



238700118002498720

En la ciudad de Dolores, a los quince días del mes de octubre del año dos mil quince, reunida la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, en Acuerdo Ordinario, con el objeto de dictar sentencia en causa N° **94.748**, caratulada: **"GARCÍA, RITA DEL CARMEN S/ INC. DE APELACIÓN EN LOS AUTOS "GARCÍA, RITA DEL CARMEN C/ GAMBOA, ROCÍO SOLEDAD S/ DENUNCIA"**, votando las Señoras Juezas según el siguiente orden: Doctoras María R. Dabadie y Silvana Regina Canale.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1a. ¿Resultan ajustadas a las constancias de la causa las decisiones de fs. 17/20 y 192?

2a. ¿Qué sentencia corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA JUEZA

DOCTORA DABADIE DIJO:

I. Llegan las actuaciones para conocer del recurso de apelación deducido a fs. 31/39 por la accionada Rocío Soledad Gamboa contra el decisorio de fs. 18/21 vta., a su tiempo hizo lo propio la actora

Rita del Carmen García al articular su recurso a fs. 196 contra la aclaratoria de fs. 192.

El primero de los ataques resultó concedido a fs. 40 primer párrafo, obra su fundamentación a fs. 49/53 en tanto mereció la respuesta de la accionante a fs. 66/68. En cuanto al segundo lo fue a fs. 199 primer párrafo, el memorial sustentario luce a fs. 201/203 y adviene contestado a fs. 205/214.

II. Ley aplicable.

Los recursos que han de abrir la competencia revisora de esta instancia se han deducido contra decisiones jurisdiccionales dictadas en forma precedente a la entrada en vigencia del CCCN, por ello es necesario determinar la ley aplicable a cuestiones del derecho de familia que involucran el de menores. En este caso se trata de una de las consecuencias de la responsabilidad parental, el cuidado personal de R.S.B. (art. 648 CCCN).

No tengo dudas que la ley aplicable es la contenida en el CCCN, sin perjuicio del principio general de irretroactividad que fija el art. 7 de ese cuerpo normativo. Ello así por dos razones; la primera

porque las derivaciones o efectos de las relaciones jurídicas de familia, en este proceso materno-filial, se presentan como situaciones no agotadas pues su naturaleza dinámica así lo impone y la segunda en tanto los nuevos paradigmas que se normativizan tienen su visión puesta en la tutela de la persona humana y en ese contexto genérico la de los más débiles entre los que se incluyen los menores.

Sabido es que el juez aplica la ley que corresponde, aun cuando las partes guarden silencio sobre el tema, pues es una cuestión de derecho *-iura novit curia-*, por lo tanto en este sendero en este proceso de restitución de menor resulta aplicable el CCCN.

III. Cuestiones procesales previas.

Ante ciertas irregularidades de naturaleza procesal que se advierten en este expedientillo formado por imperio del art. 250 inc. 2 CPCC, resulta pertinente realizar algunas consideraciones a fin de que en el futuro no se repitan, pues en su medida podrían causar perjuicio a los niños, niñas o adolescentes involucrados en diferentes procesos.

1. Remisión de la causa principal y del expedientillo del art. 250 inc. 2 CPCC.

Esta causa se corresponde con el Incidente de Apelación que manda formar el art. 250 inc. 2 CPCC, cuando los recursos de apelación estuvieran destinados a cuestionar dos sentencias interlocutorias y fuera concedido en relación con efecto devolutivo (ver fs. 40 y 199).

Llegaron en igual fecha (03/08/2015) los autos principales caratulados "GARCÍA, Rita del Carmen c/ GAMBOA, Rocío Soledad s/ DENUNCIA", estos que debían quedar en el órgano jurisdiccional interviniente para el cumplimiento de lo decidido en la sentencia interlocutoria dictada con fecha 27/02/2015 y realizar el seguimiento de la revinculación del niño R.S.B. al núcleo monoparental materno.

La remisión de ambos expedientes no sólo conlleva el incumplimiento de la norma procesal indicada sino que puede causar daño a R.S.B. pues el órgano jurisdiccional se ha desprendido de todas las constancias que posibilitarían como señalé el proceso de revinculación con su progenitora.

