



**ACUERDO:** En la Ciudad de Zapala, Departamento del mismo nombre de la Provincia del Neuquén, a los veinticuatro -24- días del mes de julio del año 2025, 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, doctores Manuel Castañón López y Pablo G. Furlotti, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Norma Alicia Fuentes, dicta sentencia en estos autos caratulados: "**V. E. I. C/ M. J. M. S/RESTITUCIÓN**", (Expte. Nro.: 76753, Año: 2022), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Familia N° 2 de la III Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Zapala.

De acuerdo al orden de votos sorteado, el **Dr. Manuel Castañón López** dijo:

#### **I. Introducción**

El 10/10/2022 el Sr. E. I. V. interpone demanda contra J. M. M., a los fines de que se ordene la restitución de los niños Bautista N. V. y J. A. V., ambos hijos del actor y de F. V. C., quien falleció el 14 de marzo de 2021.

Para fundar su acción, relata -en prieta síntesis- que se encontraba en pareja con la Sra. C. y que tras su fallecimiento, los niños quedaron a su exclusivo cuidado; pero que tras un hecho delictivo sufrido en su vivienda el 1/7/2022, solicitó al tío materno de los niños -el demandado J. M. M.- que resguardara a sus hijos.

Indica que tras buscar a los niños, el Sr. M. los mantuvo en su hogar y denunció al actor. Sostiene que nunca desatendió los derechos de sus hijos y señala que su interés es desarrollarse junto a su padre.

El demandado contestó el traslado de la acción el 18/11/2022 y sostuvo, en lo que aquí interesa, que los niños se encontraban en una situación de desamparo y peligro en la casa de su padre -a quien califica de tener "*problemas con las adicciones*"- y que por ello obtuvo la guarda de sus sobrinos.



Resalta la existencia de un proceso enmarcado en la ley 2785 por medio del cual se ordenó la prohibición de actos de violencia, de acercamiento del padre a sus hijos y se otorgó la guarda al Sr. M.

Señala que se encuentra en trámite un proceso de tutela respecto de los niños, en el que el actor se encuentra rebelde.

## **II. La resolución recurrida**

El 9/12/2024 la jueza subrogante dictó sentencia, en la que consideró necesario resolver no sólo lo peticionado por el actor en su demanda, sino también respecto de la situación fáctica de los niños, resaltando que se encuentran *"bajo el cuidado del demandado desde hace más de dos años"*.

En primer lugar, consideró improponible la demanda de restitución dado que el demandado había asumido funciones de guardador en el marco de una medida excepcional, debiendo haberse canalizado el asunto en el proceso de tutela tramitado ante el mismo Tribunal en el Expediente 76393/2022.

Tras analizar la prueba producida, teniendo presente el proceso de tutela que corre por cuerda -que no se encontraba resuelto- y resaltando que *"corresponde que se resuelva la situación fáctica en la que se encuentran los niños, al cuidado de un tío materno y brindarle a esta circunstancia un marco de legalidad y reconocimiento jurídico"*, consideró necesario resguardar la situación fáctica de los niños, en el entendimiento que se encuentran en condiciones adecuadas de cuidado con su tío.

Asimismo, entendió que correspondía otorgar la tutela de los niños a su tío, aun cuando resaltó que ello debió ser definido en el Expediente 76393/2022. Para ello consideró que la posibilidad de guarda se encontraba agotada, que el plazo previsto por el art. 657 del CCyC había transcurrido y que la convivencia continuaba hasta la fecha.



Entendió también procedente suspender la responsabilidad parental del Sr. V. en función de lo dispuesto por el art. 702 inc. d) del CCyC.

Finalmente, consideró necesario garantizar la revinculación de los niños con su progenitor, con la intervención de la autoridad de aplicación.

Así, resolvió rechazar la pretensión de restitución promovida por el actor; ordenando suspender la responsabilidad parental del Sr. V. respecto de sus hijos B. N. y J. A.; otorgando la tutela de los niños a su tío, J. M. M.; disponiendo un proceso de revinculación entre los niños y su padre y la continuidad del tratamiento psicológico del Sr. V.

Impuso las costas en el orden causado.

