Puerto Madryn, de Mayo de 2022.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: " **M., A. M. s/ Medida De Protección de Derechos (de A. M. M.)"**, Expte. 36/2020 venidos del Juzgado de Familia N° 2 (Expte. 193 Año 2021), por haber interpuesto a fs. 210 la Sra. M., recurso de apelación contra la Sentencia Interlocutoria registrada bajo Nº 695 del año 2021 de fs. 186/202.

I. La Sra. Magistrada de grado resuelve a fs. 186/202 en primer lugar, rechazar la demanda en todos sus términos. Asimismo, exhorta a la Sra. A. M. M. a que se abstenga de ejercer los derechos de A., en lo relativo a salud, educación, identidad, esparcimientos, actividades recreativas, administración de bienes, intervenciones que por derechos sucesorios le corresponden a la niña, y sobre todos los otros derechos que son correspondidos a su progenitora Sra. A. A. F. quien está en pleno ejercicio de los derechos derivados de la responsabilidad parental. Le hace saber que la Sra. F. junto a la opinión de A. es la responsable de ejercicio de ello y que en caso de incumpliendo incurrirá en el delito de desobediencia judicial (art. 239 del CP).

En tercer lugar impone a la Sra. M. la obligación de tener que informar de manera formal y respetuosa a la Sra. F. de todas las cuestiones cotidianas de la niña A. hasta tanto se efectivice lo que se ordenará en el punto siguiente.

En cuarto lugar, responsabiliza a la Sra. M. para que ni ella ni ningún miembro de la familia paterna de A. le hablen mal de su progenitora y no debe permitir que continúe activa la obstrucción de la relación y vínculo de A. con su progenitora.

En quinto lugar, dispone que las Sras. M. y F. comparezcan al Servicio Público de Mediación de esta ciudad, junto a sus letradas y dentro del plazo

de quince (15) días establezcan la modalidad y días de encuentro vincular de A. con su progenitora de manera progresiva, lo que deberá presentar en autos para luego dar participación a A. Tendrá que tenerse en cuanta la posibilidad también de que se pueda pactar para el futuro días de vinculación de A. con sus hermanos/as paternos con posibilidades de pernoctar en la casa de ellos/as, en atención al vínculo de hermandad que existe. En caso de que haya una oposición por parte de la Sra. M. a lo que aquí se dispone, se la apartará en lo inmediato de los cuidados de A. con imputación además del delito de desobediencia judicial (art. 239 del Código Penal).

En sexto lugar, pone en conocimiento del Servicio de Protección de los Derechos del Niño y del Adolescente el dictado de la sentencia, en el marco de la intervención ya dada en autos, y requerirle que a la brevedad se aboquen a facilitarle algún programa asistencial/económico a la Sra. F. para sustentar una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, si lo necesitara en este momento.

En séptimo lugar, impone las costas a cargo de la Sra. M. y regula honorarios profesionales.

Contra dicha resolución se alza la actora a fs. 210, fundando el memorial de agravios a fs. 216/237.

Le causa agravio que la Sra. Jueza de grado haya rechazado la acción incoada, imputando que fue de modo infundado, arbitrario, tendencioso y discrecional.

Relata circunstancias ocurridas a lo largo del expediente.

Destaca que A. nunca vivió junto a su madre. Que los últimos años, previo al fallecimiento del progenitor, la niña vivió junto a éste y su abuela, Sra. F. M.

Señala que la Sra. F. fue quien inició los autos: “F. A. A. c/ E. A. S.A. s/ Accidente” (Expte. 281/2020) por ante el Juzgado Labora N° 2, donde se

hicieron valer los derechos de A. De ello concluye que fue la progenitora de la niña quien tenía apuro por cobrar eventuales seguros derivados del Sr. M. y no sus hermanos, que además también son derechoahientes.

Explica que ella y sus hermanos iniciaron posteriormente los autos: "M. A. M. y otros c/ M. F. M. s/ Cobro de Pesos e indemnización de ley", Expte. 10240/2021 que tramitan por ante el Juzgado Laboral N° 2 de esta ciudad.

Aclara que desconocían, tanto ella como sus hermanos, que la Sra. F. había iniciado la demanda judicial por ante el Juzgado Laboral, ya que la habían invitado a participar del proceso judicial que estaban preparando y ésta les habría manifestado que no iniciaría acciones legales.