Por las razones dadas se recomienda a la *iudex a quo* dar cumplimiento con las mandas procesales de modo adecuado, sobre manera cuando se encuentre involucrado el derecho de menores (art. 706 inc. c CCCN).

2. Recurso de apelación interpuesto a fs. 196.

Concedido a fs. 199.

Sabido es que la jurisdicción de alzada se abre en función del recurso de apelación concedido (SCBA, 2/9/80), "Reseña", 1980, p. 249, n° 614), radicada la causa ante esa instancia se inicia su conocimiento por el Tribunal integrado en debida forma.

Así le corresponden un conjunto de deberes, facultades y limitaciones que van desde el examen de la admisibilidad del recurso que fuera concedido en la primera instancia, hasta pronunciarse sobre el fondo de la cuestión (arts. 254, 272 CPCC).

De allí que la primera misión de la alzada es relevar la admisibilidad del recurso concedido por el *iudex a quo*: examinar si la resolución es apelable, si el quejoso tiene calidad de parte legítima, así como también si lo ha deducido en tiempo. Los justiciables, en consecuencia, no pueden disponer al respecto, sino

que, por el contrario deben observar lo dispuesto por el ordenamiento y recaudos formales de admisibilidad. El orden de las apelaciones hace a los derechos absolutos, es decir, "al orden público" (CC0203, 23/3/93, "Jurisprudencia", n° 3, p. 127).

Por último he de señalar que la providencia que otorga o deniega la apelación, como principio general no es susceptible de recurso de revocatoria, ni modificable de oficio, ni aún a petición de parte.

A fs. 196 Rita del Carmen García, actora en autos, con patrocinio letrado interpuso recurso de apelación directa con "*...la resolución de fecha 27 de Febrero de 2015, la que dispone la restitución de...*", el que fuera concedido a fs. 199 en relación y con efecto devolutivo.

La resolución apelada es la corrección oficiosa de la parte dispositiva de la sentencia interlocutoria de fs. 188/191, de modo puntual se aclaró el nombre de la madre del niño R.S.B.; ello sin sita normativa alguna por lo que se ha incurrido en otro error procesal. El juzgado de origen mandó anotar a la recurrente de la aclaratoria en forma conjunta con la

sentencia indicada y registrar en relación a ella (arts. 36 inc. 3, 161, 166 inc. 2 CPCC).

Ahora bien con rigor de verdad lo único que de modo evidente pretende recurrir la señora García es la aclaratoria de fecha 27/02/2015 nada dice de la sentencia del 25/02/2015, cuando en realidad esta última debió haber sido objeto del recurso pues en ella se encuentra la fundamentación de la decisión en tanto que la corrección afecta sólo a la parte dispositiva del decisorio. Es así que técnicamente correspondería declarar mal concedido el recurso de fs. 192, no obstante por las razones que daré el recurso se ha de declarar admisible.

Resulta destacable por su parte que la cuestión de fondo planteada se refiere al estado actual de un menor de edad, razón esta que hace emerger impolutas las normas vigentes sobre el tema, en particular su columna vertebral, me refiero a la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 75 inc. 22 CN y 3.1 de la Convención).

Rechazar el intento apelatorio con pie en un hito de naturaleza procedimental, teniendo en

consideración los derechos que se intenta proteger, nos haría incurrir en un excesivo rigor de las formas, que tengo pleno convicción merecen ser flexibilizadas de modo excepcional en el *sub lite*.

Este criterio lo hube de dejar sentado al emitir el voto pre opinante en la Causa Britos (n° 90411, Sentencia del 23/06/2011) de este Tribunal, el que en la actualidad encuentra mayor sustento en las normas de naturaleza procesal que incluye en los artículos arts. 705 y 706 incs. a y c del CCCN.