### **III. Recurso del Sr. M.**

El Sr. Montesino apeló la sentencia y se agravió de la imposición de costas. Sostuvo al respecto que la demanda de restitución fue promovida por el Sr. V., pese a que no existía legitimación activa ni pasiva de las partes, por lo que *"la actora eligió generar un dispendio jurisdiccional y gastos, ante la guarda dispuesta en el marco de una medida excepcional"*. Resaltó asimismo que al existir un proceso de tutela en trámite, la demanda de restitución resultó infundada.

Agrega que tuvo que recurrir al servicio de una abogada particular para ejercer su defensa en este proceso.

Indica que el Sr. V., además de considerar reprochable su conducta en relación a sus hijos, promovió innecesariamente este proceso donde ha resultado perdidoso.

### **IV. Recurso del Sr. V.**

El actor V. también apeló la sentencia. Los agravios que pueden extraerse de su escrito recursivo son tres.

En primer lugar, se agravia al calificar la sentencia como incongruente al resolver asuntos no planteados en la demanda. Resalta que petitionó la restitución de sus hijos pero la



resolución dispuso el otorgamiento de la tutela al demandado y la suspensión de su responsabilidad parental.

En segundo lugar, sostiene que los niños no fueron escuchados.

En tercer lugar, indica que *"El único fundamento que se utiliza para otorgar la tutela de mis hijos es el mal entendido interés superior del niño"* (sic).

#### **V. Contestación de los agravios**

El Sr. M. contestó los agravios el 17/2/2025, mientras que el Sr. V. mantuvo silencio.

#### **VI. Preliminar**

Inicialmente, debe recordarse que este Tribunal, como juez del recurso, puede examinar el cumplimiento de los recaudos formales que exige el art. 265 del CPCyC.

En ese examen, debe recordarse que si bien en principio, a criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la doble instancia no reviste jerarquía constitucional (Fallos: 320:2145), ha hecho excepción a esa regla cuando la ley procesal aplicable sí confiere ese derecho, supuesto en el cual le ha reconocido esa jerarquía (Fallos: 310:1424 y sus citas), y en tales casos la doble instancia no puede suprimirse arbitrariamente (Fallos: 307:966, 310:169 y 347:1764).

Así, advirtiendo la gravedad con la que el art. 266 del CPCyC sanciona a las falencias del escrito recursivo, considero que los escritos recursivos satisfacen, aun mínimamente en el caso del actor V., los recaudos de admisibilidad al expresar una mínima crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados en la instancia anterior, lo que impide declarar la deserción del recurso (Fallos: 310:2914, 311:1989 y 312:1819, en sentido contrario).

Sentado lo expuesto, debe recordarse que es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino sólo aquellas que sean conducentes y posean



relevancia para decidir el caso (Fallos: 258:304, 262:222, 265:301, 272:225, etc.). Por tal motivo, no será necesario seguir todos y cada uno de los fundamentos recursivos brindados, sino sólo aquellos que sean conducentes para decidir el presente litigio.

### **VII. Resolución**

Para resolver el recurso, la presente resolución se estructurará sobre la base temática que se presenta a continuación, a los fines de una lectura más adecuada y sencilla: 1) Sobre el principio de congruencia en el presente proceso; 2) Sobre el interés superior del niño; 3) Sobre la escucha a los niños; 4) Sobre las costas.

En los acápites 1) a 3) se dará respuesta a los agravios del Sr. V.; y en el apartado 4) se dará tratamiento al recurso del Sr. M.

#### **1) Sobre el principio de congruencia en el presente proceso**

De la lectura del expediente ha quedado claro que el aquí actor, Sr. V., interpuso la demanda con un objetivo: demandar al tío materno de sus hijos, con quienes los niños conviven en el marco de una guarda excepcional fundada en un proceso de abordaje de violencia familiar, a los fines de que se proceda a la "*restitución de mis hijos*".

La sentencia contempló no sólo la existencia de la acción, a la que calificó de improponible subjetiva y objetivamente, sino que también valoró la existencia de un proceso de tutela que fue ofrecido como prueba instrumental por ambas partes (fs. 11 vta. y fs. 30), el que se tuvo presente a fs. 39 vta. para el momento de resolver y fue agregado por cuerda a fs. 121 vta.