Le agravia que este indicio la a quo lo haya considerado exclusivamente en perjuicio de la actora sin reparar en las circunstancias antes expuestas, como tampoco tuvo en cuenta que A. nunca estuvo a cargo de su progenitora.

Indica que la permanencia "temporal" de A. en la casa de sus hermanos paternos se transformó en permanente, estable y duradero durante muchos años.

Asevera que aquí no existe una retención indebida de A., que no se puede volver a donde nunca se estuvo, ya que la niña nunca vivió con su madre.

Transcribe parte del informe realizado por el ETI de fs. 46/49, donde surge que la niña transitó gran parte de su primera y segunda infancia en el núcleo familiar de sus hermanos paternos.

Le causa agravio que la a quo haya resuelto sin tener en cuenta todas las constancias existentes en autos, que considere a la niña lo suficientemente madura para contar con un abogado del niño pero no para que elegir donde quiere seguir transitando su desarrollo integral como persona.

Afirma que la a quo desvirtúa y tergiversa los planteos de la actora al requerir la guarda provisoria, ya que su pedido nunca se fundamentó en que si A. vivía junto a su progenitora se vulnerarían sus derechos.

Esgrime que la jurisdicción de grado no parece advertir que se vulneran o amenazan los derechos de la niña, no porque vaya a vivir junto con su progenitora, sino porque no tiene un hogar permanente, su familia, su centro de vida, sus afectos, el entorno afectivo con el que forjó profundos lazos durante su primera y segunda infancia.

Observa que la a quo cita el informe de la Dra. Botta para fundar su sentencia. Destaca que la entrevista con la médica forense fue de treinta minutos, sin ningún tipo de test. Afirma que no fueron fundados científicamente los dichos de la profesional.

Transcribe partes del informe realizado por la terapeuta de A. y de la sentencia dictada por la a quo.

Resalta que la convicción que la ha movilizado a solicitar la guarda de A. es la voluntad de ésta y porque su hogar y centro de vida fue siempre junto a ella.

Pone de manifiesto que si A. no ha podido, durante este proceso judicial, revincularse con su madre no ha sido por conductas obstaculizadoras de ella como sostiene arbitrariamente la a quo.

Finalmente se agravia por la imposición de las costas, por cuanto, atendiendo a la naturaleza de la pretensión y que no hay perdidosos tal como podría haber en un pronunciamiento de otra índole, entiende que debieron ser impuestas por su orden.

Advierte que cada una de las críticas a las consideraciones de la a quo expuestas en la resolución atacada han sido concretas y razonadas, señalando la injusticia y arbitrariedad y no han consistido en modo alguno en una mera disconformidad subjetiva.

Reitera las consideraciones de derecho efectuadas en el libelo de inicio. A fs. 239/249 la Sra. F. contesta el memorial de agravios; a fs. 258/260 lucen agregadas las audiencias celebradas por ante esta Excma. Cámara de Apelaciones.

La Asesora de Familia emite su dictamen a fs. 278/279 considerando que debe ser confirmada en todas sus partes la sentencia recurrida ya que no se encuentran reunidos en autos los extremos que hagan procedente la edida excepcional de guarda solicitada por la actora en relación a A.

II. La Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes Nº 26.061 ha organizado un sistema de protección integral de derechos de la infancia y adolescencia.

Como es sabido, la procedencia de aplicación de una medida excepcional es limitada, prevé que se la adopte solo cuando se ha cumplimentado las medidas de protección integral y éstas no han sido adecuadas para la protección efectiva de los derechos de niños y niñas, donde siempre debiera considerarse que "la falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niños, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización" (art. 33 in fine). Esto es, que la decisión de privar a un niño o niña de su cuidado familiar encuentra fundamento en la situación de urgencia detectada para la protección de su derecho a la integridad psicofísica, que no puede estar fundada en la vulnerabilidad socio-económica, y siempre es temporal.

La marca "temporal" implica que ese plazo deberá estar compuesto de medidas de acción positivas estatales destinadas a revertir la situación de riesgo y poder apoyar la vuelta a la familia, en condiciones superadoras de la situación que originó la medida, esto es, un deber de debida diligencia estatal orientado al acompañamiento para la superación de la dificultad, y no un mero devenir del tiempo que solo termine por reafirmar en forma definitiva una medida tomada en forma temporaria.

