*, La Ley 15/02/2017, 6; La Ley 2017-A, 345; DFyP 2017 (abril), 116).

En tales situaciones se imponen procesos con jueces activos, con procedimientos flexibles y adaptables a las especiales circunstancias de la causa, cargas probatorias comprensivas del tipo de conflicto en cuestión, favorecer y coadyuvar a soluciones autocompuestas, acentuación de los deberes de colaboración de las partes, flexibilización del principio de congruencia, etc.

La tutela diferenciada no solo trae aparejado criterios procesales o pautas procedimentales amoldadas a la naturaleza del derecho objeto del debate, lo que habilita una verdadera justicia "protectora" o "de acompañamiento" (conf. BERIZONCE, R.O., *"El proceso civil en transformación"*, pág. 45, Ed.

Platense, 2008), sino que también se traduce –merced a la fuerza vinculante de los compromisos que en materia de derechos humanos fueron asumidos por la Nación en el plano internacional— en condicionamientos directos a la hora de elegir una solución al caso concreto de conformidad con los derechos e intereses en juego (conf. ROSALES CUELLO, R. – MARINO, T., *"Regulación de la tutela judicial efectiva y el debido proceso"*, La Ley, 2014-E, 880). Así lo ha reconocido la CSJN en los casos que resulta de aplicación la Convención sobre los Derechos del Niño y deviene aplicable el deber de los poderes públicos –administrativo, legislativo y judicial— de atender prioritariamente a su interés superior (art. 3) (conf. Fallos 326:2906; 322:2701 y 324:122).

4.5) Tengo en cuenta también lo que se ha dado en llamar la triple dimensión del Derecho Procesal (dimensión constitucional, social y transnacional). Precisamente en el marco de la dimensión social aparece la justicia protectora o "de acompañamiento", que cobija entre otros a los procesos de familia y especialmente aquellos en los que están involucrados ***menores***, en la que al magistrado interviniente sin perjuicio de conservar su función dirimente se le adiciona una función protectora que encuentra su justificación en la afectación de derechos o intereses de personas en condiciones de vulnerabilidad y su fundamento en los principios cardinales que incorporó la enmienda constitucional de 1994.

Cabe destacar, en tal sentido, la recepción de las "acciones positivas" a cargo del Estado para asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales, con acento en la protección diferenciada que se confiere a *"los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad"* (art. 75, inc. 23, 1er. párrafo, in fine).

La justicia protectora se manifiesta en la función de vigilancia y control que deben ejercer los jueces a fin de preservar a quienes el ordenamiento jurídico pretende tutelar preferentemente; en ese rol, deberán interpretar las normas con un sentido amplio, favorable a las soluciones protectoras y adoptar, aun de oficio si así fuere posible, las medidas necesarias para el cumplimiento del fin tuitivo en materia de dirección del proceso, manejo probatorio, cautelares, ejecución de fallos, etc. (conf. RIVAS, A.A., *"Teoría General del Derecho Procesal"*, pág. 213, Lexis Nexis, 2005).

En esta materia de justicia de protección (seguridad social, laboral, **menores**, derechos sensibles vinculados a la vida, a la dignidad humana, a la salud, a la educación, a las condiciones dignas de subsistencia, al ambiente sano, etc.) destacó el maestro Morello –hace ya más de una década— que la Corte acentúa el consejo a los jueces a fin de *"impedir que las exigencias formales frustren el derecho a amparar (de carácter alimentario asistencial o donde el interés del menor –de su cuidado, formación y salud— sean determinante) y afirmar los valores y principios jurídicos de raigambre constitucional"* (conf. MORELLO, A.M., *"El Proceso Justo"*, pág. 659, 2ª. edic., Edit. Platense, 2005).

Hasta aquí, estamos en presencia de preceptos procesales que se consagran para configurar una justicia de contenido social y público, éticamente sustentable, que coloca en manos de los jueces la responsabilidad y el compromiso de evitar, en los supuestos concretos, el oprobio de que se incurra en injusticia con el pretexto de administrar justicia, lo cual es la peor de las injusticias (conf. DEVIS ECHANDIA, H., *"Tratado de Derecho Procesal Civil"*, T. I, pág. 373, Temis, Bogotá, 1961).

