

ACUERDO: En la Ciudad de Zapala, Provincia del Neuquén, a los catorce (14) días del mes de Agosto del año 2015, se reúne en Acuerdo la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctoras Gabriela B. Calaccio y Alejandra Barroso, para dictar sentencia en estos autos caratulados: **"DEFENSORA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE DE CUTRAL CO C/ PROVINCIA DEL NEUQUENH S/ AMPARO"**, (Expte. 66940 - año 2014) del Registro del Juzgado de Primera Instancia Civil 1, Fuero Familia, de la II Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Cutral Có.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la **Dra. Alejandra Barroso dijo:**

1. Llegan los autos a esta instancia por recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y expresión de agravios obrante a fs. 85/93vta., contra la sentencia de fecha 27 de febrero de 2015 que hace lugar al amparo impetrado por la Defensoría de los Derecho del Niño y del Adolescente de la II Circunscripción Judicial condenando a la Provincia de Neuquén a integrar en el plazo perentorio de sesenta días el equipo interdisciplinario para cumplir funciones en la Dirección de Gestión Comunitaria Región Andina Centro del Ministerio de Desarrollo Social de la provincia (fs. 56/74).

La actora contesta el traslado conferido conforme surge del escrito de fs. 96/102.

2. El apelante finca su queja concretamente en dos agravios puntuales:

a) En su primer agravio sostiene la nulidad de la sentencia en crisis siendo que la Fiscalía de Estado nunca fue notificada de conformidad con lo dispuesto por los arts. 6 y 12 de la ley 1981.

Expresa que el único que fue notificado fue el Sr.

Gobernador, pero nunca llegó cédula de notificación u oficio alguno al Sr. Fiscal de Estado, pese a lo esencial de dicha comunicación. Que de las constancias de autos resulta que se intentó faxear una cédula (en realidad un oficio, fs. 15/16), y se consignó "error de comunicación".

En estos términos considera que la contestación de demanda, que fuera desglosada por extemporánea, debió tenerse por presentada en forma espontánea, resultando arbitrario desglosar tal libelo por considerar notificado al Sr. Fiscal de Estado mediante un fax con error de comunicación, el que nunca llegara a destino.

Asimismo, afirma que el juzgado jamás vinculó la casilla al Sistema Dextra, lo cual impidió a esa parte tomar vista de las providencias en las mismas condiciones que la contraria.

Destaca que esta es la única oportunidad procesal con la que cuenta para impugnar el vicio que denuncia, conforme art. 23 de la ley 1981, siendo que lo único impugnable es la sentencia mediante recurso de apelación.

Alega como fundamento la violación del debido proceso y de su derecho de defensa en juicio, con cita textual del art. 6 de la citada normativa, de donde surge que la notificación de la demanda debió ser cursada al domicilio real de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Neuquén, sito en calle Alvear 191 de la ciudad de Neuquén. Afirma que el único que fue notificado en debida forma fue el Sr. Gobernador, y nunca llegó cédula de notificación u oficio al Sr. Fiscal de Estado, pese a lo esencial de dicha comunicación de lo cual colige que, la contestación de demanda oportunamente presentada fue espontánea, de buena fe y en colaboración con la celeridad y entidad de la causa, en tiempo y forma, resultando arbitrario desglosar tal libelo del expediente por considerar notificado al Sr. Fiscal de Estado mediante un "fax con error de comunicación", transgrediendo las normas procesales de notificación de demanda

y omitiendo considerar los argumentos vertidos por esa parte, teniendo por no contestada la demanda e incurriendo en un exceso ritual manifiesto en violación a su derecho de defensa.

Por estas razones solicita se revoque la sentencia apelada.

b) En su segundo agravio plantea que la decisión ingresa en un área reservada a las facultades del PE provincial, violando el sistema republicano de gobierno, estableciendo detalles de políticas públicas que son facultades exclusivas del Ministerio de Desarrollo Social, ingresando en el área de discrecionalidad del Ejecutivo Provincial.

Afirma que no es judicialmente establecer que debe residir un equipo interdisciplinario en la ciudad de Cutral Co, porque podría ocurrir que el Ministerio de Desarrollo Social abordara los casos desde la ciudad de Neuquén con su equipo existente, tal y como se expresara en la contestación de demanda que se desglosara.

Considera que, existiendo un equipo interdisciplinario, vacantes y más profesionales seleccionados para ser designados, con más el apoyo del equipo de Sede Central, es imposible plantear que existe una omisión arbitraria e ilegal como describió la amparista.

Entiende que la defensoría exigió profesionales sin fundamento legal, en tanto conforme resulta del art. 29 de la ley 2302 y su reglamentación, dicha implementación queda en el marco de competencias exclusivas del PE, por ende, cómo cumplir el objetivo de garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes, queda en el marco de reserva que no está sujeto a control jurisdiccional.

Seguidamente, reproduce el escrito de contestación de demanda que fuera desglosado.

Realiza otras consideraciones, cita jurisprudencia que

hace a su derecho y solicita se revoque la sentencia apelada en lo que ha sido motivo de agravios, teniéndose por presentada en tiempo y forma la contestación de demanda y el informe circunstanciado requerido y la documental acompañada.