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

La mayoría de los tratados internacionales sobre derechos humanos reconocen el derecho de todo niño de crecer en el seno de su familia, grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros.

El Pacto Internacional d*e* Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone en su art. 10. 1. establece que*: ``Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad la más amplia protección y asistencia posible… ".*

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

La ley III N° 21 en su artículo 56 establece que: *"Las medidas de protección al niño y al adolescentes son aplicables siempre que sus derechos sean amenazados o violados y en los casos del Capítulo V, Título III, Libro II de la presente Ley. Son limitadas en el tiempo y durarán mientras persistan las causas que dieron origen".*

Ahora bien, conforme lo expuesto es necesario analizar con detenimiento si se dan los presupuestos en los presentes autos para el dictado de una medida excepcional de protección de derechos.

En primer lugar se observa que es la propia actora en su memorial de agravios quien expresa que: *"Desvirtúa y tergiversa la jurisdicción de grado los planteos de la actora al requerir la guarda provisoria, nunca se fundamentó que si A. vivía con su progenitora se vulnerarían sus derechos…".*

Si bien a lo largo de su escrito la actora manifiesta que A. nunca vivió con su madre, que no se tuvo en cuenta el deseo de la niña de permanecer junto a ella, como tampoco que se cambiaría su centro de vida, entre otras manifestaciones, lo cierto es que no se ha demostrado en autos el hecho que la Sra. F. no está en condiciones de hacerse cargo de la niña, o que permaneciendo junto a ella se podrían vulnerar sus derechos, o estar en riesgo.

Del informe del ETI de fs. 134/135 surge que: "*… A. está atravesando un complejo proceso de duelo el cual se ve dificultado por la problemática familiar surgida desde el deceso de su padre, seguido por el de su abuela. Ante eso se configuró una conflictiva entre adultos en que la niña se ha visto interpuesta, lo que estaría interviniendo en su estado psico-afectivo actual, repercutiendo en la claridad de sus emociones, ideas y capacidad de expresión necesaria al respecto…".* Previo a finalizar el informe las licenciadas intervinientes destacan que: *"**se evalúa que A. no se encuentra en este momento en condiciones de tomar una decisión** ni de expresar con claridad respecto de sus emociones en sede judicial, han quedado claras las contradicciones que se presentan según el ambiente donde se exprese y quienes surjan parte de tales contextos y las angustias al respecto.".*

De allí que no se puede tener en cuenta exclusivamente la opinión de A.

De la expresión de agravios de la actora se desprende una disconformidad con lo resuelto por la Sra. Magistrada de grado, pero no logra desvirtuar con sus dichos los elementos que llevó a la a quo a resolver como lo hizo.

La crítica supone un análisis de la sentencia mediante raciocinios que demuestren el error técnico, la incongruencia normativa o la contradicción lógica de la relación de los hechos que el juez considera conducentes para la justa composición del litigio, de su calificación jurídica y de los fundamentos de derecho que sustentan su decisión, por ello la ley procesal exige que esa crítica sea razonada, es decir que el apelante refute las conclusiones de las partes que considere erradas, requisito que, en el caso,
no encontramos cumplido puesto que la quejosa tan sólo se limita a expresar su disconformidad con el fallo de la Sra. Jueza de Primera Instancia.
La recurrente en su recurso mezcla críticas a lo resuelto en el fallo que impugna, trayendo argumentos subjetivos.
En la presentación de autos se confunde el concepto de ***"agravio"*** y ***"argumento"***.
La SCJBA, con el carácter de doctrina legal, ha sostenido que debe diferenciarse el concepto de *"agravio"* del de *"argumento"*.
La jurisprudencia, siguiendo esa doctrina legal, tiene dicho que debe ser considerado *"agravio"* toda crítica dirigida a las denominadas *"cuestiones esenciales"*, que son las que hacen a la estructura de la litis y su esquema jurídico. Que sin su consideración no sería posible resolver el caso planteado. Va de suyo que su tratamiento es obligatorio para la Alzada. En cambio, debe entenderse por *"argumento"* toda mención efectuada por la parte apelante destinada a sostener su posición, pero que no se refiere a las ya citadas *"cuestiones esenciales"*. Los *"argumentos"* no son de tratamiento obligatorio en segunda instancia (conf. SCBA, Ac. 32.953, 12/06/84; Ac. 42.311, 31/10/89; Ac. 43.836, 20/11/91; Ac. 43.658, 17/03/92; Ac. 50.762, 07/03/95; Ac. 54.992, 19/10/96; Ac. 67.337, 01/07/97; CALZ, Sala I, Reg. Sent.