Merece que realice aquí un paréntesis para señalar que como es sabido la redacción de los códigos de procedimientos integran la materia que la Constitución Nacional delega en las provincias, sin perjuicio de que la Corte Suprema de la Nación se ha pronunciado a favor de su constitucionalidad. En el caso que me ocupa, comparto el criterio de considerarlas como un andarivel de base para la efectividad de los derechos de los menores en todo el territorio de la república. En el ámbito provincial se refuerza esa posición con el arts. 15 y 36 inc. 2 C. Prov. en referencia a la tutela judicial efectiva y

continúa y a la niñez (art. 18 CN, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Anotado, págs. 630/632, Ed. Thomson Reuters La Ley, Bs. As., 2015).

Desde tales ópticas a fin de no tornar ilusorio el derecho del menor a que su superior interés sea protegido, máxime cuando de las manifestaciones de la actora recurrente se encontraría comprometida su salud y normal desarrollo, considerando de modo muy especial la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación referida a que en los casos en que se trate de alguna manera de resguardar aquel principio, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, debiendo encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional; si mi opinión es compartida en este excepcionalísimo caso corresponde admitir el recurso de apelación deducido a fs. 196 contra la sentencia de fs. 188/191 y su aclaratoria de fs. 192 (CSJN; Fallos 324:975 y 327:5210; "Quintana, Norma Beatriz s/ recurso de amparo medida de no innovar" C 18-07-2006; "Quiroz,

Milton Julio y otros c/ Caporaletti y otros", Sent. del 01-06-2004).

III. Tratamiento de los recursos interpuestos.

El eje de tratamiento de los recursos deducidos (fs. 31 y 196) resulta *prima facie* cronológico, más en este proceso por la repercusión que han de tener el libelo de fs. 198 y los dichos del menor R.S.B. vertidos en la audiencia celebrada ante este órgano jurisdiccional, de la que da cuenta el acta de fs. 229; corresponde alterar aquel y dar tratamiento al deducido por la actora García en primer término.

1. Recurso contra la sentencia interlocutoria de fs. 188/191.

La actora, abuela materna de R.S.B.; se agravia por cuanto considera que la restitución del menor a la demandada no consideró que el menor no tuvo contacto con esta, que pasó casi un año sin que se vieran y que en dicho contexto se ordenó la restitución cautelar sin tener presente el estado de salud mental de Gamboa. Que resulta necesario el informe de un profesional idóneo en la materia, que ponga luz acerca de la medicación que debe tomar o bien en su caso si están dadas las

condiciones suficientes para que el niño pueda convivir con la madre.

En relación al análisis de los agravios vertidos por la actora a fs. 201/203, de acuerdo con lo acreditado en la causa se adelanta que no surge en modo alguno que la progenitora del niño, Rocío Soledad Gamboa, sea inepta para ejercer los derechos que le asisten y cumplir con los correlativos deberes que la responsabilidad parental le impone, en orden a la restitución cautelar ordenada fs. 188/191 y 192 (arts. 638, 639, 641, 646 y cctes. del CCCN).

Resulta pertinente señalar que la responsabilidad parental difiere del antiguo concepto de patria potestad, en el sentido que ya no se trata de la idea de los hijos como objeto de protección, sino como sujetos de derecho en desarrollo, inmersos en una realidad que se sustenta en el principio de democratización de la familia y de la concepción de los niños en calidad de sujetos plenos de derechos.

Este concepto a la vez se basa en el art. 5 de la CDN que alude en primer término a las "responsabilidades" de los padres y más aún en el

ámbito nacional al art. 7 de la ley 26.061 que se refiere a la "responsabilidad familiar"; términos y conceptos que recoge el CCCN en plenitud.

Esta denominación se relaciona con la idea de contención y acompañamiento que los progenitores deben ejercer en interés de los hijos, teniendo como límite el principio de su autonomía progresiva.

Se debe distinguir entre la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental; siendo que mientras que la titularidad refiere al conjunto de deberes y derechos que tienen en su carácter de representantes legales, el ejercicio se traduce en la puesta en práctica de aquellos.

En este camino, teniendo en cuenta el último aspecto reseñado, es que debe valorarse el plexo probatorio producido en la causa a fin de tener o no por acreditados los hechos que fueran expuestos por la actora al denunciar actos de violencia por parte de la demandada.