3. a) Al contestar el traslado conferido, la actora en primer lugar, sostiene que el recurso ha sido mal concedido considerando que la Fiscalía de Estado ha quedado notificada de la sentencia a través de su apoderada Dra. González conforme resulta de la constancia de fs. 82, por lo que, encontrándose uno de los apoderados debidamente notificado con fecha 2 de marzo de 2015, la sentencia se encuentra firme y consentida.

Entiende que la notificación al Dr. Díez, en todo caso correspondía a los fines de la regulación de los honorarios profesionales a él regulados.

Por estas razones, solicita en primer término se declare mal concedido el recurso de apelación por resultar extemporáneo y se disponga la remisión al origen a fin de continuar la ejecución de la sentencia.

b) Subsidiariamente pasa a contestar los agravios en traslado expresando que en autos la *a quo* ha dispuesto que la Fiscalía de Estado sea informada del proceso mediante oficio, que el oficio fue librado y enviado vía fax y vía correo postal, que el organismo ha tomado debida noticia del proceso y ha presentado contestación de demanda de manera extemporánea, habiendo tomado pleno conocimiento de la documental.

Considera que, habiendo reconocido la Fiscalía de Estado que se notificó del proceso y se dispuso a contestar el mismo, no puede en este estadio procesal sostener que no fue notificada.

Expresa que la costilla del reporte del fax resulta un elemento poco confiable, y que evidentemente el fax llegó a destino y Fiscalía pudo presentarse en juicio contestando a cada uno de los extremos planteados por la actora. Afirma que, sin

perjuicio de ello, el oficio y las copias originales fueron posteriormente enviados vía correo postal.

Sostiene que el organismo pretende se declare la omisión en la notificación cuando la misma tuvo lugar, y que no resulta válida la nulidad por la nulidad misma, no existiendo perjuicio ya que la Fiscalía de Estado estuvo notificada y presentó el escrito de contestación a cada extremo, por lo que de ninguna manera se ha violado el debido proceso ni la defensa en juicio. Reitera que la notificación ha cumplido su cometido, que el organismo contestó demanda, por lo que no se ha violado ningún derecho o garantía constitucional que permita en este estado procesal retrotraer instancias ya superadas.

Sostiene que el apelante ha controlado todas las instancias del proceso, conforme surge de la notificación electrónica de fs. 32, que el Dr. Díaz ha asistido a la audiencia establecida por el art. 15 de la ley 1981 y ha estado presente en las declaraciones testimoniales que detalla, actuación ratificada a fs. 53 por los apoderados de la Fiscalía de Estado.

Agrega que al momento de dictarse el proveído de fs. 28 que tuvo por contestado en forma extemporánea el traslado de demanda, debió la recurrente hacer el planteo pertinente para hacer valer sus derechos y no esperar a este estadio procesal, cuando ha venido interviniendo en las distintas etapas, audiencias y prueba, pretendiendo ahora volver a estadios ya fenecidos y precluidos, interponiendo una nulidad de la notificación. Cita el art. 23 de la ley 1981.

Solicita el rechazo de esta queja con costas.

c) Seguidamente, contesta el agravio con fundamento en la cuestión no justiciable, expresando que con respecto a la ley 2302, el Estado argentino asumió compromisos internacionales entre los que se encuentra la asignación de recursos y adoptar todas las medidas administrativas pertinentes para hacer

efectivos los derechos de niños, niñas y adolescentes; que, conforme resulta de la prueba, el propio Ministerio de Desarrollo Social ha reconocido que no puede llevar a cabo las intervenciones que la ley establece ni que el juez dispone, por no contar con los profesionales para llevar a cabo dichas intervenciones y evaluaciones interdisciplinarias, vulnerando los derechos de los niños y niñas.

Que en cada uno de los casos ofrecidos como prueba, y valorados en la sentencia, resulta que el Estado provincial no ha dado cumplimiento con lo dispuesto por la ley 2302, situación que lleva largos años de vulneración de los derechos de los niños/as por la omisión del Estado provincial en el cumplimiento de las normas vigentes.

Por estas circunstancias, considera que no le asiste razón al quejoso en plantear una cuestión no justiciable, teniendo en cuenta que el PE, en cabeza del Gobernador de la Provincia de Neuquén, viola la ley y vulnera los derechos humanos de quienes deben ser especialmente protegidos y que, por el contrario, son los más afectados por el propio Estado.

Enumera los derechos humanos previstos en las normas constitucionales y que considera violentados por la carencia de recursos que el Estado debe disponer, no siendo una cuestión reservada a su criterio, sino una manda legal que no cumple.

Realiza otras consideraciones, cita doctrina y jurisprudencia que hace a su derecho y solicita se rechace el recurso interpuesto, con costas.

Formula reserva de caso federal y de acudir a la Corte IDH.

4. En forma preliminar he de consignar que entiendo que la queja traída cumple con la exigencia legal del art. 265 del C.P.C.C.