De la lectura de dicho expediente de tutela (76393/2022), que corre por cuerda, surge que la Defensora Adjunta de los Derechos del Niño de la III Circunscripción Judicial solicitó ante el Juzgado de Familia el otorgamiento de la tutela de los niños en cabeza de su tío materno, el Sr. M.



En dicho proceso se consideró extemporánea la presentación del Sr. V., ordenándose su desglose (fs. 24) y finalmente se ordenó su vinculación a la presente causa (fs. 35, sin foliar).

En efecto, al momento de resolver la pretensión esgrimida por el Sr. V. en el presente proceso, se encontraba también pendiente de resolver el trámite de la tutela de los niños que, si bien se originó en el expediente 76393/2022, luego se vinculó al presente no sólo por pedido de la Defensoría de Derechos del Niño en aquél proceso, sino a instancia de las partes del presente, quienes lo ofrecieron como prueba.

Advierto así que la jueza adecuadamente ponderó el universo de situaciones jurídicas y fácticas que debían ser resueltas respecto a los derechos de los niños involucrados en el proceso, y resolvió aunar en una única pieza procesal la resolución de todas las cuestiones.

Aún si se postulase un apego irrestricto al principio de congruencia formulado en términos clásicos -lo que debería descartarse conforme lo consideraré más adelante-, tenemos que la jueza tenía para definir dos grandes cuestiones: la pretensión de restitución, que fue rechazada; y el proceso de tutela, que se resolvió en el dispositivo III de la sentencia atacada.

Y vinculado a esta última decisión, se analizó la vigencia de la responsabilidad parental del Sr. V. y se dispuso el proceso de revinculación con sus hijos.

Esas decisiones, junto con la de continuar el proceso de tratamiento psicológico, se encuentran inescindiblemente vinculadas al régimen de tutela de los niños.

Pero aun así, tenemos que en el marco de los conflictos familiares, el proceso adquiere ciertas particularidades que lo tornan un procedimiento singular, gozando día a día de mayor autonomía respecto de otros ámbitos del derecho Kielmanovich, Jorge L., "Los principios del proceso de familia", Revista de Derecho Procesal, Santa Fe: Rubinzal



Culzoni, 2002, t. 2002-I, pág. 87.. Es que en estos conflictos, el proceso se transforma en una garantía de la que las personas disponen para solucionar situaciones conflictivas en el desarrollo de la vida familiar.

Así, con la incorporación de los tratados internacionales de Derechos Humanos al bloque de constitucionalidad federal, el proceso de familia debe garantizar soluciones justas en un marco de respeto a los nuevos derechos expresamente reconocidos tanto a niños, personas mayores, personas con discapacidad, mujeres; así como a la tutela judicial efectiva y a la perspectiva de vulnerabilidad, aspectos que no siempre encuentran una plena respuesta en la visión clásica del proceso típicamente patrimonial.

Es así que el rol de los jueces de familia, en todas las instancias, se ha transformado y se ha escindido del rol de un juez patrimonial. No sólo debe garantizarse el debido proceso y los derechos humanos, sino que debe atenderse a la búsqueda de soluciones que compongan los conflictos y que, desde ese lugar particular de decisión, colaboren con la paz familiar y social.

Cuando se hallan comprometidos derechos de personas vulnerables, los magistrados debemos poner un énfasis específico en esa condición. Dentro de este grupo se encuentran los niños, niñas y adolescentes, cuyos derechos han sido ampliamente reconocidos en sede internacional, nacional y provincial, y de allí que el rol de la magistratura debe transformarse en garantía de respeto irrestricto de dichos derechos.

Es así que el "nuevo" proceso de familia debe hacerse cargo de la constitucionalización del derecho privado: el derecho a ser oído, el derecho a la tutela judicial efectiva, el deber de debida diligencia, han transformado sin dudas el rol y el norte de estos procesos.

Un apego irrestricto a los principios clásicos, como el principio dispositivo o de congruencia, llevaría a encontrar



soluciones *formalmente adecuadas* pero que no se hacen cargo de los conflictos que subyacen al proceso.