4.6) Es dable observar un importante consenso relativo a que la interpretación judicial no se efectivice mediante una aplicación mecánica del contenido literal de la norma. En este sentido, a mediados del siglo pasado el maestro Borda postuló la necesidad de una justicia antiformalista, realista

y humana; por lo que debe buscarse la exégesis más justa que satisfaga con acierto el fin de la ley, dejando el intérprete de lado las soluciones notoriamente injustas que no son compatibles con la idea del bien común que está en la esencia del derecho (conf. BORDA, G.A., *"Reglas prácticas para la interpretación de la ley civil"*, La Ley, 64-348).

No cabe la menor duda que existe una franca retirada del formalismo. Se tiende a que todo sea menos dilatado, menos costoso, menos complicado. La doctrina procesal moderna tiende a armonizar las exigencias de las formas con las particularidades que se presentan en los casos concretos, para que las decisiones judiciales sean verdaderamente útiles, es decir, no se trata de desarticular formas procesales, sino impulsar un proceso dinámico que concrete un resultado efectivo.

La misión judicial no se agota en la letra de la ley, de manera que debe optarse por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos (conf. CSJN, 06/11/80, La Ley 1981-A, 397; ídem, 23/03/05, La Ley, 2005-B, 646).

Es que debe tenerse clara conciencia de la función instrumental del proceso, cuyo objeto radica en la efectivización de los derechos, por ende, todo excesivo rigor de las formas, resulta lesivo del adecuado servicio de justicia garantizado por el art. 18 de la C.N. Resulta imperioso concebir que el proceso no constituye un fin en sí mismo, sino que debe estar construido como instrumento adecuado a las exigencias del derecho sustancial al que debe servir (conf. MASCIOTRA, M., *"El principio de congruencia en los procesos civiles, patrimoniales y de familia, laborales y colectivos ambientales"*, pág. 79, Ad-Hoc, 2010; ídem, ob. cit.).

4.7) Las actuaciones judiciales además de contener pretensiones procesales incorporadas a través de los escritos constitutivos plasman y demuestran la existencia de una controversia, y en este caso puntual, una grave conflictiva familiar que desborda las pretensiones incoadas y el objeto específico de la apelación deducida.

De la gran cantidad de actuaciones tramitadas entre los progenitores y otros familiares y de los diferentes y graves hechos que se han producido con posterioridad al dictado de la sentencia de primera instancia, surge una gravísima problemática familiar en la que está seriamente comprometida la salud psicofísica de cuatro niños y de allí que su situación personal y familiar resulta a todas luces más relevante que el tema relativo a lo sentenciado en la instancia originaria y al recurso de apelación interpuesto por la madre contra dicha decisión.

Ante esta situación, ¿cómo debe actuar la justicia? Mirar para otro lado, desentenderse del problema y resolver el tema del régimen del cuidado personal que es motivo de los agravios, y de esta manera cumplir literalmente su función jurisdiccional? Muchos podrían optar por esta solución limitándose a ello: un comportamiento formal y ajustado a derecho, desconociendo la exhortación del Prof. José Beltrán de Heredia (Magistrado de la Sala 1ª. del Tribunal Supremo Español): ***"Lo importante no es cumplir con un formalismo, sino hacer justicia llegando al fondo de los problemas"*** (Revista de la Corte Española de Arbitraje, pág. 337, Madrid, 1983; MASCIOTRA, M., ob. cit.).

No tengo ninguna duda de la necesidad de tomar medidas tendientes a neutralizar en todo lo posible la disfuncionalidad y el daño que ambos padres puedan causar a sus hijos, como así también encauzar gradualmente --respetando la voluntad y derechos inalienables de los niños— la

posibilidad de tener un contacto con ellos en tanto y en cuanto el mismo no los perjudique.