En esta cuestión, y conforme ya lo he expresado en

anteriores precedentes, la jurisprudencia sostiene que: "...Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional. De allí entonces que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto. Ahora bien, no obstante tal amplitud en la apreciación de la técnica recursiva, existe un mínimo por debajo del cual las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como agravios en el sentido que exige la ley de forma, no resultando legalmente viable discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista (conf. C. N. Civ., esta Sala, Expte. N° 70.098/98 "Agrozonda S. A. c/Jara de Perazzo, Susana Ventura y otros s/escrituración" y Expte. N° 60.974/99 "Agrozonda S. A. c/Santurbide S. A. y otros s/daños y perjuicios" del 14/8/09; Idem., id., Expte. N° 43.055/99, "Vivanco, Ángela Beatriz c/Erguy, Marisa Beatriz y otros s/daños y perjuicios" del 21/12/09)... (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, "Scott, Sonia Lorena c/ Guerra Cruz, Angelina s/daños y perjuicios", 27/10/2011, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/67333/2011)."

He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio

y el derecho al doble conforme (art. 8, ap. 2, inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica).

También puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir al apelante en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimentes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

5. a) Ingresando al tratamiento de las quejas traídas, he de considerar en primer lugar y por una cuestión de orden lógico y metodológico, si el recurso ha sido bien o mal concedido conforme lo argumentado expresamente en la contestación de los agravios.

En este aspecto, considero que el planteo no puede prosperar.

Ello teniendo en cuenta que, conforme resulta de la certificación actuarial de fs. 82, si bien la sentencia fue notificada al domicilio electrónico o casilla asignada a la apoderada de la demandada como abogada matriculada en Neuquén Dra. González (NQ2111), con fecha 2 de marzo de 2015, sin embargo, conforme lo advierte acertadamente la jueza *a quo*, la misma no había sido debidamente notificada al domicilio electrónico constituido por la Fiscalía de Estado a fs. 53.

A fs. 53 la parte demandada presentó, por intermedio de sus apoderados, escrito en el cual constituye domicilio electrónico en FISECIV y que no fuera proveído oportunamente, sin perjuicio de lo cual resulta el único domicilio electrónico constituido por esa parte en el expediente, más allá de las casillas electrónicas asignadas a los letrados matriculados (conf. Anexo I, aspectos técnicos, aprobado por Ac. 4905, pto. 8 del 15/8/2012). Por

estas razones, no correspondía la notificación automática en la casilla asignada al profesional, sino al domicilio expresamente constituido (conf. art. 11.3) del Reglamento de la notificación por medios electrónicos, a *contrario sensu*).

En este sentido, el art. 3 de la ley 2801 dispone que las personas que intervienen en los procedimientos judiciales o administrativos, deberán constituir domicilio electrónico, como sucedió en este caso (conf. art. 2 y 5 del Reglamento de la notificación por medios electrónicos y art. 40 CPCC).

Por estos fundamentos, considero que el recurso interpuesto ha sido bien concedido.

b) Planteo de nulidad:

Adelanto que este agravio de la recurrente no ha de merecer favorable acogida en este voto, dando mis razones.

Destaco en forma preliminar que resulta improcedente el recurso de apelación deducido a fin de impugnar actos procesales anteriores al dictado de la sentencia, en este caso la alegada falta de notificación del traslado de demanda, pues conforme lo previsto en el art. 253 del CPCC el recurso de apelación comprensivo del de nulidad está reservado para subsanar vicios que afecten a la sentencia en sí misma, quedando excluidos los errores de procedimiento, cuya impugnación corresponde al incidente de nulidad (conf. CACC de San Martín, Sala II, del 9/4/03, "Municipalidad de Malvinas Argentinas c/ Sociedad Alemana de Gimnasia, LLBA2004, 449, la ley online).

El recurso de apelación comprensivo de la pretensión de nulidad reserva el tratamiento de la cuestión a la Alzada, pero se encuentra referido, exclusivamente, a la existencia de vicios y omisiones en la constitución

formal de la sentencia, permitiendo se la invalide cuando adoleciera de defectos de forma o relativo a las solemnidades prescriptas para dictarla (doctrina del art. 253 del CPCC).

En cambio, para impugnar errores de procedimiento o *in procedendo*, corresponde otro mecanismo de impugnación referido a deficiencias anteriores al dictado de la sentencia, y que es el incidente de nulidad

La cuestión en el presente caso, gira en torno a la interpretación del art. 23 de la ley 1981 que prohíbe expresamente a las partes articular incidentes de cualquier naturaleza, con lo cual le habría estado vedado a la parte afectada introducir este planteo oportunamente para su tratamiento en la instancia anterior, siendo el recurso de nulidad la única posibilidad que tiene de agravarse sobre los defectos de procedimiento, conforme lo postula en su escrito de expresión de agravios.

Esta posición es sostenida por Osvaldo Alfredo Gozaíni en su obra Derecho Procesal Constitucional, Amparo, pág. 504, en cuanto afirma que, a través del recurso de apelación en el proceso de amparo, que incluye el de nulidad, se pueden criticar defectos procesales por ser la única posibilidad ante la prohibición de plantear incidentes del art. 16 de la ley nacional, similar a la norma de la provincia de Neuquén.