De los testimonios vertidos a fs. 41/47, como así también del informe psicológico de fs. 104/106, emerge que la cuestión medular de la problemática

familiar evidenciada, radica en la mala relación entre la actora y la demandada -madre e hija-, y no así en torno a un real y probado mal desempeño de esta última en su rol de madre que justifique o fundamente la pretensión actoril, es decir que se desplace el ejercicio de la responsabilidad parental en su manifestación como cuidado personal, de la progenitora a la abuela materna del niño R.S.B..

Igual sentido lleva el informe socio ambiental de fs. 129/130, a través de la conclusión de la Lic. Rodríguez que da cuenta de la conflictividad existente entre madre e hija, haciendo hincapié en la existencia de un vínculo severamente deteriorado.

No hace referencia alguna a las condiciones de habitabilidad del domicilio de la accionada ni a su descalificable calidad personal en detrimento del cumplimiento del ejercicio cabal de la responsabilidad parental que le compete.

Por su parte el psicólogo Jorge O. Renzulli, informa que la demandada concurre a la asistencia terapéutica en forma regular "implicándose

subjetivamente en la elaboración de las situaciones traumáticas que ha padecido" (v, fs. 168).

De lo expuesto emana que se ha probado que en modo alguno puede descalificarse, como se dijo, a Rocío Soledad Gamboa para ejercer su rol materno, o argumentar que el deseo que tiene de recuperar a su hijo esté basado en una mera expresión de voluntad subjetiva, sin hechos concretos que lo avalen (arts. 375, 384, 474 CPCC).

No puede dejar se señalarse si bien el niño R.S.B. ha convivido con su abuela materna, ello ha sido en forma intermitente y por cuestiones estrictamente laborales de su madre, quien ha tenido que dejarlo al cuidado de aquella en forma obligada, sin voluntad de hacerlo con carácter definitivo y menos de abandono.

En ese rumbo Gamboa adujo que, a fin de poder hacerse cargo de R.S.B., ha elegido para laborar el horario de 18 a 24 hs., por cuanto ese turno le brinda tiempo suficiente para cumplir con los requerimientos de su hijo en el diario vivir (fs. 130).

Antes de comenzar el tratamiento de los agravios de la actora García, señalé que la audiencia celebrada

con fecha 29/09/2015 (fs. 229) a la que asistió R.S.B., había tenido como resultado algunos hechos que tendrían impacto en este voto. El niño que es por naturaleza locuaz manifestó con claridad que estaba viviendo con su madre desde hacía tiempo, extremo que acreditó la restitución cautelar como así que en la actualidad vive con su madre y un hermano menor mostrándose en todo momento cómodo en ese contexto monoparental materno.

Si bien es cierto que esta decisión restitutiva tiene carácter cautelar no lo es menos que al no haberse probado la conducta que la actora imputó a la accionada, no resulta aconsejable que R.S.B. sufra una nueva modificación de su *statu quo*, por lo que debe confirmarse la decisión de la instancia de origen en clara protección del superior interés del menor. Es que en cuestiones como la de autos, el referido interés es el que debe prevalecer por sobre cualquier otro, debiendo ser respetado el *statu quo* adquirido a fin de no ocasionar un perjuicio mayor que podría configurarse al llevarse a cabo un cambio abrupto e injustificado en su cotidianeidad (arts. 1, 2, 9, 18, 19 CDN).

Como último párrafo de esta parcela es mi deber recomendar a las partes de este proceso -actora y demandada- cumplir con la asistencia a una terapia psicológica de acompañamiento para reparar en alguna medida el vínculo madre-hija que se encuentra fracturado, y es por demás evidente que esa fractura repercute en el menor R.S.B. que se ha transformado en un hito de disputa en clara afectación de su superior interés.

2. Recurso interpuesto a fs. 31/39. Concedido a fs. 40.

Se agravia la progenitora a fs. 49/53 por considerar que la restricción de acercamiento dada y la guarda provisoria otorgada en el marco de la ley 12.569 y su modificatoria ley 14.509, no gozan de los presupuestos sustanciales necesarios que hacen viable lo dispuesto. También argumenta en su favor que el decisorio en crisis no tuvo en cuenta el interés superior del menor al inobservar el vínculo materno filial, violando los principios constitucionales del debido proceso y defensa en juicio, además de atentar contra derechos personalísimos y de orden público.