Así, el rol de la magistratura y de los procesos debe tender a garantizar adecuadamente los lineamientos que impone nuestra Constitución Provincial, en cuanto establece que la familia "debe ser amparada por el Estado, que asegura su protección social y jurídica" (art. 46), que las personas con discapacidad tienen garantizado un "pleno goce y ejercicio de los derechos" (art. 50), y que los niños tienen una garantía de máxima protección de derechos (art. 47), entre otros.

La justicia en estos asuntos se transforma en una justicia de acompañamiento, de garantía y de pacificación, que procura sentencias tuitivas por encima de los formalismos clásicos, donde los jueces dejan de ser meros "espectadores" y se transforman en protagonistas, "*procurando diseñar estrategias reales, aplicables, útiles en especial a la recomposición de la familia de un modo artesanal y particular*" Herrera, Marisa, "Manual de Derecho de las Familias", Buenos Aires: La Ley, 2023, pág. 110.

Como ha sido dicho por la jurisprudencia de la Corte Suprema peruana Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Perú, 2011, disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/295d9000476ad1c3bed9fe1f51d74444/III+Pleno+Casatorio+Civil+%5B1%5D.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=295d9000476ad1c3bed9fe1f51d74444> : "*El derecho procesal de familia se concibe como aquél destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencie del proceso civil en razón a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como última ratio*".



Agregó dicho tribunal que: *"la naturaleza del derecho material de familia, en sus diversas áreas y en distintos grados, condiciona al legislador y al Juez para regular y desarrollar procesos que correspondan a aquella naturaleza, evitando el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal. Se comprende por ello que, por un lado, el proceso tenga una estructura con componentes flexibles y, por otro lado, el Juez de familia tenga amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos"*.

Es en este marco que los arts. 706 y 709 del CCyC incorporan, expresamente, el **principio de oficiosidad** en el marco de los procesos de familia.

Ello implica, por un lado, una directiva para la actuación judicial, donde la magistratura debe ejercer la dirección permanente del proceso. Como señalan Kemelmajer y Herrera, *"Este principio comprende las facultades del juez en materia de prueba, las medidas ordenatorias e instructorias que incluyen aún el impulso de oficio"* Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa, "Tratado de Persona Humana y Derecho de las Familias", Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2024, t. 6, pág. 33..

Por el otro lado, la oficiosidad implica naturalmente flexibilizar el principio dispositivo tradicional, así como el de preclusión y el de congruencia, con fundamento en los derechos sustanciales que son tutelados. Las citadas autoras sostienen que *"en función de los deberes reconocidos a quienes ejercen la judicatura y del carácter indisponible de algunos de los derechos sustanciales, en estos procesos el sistema dispositivo da paso a uno más publicista. Por cierto, la presencia del interés superior de niñas, niños y adolescentes, el interés familiar, personas en condiciones de vulnerabilidad, entre ellas personas que por sus géneros ven dificultados el acceso a la justicia y a la eficacia de sus derechos, exigen que el proceso sea dirigido en función de parámetros que introduzcan vías de nivelación procesal y acciones positivas"*



que equiparen posibilidades, aún desde la actuación oficiosa” Kemelmajer de Carlucci y Herrera, *op. cit.*, pág. 145.. Ello, sin que la oficiosidad avasalle el derecho de defensa ni los derechos constitucionales que tienen las personas involucradas en el proceso.

Como sostiene Gozaíni, “tanto el principio dispositivo, como el de preclusión; el impulso procesal; y muchos otros que forman parte del elenco de la teoría general del proceso, en materia familiar revierten y exigen adaptaciones a un nuevo modelo de jurisdicción tuitiva” Gozaíni, Osvaldo A., “Principios Procesales del derecho de las familias”, Buenos Aires: La Ley, 2024, pág. 196..

Sobre la congruencia en particular, Gozaíni señala como adecuadas las sentencias que involucran sujetos que no son partes en sentido estricto, señalando que el eje normativo de atención ha mutado hacia la prevención de conflictos y el derecho a ser oído, transformando la sentencia clásica (dirimente y bilateral) a una sentencia tuitiva y ajustada a derecho Gozaíni, *op. cit.*, pág. 198..