Sin embargo, y más allá de compartirse o no lo sostenido por este autor, en el presente caso, el recurrente ha tenido posibilidad de plantear la cuestión en la instancia anterior y no lo ha hecho, pretendiendo introducir la nulidad recién en esta instancia.

Por el contrario, la ha consentido, considerando que el auto que dispone el llamado de autos para sentencia tiene virtualidad para purgar cualquier vicio, defecto o

error de procedimiento de fecha anterior a su dictado.

En este sentido la jurisprudencia sostiene: "... Sabido es que la nulidades procesales están regidas por los principios de especificidad, convalidación, protección y conservación, lo que caracteriza su naturaleza relativa, de ahí que el criterio para su juzgamiento debe ser estricto y de interpretación restrictiva (Z N° 6131, del 10/3/99, p. 2)... toda nulidad por defecto de procedimiento queda subsanada si no se formula el reclamo en la misma instancia que se originó, o, si se consiente el llamamiento de autos, que tiene la virtualidad de purgar cualquier vicio, defecto o error de procedimiento. A diferencia de las nulidades del derecho civil, en el proceso, todas pueden ser convalidadas por el consentimiento expreso o tácito de la parte afectada, si éste no reclama en término su reparación, pues no existen nulidades procesales absolutas ni insanables, ya que son siempre relativas y quedan cubiertas por voluntad expresa o tácita de las partes (Rep. Zeus, t. 10; p. 809). En efecto, los vicios anteriores a la sentencia definitiva deben ser remediados por la vía del incidente de nulidad, y los errores de procedimiento de la sentencia, por la vía del recurso de nulidad, constituyendo aquél el medio adecuado para reparar los errores "in procedendo", y no ejercitado en tiempo hábil hace convalidable el acto y subsanable el vicio que padezca (Conf. Víctor De Santo, "Nulidades procesales", Ed. Universidad, p. 253 y sigtes.; Luis A. Rodríguez, "Nulidades procesales", p. 99 y sigtes.). Además, y reiterando los pronunciamientos reseñados, no cabe pronunciar ninguna nulidad en el procedimiento si se consintió el llamamiento de autos en el momento oportuno, lo que impide argüir la nulidad de actos anteriores (Z, R. 7, p. 570)..." (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto, "Bridas S. A.

c/ Rossini, Mateo C.", 18/11/1999).

Resulta de las actuaciones que, luego de la providencia cuestionada de fecha 24 de octubre de 2014 por la que se dispone que la contestación de demanda resulta extemporánea y se ordena su desglose (fs. 28), se notifica al apoderado de la hoy recurrente el auto de apertura a prueba y la audiencia del art. 15 de la ley 1981, con fecha 20 de noviembre de 2014 (fs. 30 y 32); a fs. 42 concurre el Dr. Mario Jordán Díaz en carácter de gestor procesal de la Provincia a la audiencia del art. 15 de la citada normativa, realizada el 5 de diciembre de 2014 y comparece a las audiencias de prueba testimonial rendidas en autos (fs. 43/52vta.), gestión que es ratificada por los apoderados de la demandada, hoy recurrentes, conforme resulta de fs. 53, luego de lo cual, se dicta la sentencia en crisis.

Destaco que los letrados apoderados interponen recurso de apelación manifestando que comparecen "por la participación acordada en autos", y acompañan poder general para juicios otorgado por el Sr. Fiscal de Estado en nombre y representación de la Provincia de Neuquén, por lo que entiendo que ese es el carácter en que se presentan y que siempre tuvieron en autos.

De la intervención que ha tomado la apelante durante el curso del proceso, surge que no ha introducido cuestión de nulidad alguna en la instancia anterior, circunstancia que veda ingresar a su tratamiento en esta Alzada.

Tengo en cuenta que, sin perjuicio de la prohibición de plantear incidentes en el proceso de amparo, el art. 23 de la ley 1981 establece expresamente la obligación del juez de subsanar de oficio o a petición de parte los vicios de procedimiento que se produjeran.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto por la última parte del art. 172 del CPCC, de aplicación supletoria de conformidad con lo establecido por el art. 23 de la ley 1981, las nulidades pueden ser declaradas de oficio y sin sustanciación cuando el vicio fuera manifiesto, así como también el art. 35 inc. 5, apart. b faculta al juez a disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar nulidades.

En este caso, la parte agraviada no efectuó ninguna petición para sanear el procedimiento, sino que continuó su intervención y nada dijo hasta interponer el recurso de apelación.

La circunstancia de admitir la norma del art. 23 que las partes puedan petitionar se subsanen los vicios de procedimiento que se produzcan tiene importancia en el amparo, ya que tiende a que el agravio se subsane en la misma instancia en que sucede, teniendo en cuenta que las restricciones que impone el amparo se dirigen a la celeridad del trámite y a evitar dilaciones.

Atendiendo a esta finalidad, de lograr la celeridad en un proceso sumarísimo que ampara garantías constitucionales, sería entonces contradictorio prohibir los planteos incidentales pero admitir que los mismos ingresen posteriormente y luego de tramitado todo el proceso, a través del recurso de apelación y sin haber sido introducidos oportunamente para su consideración por el juez de grado.