Es necesario invertir tiempo y esfuerzo, aun cuando la "cómoda", la solución formal, sería resolver el tema del régimen de cuidado personal. Considero que debemos ser conscientes de nuestra responsabilidad jurisdiccional, cumpliendo el apotegma de Morello: *"el juez no es un fugitivo de la realidad"* (conf. MORELLO, A.M. – TROCCOLI, A., *"La revisión del contrato"*, pág. 285, Ed. Platense, 1977; MASCIOTRA, M., ob. cit.).

Es evidente y razonable que si se visualizan graves problemas en ambos progenitores que repercuten directamente y de manera desfavorable en sus cuatro hijos –tal como aquí ocurre y surge nítidamente de las actuaciones— corresponde adoptar las medidas tendientes a su solución sin incurrir en más pérdida de tiempo. De esta manera no se comete ninguna extralimitación en nuestro cometido, no se afecta el derecho de defensa de ninguna de las partes, no se viola el principio de igualdad ni se incurre en parcialidad.

En el marco referido, se ha resuelto que *"los jueces no pueden cerrar los ojos ante la realidad y mirar para otro lado cuando se les exhibe una grave conflictiva familiar, por lo que deben desempeñar un rol activo y comprometido en la causa. A tal efecto, en función de la ya transcripta previsión del art. 2 de la Ley 26.061, que declara de orden público e irrenunciables sus disposiciones, deben disponer de oficio todas las medidas que fueren menester"* (CNCiv., Sala B, 19/03/09, La Ley, 2009B, 709).

En el marco de un proceso bajo el ámbito de una justicia de protección o "de acompañamiento", las medidas a tomar se fundamentan en la tutela judicial efectiva que consagran las normas constitucionales y las convenciones internacionales aludidas anteriormente y que los jueces debemos aplicar en el dictado de nuestros pronunciamientos.

Este derecho-garantía de la tutela judicial efectiva implica que el juez, como director del proceso, tiene el deber no sólo de favorecer el acceso a la jurisdicción, en particular a los más vulnerables, sino velar por que la actividad procesal sea útil y coadyuve a la efectiva protección del derecho sustancial. Y cuál es el derecho sustancial comprometido en estas actuaciones: ***el interés superior del niño***. Sabido es que en toda actuación judicial en la que se encuentren involucrados niños o adolescentes, debe velarse por el interés supremo de éstos, que se erige como principio rector del derecho procesal de familia. Postura avalada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha sostenido que la expresión *"interés superior del niño"* consagrada en el art. 3, párr. 1 de la Convención de los Derechos del Niño, implica que el desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y aplicación de normas en todos los órdenes relativos a su vida (conf. CIDH, 28/08/2002, O.C. 17/2002 del 28/08/2002, LL 2003-B-312). Los juzgadores están obligados a observar este principio en todas las etapas del proceso judicial en la que intervenga una niña, un niño o un adolescente, sin importar la materia de la que se trate ni la calidad en la que éstos participen. Y en tal sentido, se ha sostenido que ***"Cuando el Juez o la Jueza se percate de cualquier riesgo o peligro en la integridad y desarrollo del niño, deberá tomar de manera oficiosa todas aquellas acciones que estén a su alcance para salvaguardar la seguridad y restitución de los derechos del niño. Esta obligación será aplicable aun cuando aquellas situaciones de riesgo o peligro no formen parte directa de la litis que es de su conocimiento"*** (Observac. Gral. N° 14 s/ el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Comité de los Derechos del Niño. SCJN, México, 2014, pág. 30). Este principio liminar del derecho procesal de familia, es de aplicación obligatoria, por ser de orden público, irrenunciable, interdependiente,

indivisible e intransigible, por imperio del art. 2, párr. 2 de la Ley 26.061.