Sin perjuicio de la argumentación vertida por la recurrente es lo cierto que al presente teniendo en cuenta la fecha del decisorio atacado (11/04/2014; v, fs.18/21) lo apelado ha sufrido impacto desde dos ángulos; el primero la abstracción producido por el transcurso del tiempo y el segundo la confirmatoria de la cautelar de restitución que *supra* se decide, que por otra parte y ante el efecto como se ha concedido el recurso ya se ha producido.

Las razones señaladas hacen que la intervención de la Alzada en cuanto al recurso de fs. 31/39 devenga inoficiosa.

IV. COSTAS.

Las costas de esta instancia se deben imponer con relación al recurso de fs. 49/53 en el orden causado atento la forma en que se ha decidido y respecto del recurso de fs. 196 a la recurrente en su condición de vencida (art. 68 CPCC).

VOTO POR LA AFIRMATIVA

LA SEÑORA JUEZA DOCTORA CANALE ADHIRIÓ AL VOTO PRECEDENTE POR SUS FUNDAMENTOS.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA JUEZA

DOCTORA DABADIE DIJO:

Por los argumentos dados, citas legales y jurisprudenciales propongo al Acuerdo; declarar inoficiosa la intervención de esta instancia con relación al recurso deducido contra la interlocutoria de fs. 31/39. Declarar admisible el recurso de fs. 196 y en su consecuencia confirmar la restitución cautelar del menor R.S.B. a su madre dispuesta a fs. 188/191 y su aclaratoria de fs. 192. Las costas se deben imponer con relación al recurso de fs. 49/53 en el orden causado atento la forma en que se ha decidido y respecto del recurso de fs. 196 a la recurrente en su condición de vencida (arts. 18, 75 inc. 22 CN; 15, 36 inc. 2 Const. Prov.; 1, 2, 3.1, 9, 18, 19 CDN; 7, 638, 639, 640 inc. b, 641 inc. b, 646, 648, 705, 706 inc. a y c CCCN; 36 inc. 3, 68, 161, 166 inc. 2, 242, 250 inc. 2, 254, 272, 375, 384, 474 CPCC; 7 ley 26.061 y ley 12.569 y sus modificatorias).

Los honorarios de esta Alzada se regularán cuando lo hayan sido los de la primera instancia (art. 31 LHP).

ASI LO VOTO.

LA SEÑORA JUEZA DOCTORA CANALE ADHIRIÓ AL VOTO
PRECEDENTE POR SUS FUNDAMENTOS.

CON LO QUE TERMINÓ EL PRESENTE ACUERDO,
DICTÁNDOSE LA SIGUIENTE

S E N T E N C I A

Por los fundamentos expuestos en el Acuerdo que antecede, los que se tienen aquí por reproducidos, este Tribunal resuelve declarar inoficiosa la intervención de esta instancia con relación al recurso deducido contra la interlocutoria de fs. 31/39. Declarar admisible el recurso de fs. 196 y en su consecuencia confirmar la restitución cautelar del menor R.S.B. a su madre dispuesta a fs. 188/191 y su aclaratoria de fs. 192. Las costas se deben imponer con relación al recurso de fs. 49/53 en el orden causado atento la forma en que se ha decido y respecto del recurso de fs. 196 a la recurrente en su condición de vencida (arts. 18, 75 inc. 22 CN; 15, 36 inc. 2 Const. Prov.; 1, 2, 3.1, 9, 18, 19 CDN; 7, 638, 639, 640 inc. b, 641 inc. b, 646, 648, 705, 706 inc. a y c CCCN; 36 inc. 3, 68, 161, 166 inc. 2, 242, 250 inc. 2, 254, 272, 375, 384,

474 CPCC; 7 ley 26.061 y ley 12.569 y sus
modificatorias).

Los honorarios de esta Alzada se regularán
cuando lo hayan sido los de la primera instancia (art.
31 LHP).

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.

SILVANA REGINA CANALE

MARIA R. DABADIE

GASTON FERNANDEZ
Abogado Secretario