En este sentido se ha expresado: "...Lo propio ocurre con los incidentes en general, cuya promoción queda aplazada. Respecto del *incidente de nulidad procesal* carece prácticamente de virtualidad. Esto, no sólo porque la ley veda en el trámite sumarísimo del amparo su articulación sino principalmente porque es deber del órgano judicial -

aunque no medie petición de parte- subsanar todos los vicios e irregularidades de procedimiento..." (Morello, Augusto y Vallefín, Carlos A.; El amparo. Régimen procesal, pág. 179).

Tampoco interpuso oportunamente el apelante contra dicha providencia recurso de reposición, el cual no se encuentra expresamente excluido del art. 23, y forma parte del régimen recursivo general.

En este sentido "José Luis Lazzarini entiende que se encuentra permitida "no obstante el silencio de la ley", y de acuerdo con las reglas generales del proceso. Augusto M. Morello..., juzga que es obvio que la revocatoria o reposición pueda plantearse en el amparo, también por aplicación del régimen recursivo general, "a condición de que el recurrente tenga interés en la rectificación de lo erróneamente decidido por el mismo órgano que expidió la resolución" (en contra Sagues y Fassi; conf. Sagues, Néstor Pedro; Ley de amparo, pág. 402).

En este aspecto Gozaíni expresa: "...Nosotros creemos que procede el recurso o remedio de reposición sobre la base de los fines para los que la impugnación se dirige. En la misma instancia se pretende sanear un error de trámite que, quizá, obligaría a anular las actuaciones posteriores si no se corrigiera inmediatamente. De suyo, el juez tiene facultades propias para obrar en tal sentido, y provocadas cuando se pone de manifiesto el equívoco para su pronta consideración. El hecho de que pueda asignarse el trámite de los incidentes (art. 240, parte final, del Código procesal) no modifica las conclusiones, pues, si bien es cierto que debiera desecharse por inadmisibles (art. 239, parte segunda), al tener que sustanciarse, también lo es que debe darse al planteo un sentido finalista y utilitario para la celeridad procesal mientras la

impugnación tenga este sentido..." (conf. Osvaldo Alfredo Gozaíni, El Derecho de Amparo, págs. 177/179).

En estos términos, si bien cabe señalar que la participación del Fiscal de Estado es una cuestión procesal de orden constitucional en la que se encuentra fuertemente comprometido el orden público, y por lo tanto al advertirse su falta de intervención correspondería declarar la nulidad, sin embargo, en este caso concreto, no se ha configurado la falta de intervención indicada, siendo que, como representante natural de los derechos de la Provincia, ha procedido a tomar intervención.

Por otro lado, cabe destacar que le asisten, en su carácter de parte legítima y necesaria, no sólo todos los derechos, sino también las obligaciones y cargas de un demandado.

Por estas razones el agravio habrá de ser rechazado.

c) Cuestiones no justiciables:

En orden a este segundo agravio ya he tenido oportunidad de emitir opinión al respecto en autos: "**OTERO MIRTA LILIANA C/ ENTE PROVINCIAL DE AGUA Y SANEAMIENTO (EPAS) Y OTRA S/ ACCION DE AMPARO**", (Expte. Nro.: 61612, Año: 2013), precedente reciente de esta Sala I, argumentos que reiteraré en el presente en lo pertinente.

Señalo en forma preliminar que, si bien ha habido cierta evolución progresiva en orden a la justiciabilidad de las llamadas "cuestiones políticas", entiendo que cabe no adoptar posiciones extremas que puedan interferir en el ámbito de las atribuciones reservadas a los otros poderes y generar así una distorsión en la función jurisdiccional, pero tampoco dejar de decidir todos los aspectos esencialmente justiciables, abandonando espacios que pueden ser ocupados por la arbitrariedad ante la falta de un

verdadero control judicial.

Sin perjuicio de esta posición, y en este caso concreto, considero que la condena impuesta, ordenada a la obtención de un resultado u objetivo específico, y en el marco de una omisión que transgrede una obligación constitucional y legal (ley 2302), configura un caso justiciable y no constituye una "cuestión política".

Se ordena llevar a cabo acciones que, en definitiva y conforme las conclusiones fijadas en la sentencia, permitirían modificar y solucionar la situación denunciada, que por otro lado, debo destacar, ha sido profundamente analizada en la sentencia en crisis, valorando en forma precisa y detallada la totalidad de la prueba producida, todo lo cual no ha sido motivo de agravio y llega firme.

No ha cuestionado el recurrente la apreciación de la prueba efectuada en la sentencia, que conduce inexorablemente a la conclusión de la omisión por parte del Estado provincial del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales para con un sector de la población especialmente protegido (niños y niñas).

La decisión se orienta a un resultado, sin desconocer la discrecionalidad de la administración, ordenando que cumpla un objetivo, pero sin decirle cómo, ya que los medios son ajenos a la decisión judicial.

Además, no se están emitiendo valoraciones o juicios generales sobre una situación, ni disponiendo medidas de gobierno de alcance general, sino que se está decidiendo sobre un caso concreto, sobre medidas que, a criterio de la sentenciante (y de la requirente), resultarían eficaces para garantizar los derechos vulnerados.