Es por todo lo hasta aquí dicho que debe hacerse especial hincapié en la situación de vulnerabilidad de los niños y adolescentes y que, por lo tanto, requieren una protección especial: un plus de protección. Es por ello que reiteradamente se ha sostenido que *"el interés primordial de los niños y adolescentes ha de orientar y condicionar la decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos"* (conf. CSJN, 02/08/2005, Fallos, 328:2870; 02/12/2008, Fallos, 3331:2691; 29/04/2008, Fallos, 331:941, entre muchos más; MASCIOTRA, M., ob. cit.).

4.8) Teniendo en claro que la situación planteada en autos ha superado con creces los postulados de la sentencia dictada en la instancia de origen, es evidente también la necesidad de cumplimentar el principio de prevención. Este principio no se circunscribe al ámbito del derecho civil sino que involucra al derecho en general (arg. art. 19 CN). Desde esta perspectiva, no sólo la prevención del daño, sino también la evitación de nuevas lesiones asociadas o de la propagación de sus efectos, constituye o hace parte del principio constitucional de protección ante el daño injustamente sufrido.

Esta tutela general emerge con una perspectiva reforzada en el caso de las personas menores de edad o adolescentes, a la luz de la obligación de tutela diferenciada por parte del Estado; de tal modo, el referido principio precautorio se hace presente al procurar la evitación de la prolongación o cristalización de los efectos del daño ya causado, como también la generación de nuevos padeceres en los cuatro niños involucrados en estas actuaciones, dando cuenta de una intervención proactiva y señera acerca del sentido de la protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes.

Frente a la grave situación familiar con que nos encontramos en este proceso y estando los niños C. M. K., D. L A., A. V. Y. y L. G. P. D. en una situación realmente vulnerable y de riesgo que ha sido generada directamente por la

conducta exteriorizada por ambos padres, es indiscutible que las condiciones que se han tenido en cuenta al momento del dictado de la sentencia de primera instancia (fs. 843/848) se han modificado sustancialmente, conforme lo he venido destacando y detallando precedentemente. Ello demuestra que el agravio vertido por la madre en su recurso no es actual y que la sentencia recurrida ha perdido virtualidad deviniendo abstracto su tratamiento.

Por otra parte, corresponde dejar sentado que –ante todo lo sucedido con posterioridad a su dictado y que consta en estos autos, según hemos visto— lo resuelto por la sentencia en crisis no da solución a la gravísima problemática existente entre los padres, ni brinda la necesaria protección, contención y asistencia con la que deben contar los cuatro hijos de ambos, inmersos en una situación de riesgo, la cual se ha podido disminuir mediante el alojamiento de los niños en el Mini Hogar de esta ciudad. En consecuencia y haciendo aplicación a todos los principios a los que me he referido precedentemente, es necesario –y así lo propongo al Acuerdo— que esta Alzada **deje sin efecto la sentencia dictada en la primera instancia (fs. 843/848), declarando abstracto tratar el recurso de apelación interpuesto contra la misma por la parte actora.**

5 – <u>El pedido de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental para ambos progenitores</u>

La Sra. Asesora de Familia ha solicitado a este Cuerpo (fs. 962) que se revoque la sentencia de primera instancia, disponiéndose la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental de ambos progenitores en los términos del art. 702 inciso d) del CCyC.

Si bien el ejercicio queda suspendido mientras duren las causas previstas por la ley (conf. art. 702 CCyC), opera de pleno derecho y cesa

automáticamente al desaparecer las causales que la fundaron, teniendo en cuenta el estado en que se encuentran los presentes actuados y los motivos por los cuales se radicaron en esta instancia, soy de la opinión que, aun en el supuesto que se dieran las condiciones para su procedencia, esta Alzada excedería el límite de su función en caso de hacer lugar a lo requerido. Es por ello que, de considerar la peticionante que se dan en el caso las causales exigidas para que sea procedente tal suspensión, deberá efectuar la presentación y petición por la vía pertinente y por ante quien corresponda. Por los fundamentos expuestos, he de proponer no admitir la petición.