Def. 92-93, 116-94, 272-93, 48-96, 126-93, 32-90, 35-96, 159-96, 45-00, entre otros; CALZ, Sala I, 11/03/2008, in re: *"Zárate Aníbal José c/ Lovelle Daniel Osvaldo y Otros s/ Daños y Perjuicios"* -N° 62.948- y *"La Construcción S.A. c/ Lovelle Daniel Osvaldo y Otros s/ Cobro de Pesos"* -N° 62.948 bis-).

El planteo de la quejosa muestra un claro y manifiesto disconformismo y discrepancia con lo resuelto en la instancia inferior, pero en modo alguno consigue brindar elementos válidos que permitan a esta Alzada revocarlo conforme es su pretensión.

Por lo que, no obstante lo alegado por la apelante, no existe en sus agravios una crítica razonada y concreta que nos persuadan de la existencia de una resolución arbitraria y caprichosa como señala la parte.

Como ya se señalara, es indiscutible que estamos ante una mera discrepancia y la misma no logra conmover los verdaderos fundamentos del fallo, no se observan elementos objetivos que permitan concluir que es necesario el dictado de una medida excepcional de protección de derechos respecto de A. y como consecuencia de ello, el otorgamiento de la guarda provisoria a la Sra. M. Ello hace que la queja carezca de contenido y sustancia, lo cual conduce necesariamente a su rechazo.

b) En relación al agravio respecto a la imposición de costas, es sabido que éstas persiguen dar una respuesta efectiva al justiciable que, ante la necesidad de promover una actuación judicial, debe solventar una importante serie de gastos que constituyen los costos del proceso.

Se observa que la actora inicia el presente proceso con el objetivo que se le otorgue la guarda de su hermana.

Analizadas las constancias del expediente se aprecia que la parte se pudo considerar con el derecho suficiente para iniciar las presentes actuaciones.

En casos como éste, las costas no operan como condena ni encuentran su asiento en el principio objetivo de la derrota. La jurisprudencia tiene dicho

al respecto que: *"Cierto tipo de procesos presentan características especiales que llevan a apartarse de la regla general orientada a dar predominio al vencimiento. La materia en disputa determina ese tratamiento especial, que se refiere estrictamente a valoraciones de tipo subjetivo que dejan de lado el principio objetivo de la derrota. No se trata de aplicar o deducir principios diferentes, sino de ponderarlos desde la perspectiva singular del problema que se resuelve."* (Osvaldo A. Gozaini, "Costas Procesales", Vol. 2, Tercera Edición, Ediar; Bs. As., Año 2007, pág. 687).

De todo ello que este Cuerpo considera que no existen motivos para aplicar el principio objetivo de la derrota, debiendo imponerse las mismas en orden causado (art. 69 2º parte).

III. Las costas de esta instancia se imponen a la apelante vencida (art. 69 CPCC); regulándose los honorarios correspondientes a las Abs. R. L. y N. G. en forma conjunta en 10 Jus y a la Ab. M. C. en 8 Jus, todas por su actuación en esta instancia (Arts. 5, 6 bis y 7 Ley XIII Nº 4 y sus mod.).

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

RESUELVE:

1) CONFIRMAR la Sentencia Interlocutoria registrada bajo N° 695/21 en lo que respecta al fondo de la cuestión traída en apelación.

2) REVOCAR la imposición de costas dispuesta en la Sentencia Interlocutoria registrada bajo N° 695/21, como consecuencia IMPONER las costas de la instancia anterior en el orden causado (art. 69 2º parte CPCC).

3) IMPONER las costas de esta instancia a la apelante vencida (art. 69 CPCC).

4) REGULAR los honorarios profesionales de las Abs. R. L. y N. G. en forma conjunta en 10 Jus y a la Ab. M. C. en 8 Jus, todas por su actuación en esta instancia (Arts. 5, 6 bis y 7 Ley XIII Nº 4 y sus mod.).

5) REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

Registrada bajo N° /2022 SIF.