Asimismo, señala el autor que en los procesos de familia, existen posibilidades de resolver fuera del marco de lo demandado: “La posibilidad de resolver fuera del marco de lo pedido no agravia el derecho de defensa ni conspira con la garantía del debido proceso. No se trata de cambiar el interés puesto de manifiesto en la demanda, ni de socavar el derecho del litigante a satisfacerlo en la misma proporción que ha propuesto, sino de advertir que **la cosa demandada no es un objeto estanco y acotado, sino un marco de referencia** donde el poder del que pide e, inclusive, los acuerdos logrados entre las partes, **permite reconducir o replantear la pretensión llevándola a una flexibilidad que el principio de congruencia, en los parámetros actuales, no admite ni tolera**” Gozaíni, *op. cit.*, pág. 201..



Así, introducidas las cuestiones centrales -el conflicto humano, en el caso, determinado por la necesidad de garantizar el bienestar de dos niños- al proceso, independientemente de cuál ha sido la pretensión esgrimida (en el caso, la del Sr. V. de "restitución" de sus hijos; y la de la Defensora de Derechos del Niño de disponer la tutela), **la justicia de familia debe garantizar una solución que componga el conflicto humano por sobre cualquier formalismo**, garantizando el derecho de defensa y a ser oído de las personas involucradas.

Sobre el punto, la Cámara de Apelaciones de la Primera Circunscripción Judicial, sala 2, ha sostenido que: "La congruencia refiere a la existencia de una correlación total entre dos grandes elementos definidores del esquema contencioso: la pretensión y la decisión, donde el término pretensión incluye tanto la pretensión propiamente dicha ejercida por el actor, cuanto a los términos de la resistencia del demandado (cfr. Guasp, citado por Morello, Augusto Mario en "Prueba, incongruencia, defensa en juicio", pág. 37, Abeledo Perrot, Bs. As., 1977).

Se trata de una figura que hunde sus raíces en el principio dispositivo y su finalidad es asegurar el derecho de defensa.

No obstante, en los procesos de familia su interpretación debe realizarse en consonancia con los principios generales establecidos en el art. 706 y ccs. del CCC, atendiendo -precisamente- a las particularidades de esos conflictos: son en esencia mutable y el tiempo opera con un peso trascendental.

El resultado de esa actividad hermenéutica es la mentada flexibilización de la congruencia en el derecho de familia, que supone -entre otras cosas- "... elasticidad en orden a la valoración de las pretensiones: pretensiones-oposiciones, argumentos y pruebas, que el juez moderno deberá poseer y donde el punto nodal se halla en su desiderátum: la búsqueda de una 'solución justa' en el marco de un 'proceso justo' (...) Hoy nos



*hallamos inmersos en una acuciante necesidad de búsqueda de 'la justicia en la decisión', la que no puede quedar enturbiada u opacada con aquellos requerimientos aritméticos procesales, productos de un crudo positivismo y del culto a estrechos postulados del dogmatismo conceptualista." (Enderle, Guillermo J., La congruencia procesal, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 330).*

*Lo dicho implica valorar la congruencia no desde una mirada absoluta o apegada a la literalidad de los términos utilizados en los escritos postulatorios; sino, en clave de protección de derechos constitucionales. Es decir, que se impone la necesidad de evaluar si, en el caso concreto, ha existido o no alguna transgresión al derecho de defensa de las partes.*

*En esta línea, explica De los Santos: "...la misión del juzgador es asegurar la efectividad del derecho en su integridad, así como de las garantías constitucionales en su conjunto, mandato que impone, en algunas situaciones, flexibilizar la congruencia (vale decir, hacer una excepción a este postulado), siempre que se asegure la bilateralidad, con el objeto de acordar una solución mejor y más justa al conflicto, preservando así otras garantías vinculadas al debido proceso adjetivo" (De los Santos, Mabel Alicia; "Flexibilización de la congruencia", publicado en La Ley 22/11/2007, 1 - La Ley 2007-F, 1278, cita online: AR/DOC/3555/2007)" "DURAN LAURA C/ LOPEZ VICTOR HUGO S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS", (JNQFA2 EXP N° 138287/2022), del 3/7/2024..*

En el marco expuesto, observo que la decisión de la jueza de grado no vulneró el derecho de defensa del Sr. V. y tendió a garantizar adecuadamente un derecho superior que se encontraba en juego: el derecho de los niños involucrados. Así, el argumento relativo a la violación del principio de congruencia no resulta atendible.