6 – <u>Conclusión</u>

Teniendo en cuenta lo hasta aquí analizado y fundamentos vertidos, corresponde a esta Alzada debe decidir lo siguiente: **1)** Dejar sin efecto la sentencia dictada a fs. 843/848; **2)** Declarar abstracto el tratamiento del recurso de apelación interpuesto contra la misma por la parte actora; **3)** No admitir el pedido de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental de ambos progenitores formulado por la Asesoría de Familia. Así lo voto.

7 – <u>Costas de la Alzada</u>

Corresponde imponer las costas de esta instancia en el orden causado teniendo en cuenta la forma en que se resuelve el recurso interpuesto por la parte actora (art. 69, 2do. párr. CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. M. R. C., letrada patrocinante de la recurrente, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de así corresponder (conf. arts. 59 y concs. Ley V N° 139; 5, 13, 29 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **NEGATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTIÓN: la Sra. Jueza de Cámara M. Inés de Villafañe dijo:

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada, los motivos de agravio expuestos por el apelante y fundamentalmente ha dado cuenta en forma prolija de los hechos y actuaciones posteriores a la sentencia, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones siguientes.

2.

Liminarmente diré que los jueces de Cámara solo podemos expedirnos en presencia de una causa o controversia y además un "gravamen" -agravio, perjuicio, ofensa, ultraje- que produce en el derecho la cuestión en debate como que las sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan (CSJN Fallos: 311:787 y 330:642).

Por su lado el STJ falló *"Este Tribunal a fin de proceder al dictado de una sentencia debe verificar, aún de oficio, la concurrencia y subsistencia de los requisitos que hacen a su jurisdicción, en la medida que la extinción de ellos importa la de poder juzgar (conf. CSJN, Fallos 319:3241 y 324:4300)... "El pronunciamiento del Tribunal debe atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión aunque fueren sobrevivientes a la interposición de la*

acción..." de lo contrario "se torna abstracta al haber desaparecido las condiciones constitutivas del objeto de la decisión" (Conf.: S.T. San Luis -4/11/01, "Aguilar" - LL Gran Cuyo 2.001-1.009, conc. C. S. de Tucumán - ED 142-95). Si cualquier decisión en relación a la pretensión expuesta en la demanda, resulta meramente teórica, inútil e inoficiosa, y por lo tanto impropia de la función judicial, corresponde declarar extinguida la controversia por haberse tornado abstracta la cuestión litigiosa" (Conf.: SCBA, "Y.P.F. S.A.", 17/12/96, "D'Argenio…", 11/3/97)(STJ CH SD Nº 3/SCA/02 y Nº 6/SRE/05 - Pleno en la S.I. N° 21/SROE/11). (STJ "EPSUR S.A. c/ Provincia del Chubut s/ Acción de Amparo" S. I. N° 49/SROE/12).

En apoyo del rumbo que propiciaré y, conforme la tesitura bosquejada más arriba, también se ha dicho *"Los jueces, a la fecha de la sentencia, no pueden dejar de tener en cuenta las variaciones sufridas por las condiciones fácticas en el curso del proceso."* (Cuarta Cámara Civil de Mendoza, 19/5/05), "Huaqui Carrillo, Ester Lastenia y Ots. C/ Inst. Prov. de la Vivienda y Ots." Expte. . 27881 (Revista de Derecho Procesal 2-año 2006 pag. 182 Ed.Zeuz) **3.**

Del confronte de los elementos que se encuentran en este proceso de familia y agregados luego del dictado de la sentencia (los que fueran detallados puntillosamente en el voto que antecede y a los que me remito por brevedad expositiva), la cuestión que llega a resolver se ha visto alterada en forma dramática en tanto se han modificado las circunstancias de hecho existentes, tanto al momento de demandar como las que se constituyeron en el elemento medular de la decisión y por ende, no son las que tenemos acreditadas al tiempo de dictar esta sentencia y no dudo que pueden seguir variando en tanto las características disfuncionales del grupo familiar.

Dicho lo anterior, deberé tener presente que las peticiones de los progenitores no resultan vinculantes para los jueces quienes teniendo a la

vista el material existencial de la causa, deberán definir cuál es el sistema que mejor convenga a los niños, cuyo interés superior tiene que preservar por encima de todas las cosas.