En este aspecto, en postura que comparto, se

parte de la premisa de considerar que la eficacia del derecho constitucional, en este caso de incidencia colectiva, no puede quedar supeditada a la discrecionalidad de los poderes públicos.

En la citada causa OTERO, expresé que: "...La administración tiene un ámbito de discrecionalidad y arbitrio, dentro del marco jurídico, y debe proceder a realizar una valoración que hace a la necesidad, oportunidad, mérito, conveniencia y eficacia de las decisiones que tome; esa valoración es la que se considera zona de reserva de los actos estatales, descartando que se buscará la mejor solución entre muchas, y esta actuación del órgano es lo no justiciable. Lo que no se puede revisar es ese juicio de valor, que es político, pero no las consecuencias de ese acto (en este caso las consecuencias de la omisión de la demandada) sobre los derechos constitucionales que el poder judicial está obligado a proteger.

En este sentido: "...la tradicional jurisprudencia del Tribunal postula que las razones de oportunidad, mérito, o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que les son propias, no están sujetas al control judicial (cita a Fallos: 98-20; 147-402; 160-247; 238-60; 251-21; 275-218; 295-814; 303-1029; 308-2246; entre muchos otros). Pero estimamos preciso señalar que este último criterio no es absoluto, porque la propia CS ha establecido la excepción que hace procedente la revisabilidad judicial en estas cuestiones de oportunidad, mérito, o conveniencia, cuando los criterios adoptados por los otros Poderes resulten irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran, sean arbitrarios o irrazonables, o cuando consagran una

manifiesta iniquidad (Fallos: 328-566 de 2005; 329-385 de 2006)...". (Haro, Ricardo; Las cuestiones políticas y el control jurisdiccional de las facultades privativas de los Poderes Estatales en la Doctrina de la Corte Suprema, Const. 2014 (noviembre), 37, LA LEY 2014-F, 1048).

Es incorrecto también pretender asimilar "facultades privativas" de la administración con el carácter de "no justiciables". En este sentido nos ilustra Ricardo Haro: "...Para una mayor eficiencia de la doctrina de la división y el equilibrio de los poderes, sabido es que si bien por un lado existen atribuciones que, tienden a afianzar la independencia o la separación de los diversos Departamentos del Gobierno, por otro las hay que procuran lograr el equilibrio de los poderes, mediante la colaboración y el control entre ellos. Esto implica evidentemente la existencia de facultades privativas en los departamentos del Estado, pero de ningún modo ello significa que necesariamente pueda surgir de su naturaleza "privativa", lisa y llanamente, la irrevisabilidad judicial, pues presentar una simetría entre "facultades privativas" y "facultades no justiciables", no sólo es erróneo, sino que constituye un expediente fácil para acentuar un Poder Judicial más encerrado, "autista", compartimentado y autorrestringido (self-restraint)...". (Haro, Ricardo; Las cuestiones políticas y el control jurisdiccional de las facultades privativas de los Poderes Estatales en la Doctrina de la Corte Suprema, Const. 2014 (noviembre), 37, LA LEY 2014-F, 1048).

En orden a las decisiones judiciales que involucran situaciones de DESC como el presente, la doctrina expresó que: "...tampoco aceptamos la justiciabilidad en todos los casos en que los poderes estatales, frente a concretas situaciones (económicas,

culturales, sociales, etc), deban realizar un juicio de prudente valoración política sobre la necesidad, la oportunidad, la conveniencia, el mérito o la eficacia de las respuestas que deben darse a dicha demanda. Todo ello sin perjuicio, lógicamente, de la justiciabilidad en caso que trascendiendo esas coordenadas, el órgano competente haya actuado en forma manifiestamente irrazonable o inicua, en los actos concretos de ejecución que afecten los derechos y las garantías constitucionales...". (Haro, Ricardo; Las cuestiones políticas y el control jurisdiccional de las facultades privativas de los Poderes Estatales en la Doctrina de la Corte Suprema, Const. 2014 (noviembre), 37, LA LEY 2014-F, 1048).

En el fallo MENDOZA (CSJN, 331:1622, sentencia del 8/7/08, Cita online: AR/JUR/3913/2008), la CSJN, al disponer una serie de medidas que debían cumplir otros poderes públicos expresó: "...El objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración. De tal modo, el obligado al cumplimiento deberá perseguir los resultados y cumplir los mandatos descriptos en los objetivos que se enuncian en la presente, quedando dentro de sus facultades la determinación de los procedimientos para llevarlos a cabo...".

Los otros poderes tienen la función de determinar las políticas públicas, ya que están mejor especializados para hacerlo, pero una vez tomada la decisión, los tribunales tiene la obligación de determinar si se han cumplido o violado ciertas normas en tanto ello conduzca a la vulneración de los derechos de las personas en un caso concreto llevado a su conocimiento.

El problema se plantea cuando los otros poderes o instituciones no actúan, y en estos casos de grave inacción, se debe intervenir para cumplir con el mandato constitucional (conf. Sola, Juan Vicente; "Tratado de Derecho Constitucional", Tomo V, pág. 452).