Y en esa tarea, voy a decidir que las circunstancias sobrevinientes a la sentencia de grado, tornan inoficioso que nos expidamos sobre las quejas que han motivado la intervención de esta Cámara, en tanto lo que está en juego en esta instancia son los derechos de los niños, que son indisponibles, por sobre cualquier argumento de protección alegado por los progenitores a lo largo de este proceso.

Al tratarse de intereses de los hijos y no de los padres, el rol de los jueces tiene que ser activo lo que se traduce en la facultad de evaluar sus necesidades y de toda aquella decisión que resguarde debidamente su equilibrio emocional y afectivo.

En ese marco, no abrigo ninguna duda que la conflictiva familiar que tiene origen en múltiples factores y de los que se ha dado cuenta en los informes agregados, ha desbordado con creces aquellas circunstancias que la señora jueza de grado tuvo en cuenta al resolver, perdiendo actualidad los argumentos recursivos, al punto que para procurar la protección y asistencia de C., D., A. y L. se ha tenido que recurrir a su alojamiento institucional.

Desde esa perspectiva, soy del criterio y en el mismo sentido que propone el Dr. Fiordelisi, que la sentencia de grado debe dejarse sin efecto y

declararse abstracto el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por la Sra. D. Y. D..

4.

Brevemente me expediré respecto del pedido de suspensión de la responsabilidad parental para ambos progenitores que ha formulado la Asesoría de Familia a fs. 962.

La suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental no es sancionatoria para los padres sino que opera de pleno derecho y mientras duren las situaciones fácticas previstas en el art. 702 del CCyC.

Evidentemente la realidad acreditada en el expediente y en la que está inmerso el grupo familiar, lleva a la Sra. Asesora de Familia a considerar que los padres de los chicos no pueden actuar conforme les impone el plexo normativo vigente y eso habilitaría la suspensión en los términos del inc. d).

Sin embargo, soy del criterio que la decisión judicial que se nos pide excede el marco de nuestra actuación y amerita que sea replanteado ante los jueces de la instancia de grado, quienes en definitiva con los elementos de prueba que cuenten, decidirán lo que mejor resulte para el interés de los niños D..

5.

La cuestión de las costas en esta instancia, deberá resolverse en el orden causado (art. 69 del CPCC). Los honorarios de la letrada de la Defensa Pública M. R. Corradetti y con el alcance de la LO que los rige, serán los propuestos por el Dr. Fiordelisi.

Voto a la cuestión por la **NEGATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De ser compartidos mis fundamentos por los colegas integrantes de esta Excma. Cámara, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1ero.) DEJAR SIN EFECTO la sentencia dictada a fs. 843/848.

2do.) DECLARAR ABSTRACTO el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

3ro.) NO ADMITIR el pedido de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental de ambos progenitores formulado por la Asesoría de Familia.

4to.) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA en el orden causado teniendo en cuenta la forma en que se resuelve el recurso interpuesto por la parte actora (art. 69, 2do. párr. CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. M. R. C., letrada patrocinante de la recurrente, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de así corresponder (conf. arts. 59 y concs. Ley V N° 139; 5, 13, 29 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

5to.) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara M. Inés de Villafañe, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Julián Emil Jalil no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de Octubre de 2019.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de

Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

1) DEJAR SIN EFECTO la sentencia dictada a fs. 843/848.

2) DECLARAR ABSTRACTO el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

3) NO ADMITIR el pedido de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental de ambos progenitores formulado por la Asesoría de Familia.

4) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA en el orden causado teniendo en cuenta la forma en que se resuelve el recurso interpuesto por la parte actora (art. 69, 2do. párr. CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. M. R. C., letrada patrocinante de la recurrente, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de así corresponder (conf. arts. 59 y concs. Ley V N° 139; 5, 13, 29 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

5) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

REGISTRADA BAJO EL N° /19 SDF. CONSTE.