En este sentido se orienta el fallo de la CSJN en MENDOZA, citado, en donde debió intervenir en principio por la inacción gubernamental frente a un problema complejo; también en "Lavado c/ Provincia de Mendoza", L. 733.XLII; 13/2/07, se expidió con respecto al ejercicio del control judicial sobre las actividades de otros poderes ante la falta de resultados, indicando las medidas que debían tomarse para poner fin a la situación de violación de derechos humanos (conf. Sola, Juan Vicente; "Tratado de Derecho Constitucional", Tomo V, pág.453/455).

Con respecto a la justiciabilidad de los casos que, como el presente, implican la apreciación de acciones positivas para la vigencia de los DESC, la jurisprudencia ha sostenido que: "El control judicial de la función materialmente administrativa que debe ejecutar las medidas de acción positiva para la satisfacción de los derechos sociales, cuales son educación, vivienda, salud y alimentación, no se encuentra vedado por disposición alguna de la Constitución Nacional ni Provincial (del voto del doctor Spacarotel)". (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, "Reina, Ricardo J. c. Provincia de Buenos Aires y otro", 16/03/2006, LA LEY 2006-C, 520).

En el mismo precedente se expresó: "...De este modo, adoptado un curso de acción por el Ejecutivo, o bien por el contrario verificándose un supuesto de "omisión material", el Poder Judicial tiene la posibilidad de examinar -ante un caso concreto- si la alternativa elegida

se adecua a las exigencias establecidas por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. No se trata de un análisis de oportunidad, mérito o conveniencia: la cuestión que se pone bajo escrutinio judicial es la idoneidad de la medida implementada para garantizar el acceso de los interesados al derecho (Ver cons. 15.3 de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma Buenos Aires, sala II, 12/3/2002, "Ramallo, Beatriz y otros v. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo"; LA LEY, 2005-A, 843; y en Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, nro. 28, setiembre 2003, p. 30. con cita del Tribunal del caso resuelto por la Corte Constitucional de Sudáfrica, "The Government of the Republic of South Africa and others vs. Irene Grootboom", caso "C. C. T.", 11/00, fallado el 4/10/2000, en el cual se analizó la justiciabilidad del derecho a la vivienda, con fundamento en el art. 11, párr. 1°, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 26 de la Constitución que los rige)".

"En tal sentido, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha sostenido que: "... las prestaciones sociales son disciplinadas por normas jurídicas, de modo que la revisión judicial se limita a verificar el cumplimiento de las obligaciones positivas y negativas establecidas por aquellas normas, y en caso de incumplimiento, a ordenar su remedio, sin que esto importe violación alguna de la división de poderes o de la "zona de reserva" de la Administración. (TSJ, 21/6/2001, expte. 869/01, "Pérez, Víctor Gustavo y otros c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo -y su acumulado expte. 870/01-", argumento del voto de la Dra. Alicia E. C. Ruiz y del Dr. Julio B. J. Maier, reg. 166, t. II, f°

351/365, año 2001)...". (Del voto del Dr. Spacarotel; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, "Reina, Ricardo J. c. Provincia de Buenos Aires y otro", 16/03/2006, LA LEY 2006-C, 520)..."

En estos términos, considero que no existe interferencia indebida en las funciones y facultades que competen al Poder Ejecutivo Provincial, ni se han considerado situaciones que hagan a la oportunidad, mérito o conveniencia de la gestión de gobierno, razonable y objetivamente apreciadas.

En este sentido: "...El Poder Judicial se constituye como custodio del adecuado cumplimiento de la ley, incluso cuando se trata del actuar de los otros poderes del Estado. Postular lo contrario implicaría tanto como hacer tabla rasa con el principio de equilibrio de poderes y el régimen de pesos y contrapesos. Precisamente "la tríada de poderes en nuestro derecho constitucional responde a la ideología de seguridad y control que organiza una estructura de contención del poder para proteger a los hombres en su libertad y sus derechos" (Bidart Campos, Jorge, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires, 1992, Ediar, t. II, pág. 16, n° 18.). De este modo estimo que las decisiones judiciales en nada menoscaban el principio de separación de poderes, ni se introducen indebidamente en la Administración (Poder Ejecutivo) en cuanto dicho control, propugne la revisión de las obligaciones asumidas para la ejecución de su política pública, derivadas de un mandato expreso y positivo del legislador..." (Del voto del Dr. Spacarotel) (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, "Reina, Ricardo J. c. Provincia de Buenos Aires y otro", 16/03/2006, LA LEY 2006-C, 520).

Sin bien en un supuesto fáctico diferente, aunque

considero que aplicable al caso en tanto refiere a que las facultades privativas de la administración deben ejercerse discrecionalmente pero no en violación de normas constitucionales, el TSJ local ha expresado: "...Es evidente entonces, que debe existir justiciabilidad, en todo aquello en que la norma jurídica ha regulado de tal forma, que en menor o mayor medida, pueda realizarse el juicio cierto concreto y objetivo, que permita declarar alguna violación a la regulación legal o constitucional. Dicho de otra forma, existe justiciabilidad respecto de todo el ámbito de lo normado, en toda la hondura de lo normado, pero nunca más allá de lo normado" (Cfr. "Las cuestiones políticas: ¿prudencia o evasión judicial?", Haro, Ricardo LL. 1991-D-1050)... Las llamadas facultades privativas, que en su consecuencia se dicten, en conclusión, serán susceptibles de control jurisdiccional, en cuanto en su ejercicio afecten formal o sustancialmente el debido proceso, porque no hay facultades privativas que autoricen la violación de la legalidad constitucional; sí las hay para ejercerlas exclusiva y discrecionalmente (no arbitrariamente), siempre dentro del marco de la Ley Fundamental" (cfr. R.I. 3133/01) ...("OTHARÁN EMILIA C/ CONCEJO DELIBERANTE DE SAN MARTÍN DE LOS ANDES S/ ACCIÓN DE NULIDAD", TSJ, Acuerdo 09/10, Expte: 2895 - Año 2009, sentencia del 14/12/10).

Cabe consignar que el autor citado en este precedente de nuestro TSJ se ha enrolado decididamente en la corriente que propugna un avance prudente pero vigoroso de la justiciabilidad de las llamadas "cuestiones políticas". (Haro, Ricardo; Las cuestiones políticas y el control jurisdiccional de las facultades privativas de los Poderes Estatales en la Doctrina de la Corte Suprema, Const. 2014 (noviembre), 37, LA LEY 2014-F, 1048)..."

Por estos fundamentos, el presente agravio

también habrá de rechazarse.

d) Sentado lo anterior, no corresponde ingresar a considerar la contestación de demanda que el recurrente transcribe en su recurso, por no resultar procedente su análisis en esta instancia.

6. Por los fundamentos vertidos, doctrina y jurisprudencia citada, propicio el rechazo del recurso de apelación interpuesto en todo aquello que ha sido materia de agravios y, consecuentemente, la confirmación de la sentencia apelada.

Las costas de esta instancia he de imponerlas a la recurrente en su condición de vencida (art. 68 del CPCC), procediendo a la regulación de honorarios en esta Alzada, de corresponder (arts. 2 y 15 ley 1594).

Mi voto.

A su turno la Dra. Gabriela B. Calaccio dijo:

He analizado en profundidad la totalidad de las actuaciones y en particular valorado los conceptos vertidos por la señora Jueza de Primera Instancia, compartiendo además el análisis efectuado por la vocal preopinante.-

En aquél sentido considero que este caso particular, dado la materia sujeta juzgamiento y la obligación internacional que pesa sobre el Estado Argentino, como signatario de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño, en modo alguno la decisión adoptada en la instancia de origen y confirmada en ésta, ingresa en el tratamiento de cuestiones no judiciales avasallando la división de poderes.-

La afirmación contenida en el párrafo anterior reconoce su encuadre jurídico en principios constitucionales y Pactos Internacionales, en particular el principio de la tutela judicial efectiva (arts. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica y arts 8, 9 y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y en este sentido considero que frente a

un acto que conculque una prescripción constitucional o legal, el afectado tiene el derecho de recurrir a la justicia a fin de ser plenamente restablecido aquel derecho. (cfr. art. 18 de la CN).-

En este caso sometido a decisión existe una omisión del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones, que repercute negativamente sobre los niños/as y adolescentes en situación de vulnerabilidad. Esta cuestión puntual no fue atacada por el quejoso, y, ha quedado plenamente acreditada a través de la prueba producida a lo largo de todo el proceso.-

En aquél sentido se ha dicho y comparto "...ese punto de partida no es otro que el principio de separación de poderes que, lejos de constituir un sistema rígido en nuestra Constitución, prescribe un esquema que implica una armonía y colaboración entre los distintos poderes, junto a una atribución material que, si bien adjudicada en forma predominante al titular de cada uno de los tres poderes del Estado, no consagra la idea de una separación absoluta,-ni en sentido positivo de las funciones estatales..." (-La judicialización de las cuestiones políticas -Juan Carlos Cassagne, pág. 30)

Por las consideraciones expuestas, estando en un todo de acuerdo con los fundamentos y conclusiones a la que arribara mi colega preopinante, voy a acompañar en la decisión adoptada votando en igual sentido.

Por ello esta Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y de Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, Sala I;

RESUELVE:

I.- Rechazar del recurso de apelación interpuesto en todo aquello que ha sido materia de agravios y, consecuentemente, confirmar la sentencia dictada con

fecha 27 de febrero de 2015.

II.- Costas a la recurrente vencida conforme lo considerado.

III.- Regular los honorarios de la Sra. Defensora de los derechos del Niño y Adolescente en el equivalente al 27% de los regulado en la anterior instancia, es decir en la suma de pesos dos mil quinientos sesenta (\$2.560,00); diferir la regulación de los honorarios del resto de los letrados intervinientes hasta el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 2 de la ley 1594.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan al juzgado de origen.-

Dra. Alejandra Barroso
Jueza de Cámara

Dra. Gabriela B. Calaccio
Jueza de Cámara

REGISTRO SENTENCIAS DEFINITIVAS N° 137/150 año 2015

Folio 137/150