**2) Sobre el interés superior de los niños B. N. y J. A.**

**2.a)** Conforme lo establecido por el art. 3 de la ley provincial 2302 y el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada tanto al bloque de constitucionalidad federal (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), como al bloque constitucional provincial (art. 47), toda decisión que involucre a niños, niñas o adolescentes debe considerar primordialmente su interés superior.

El respeto al interés superior del niño constituye una directiva insoslayable para la magistratura y tal como ha señalado el Comité de Derechos de la CDN en su Observación General N° 14, el interés superior del niño es un concepto triple, ya que abarca un derecho sustantivo, un principio jurídico de interpretación y un principio procesal.

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, todo lo cual puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones, tanto positivas como negativas, de la decisión en el niño o los niños interesados, así como la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho.



De dicha Observación General también se desprenden los siguientes lineamientos:

- en lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto;
- el interés superior del niño se aplicará a todos los asuntos relacionados con el niño y se tendrá en cuenta para resolver cualquier posible conflicto entre los derechos;
- la evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan;
- la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño.

Conforme lo expuesto, el principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes debe orientar la decisión tanto en conflictos de orden procedimental que no tengan una respuesta legal expresa, como también en la consideración frente a los intereses de las personas adultas. Para ello, la escucha a quienes cuenten con el grado de madurez suficiente resulta fundamental y debe ser promovida por los Tribunales, conforme el lineamiento que prevé el art. 15 de la ley provincial 2302.

La extensión de este principio es tal, que ha sido incorporada expresamente por el CCyC en numerosas regulaciones atinentes a diversos ámbitos de la vida de los niños: ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes (art. 26), apellido (art. 64), discernimiento de la tutela (art. 113), adopción (arts. 595, 604, 621 y 2634), responsabilidad parental (arts. 639, 643, 671, 703 y 2639), y restitución internacional



(art. 2642); así como en el marco de los principios generales procesales (art. 706 inc. c).

**2.b)** En el marco de lo expuesto y volviendo al caso que nos ocupa, tenemos que analizar la prueba producida a los fines de determinar si la decisión de la magistrada de grado se adecuó al interés superior de los niños B. N. y J. A. V. Ello, considerando que las pruebas producidas permiten obtener un cúmulo de información que, en conjunto con lo que surge de la escucha activa a los niños, permite arribar a una conclusión determinada.

Sin que se halle en discusión la plataforma fáctica que rodea a la guarda excepcional que viene ejerciendo el tío materno de los niños, como consecuencia de una medida de protección dictada en la causa "M., J. M. c/ V. E. I. s/ Situación Ley 2785" (49193/2022), tenemos que del informe emitido por la psicóloga tratante de B., surge que el niño ha manifestado *"estar tranquilo y a gusto con sus tíos"* y cuando es preguntado por su familia paterna, manifiesta *"no querer tener contacto con ellos"*, por lo que *"se podría inferir que B. ha estado expuesto a situaciones de angustia y poco cuidado"*, las que habría que evitar en virtud de su situación de duelo por la pérdida de su madre (fs. 25).

Del informe emitido por el Equipo Interdisciplinario de la Oficina de Violencia, surge que los niños se *"muestran aferrados a la familia materna, con quienes conviven desde hace un año y medio aproximadamente, vivenciando la convivencia y los vínculos con ésta como agradables y placenteros"*. Se agregó que **"Ambos expresan no querer ver a su papá"** (fs. 89).

En otro informe que se emitió tras una visita espontánea al hogar de los niños y el Sr. M., surge que se encontraban en un clima familiar distendido y afectivo, que ambos hacen deporte (fútbol y natación) y que los niños no tienen contacto con su padre (fs. 94/95). Se advirtió *"una relación afectiva y positiva entre los niños"* y su tío (fs. 96).



También surge de allí que la situación que motivó la intervención del tío en la vida de los niños, fueron situaciones de consumo de alcohol y drogas por el padre, así como episodios de angustia y de hambre en la escuela.

De la visita espontánea a la vivienda del padre actor y de la entrevista desplegada, surge que *"hace un año y medio E. no tiene contacto con los hijos, desconociendo su estado actual y la cotidianeidad de los mismos. Puede expresar su interés de retomar el contacto con B. y J. y poder encargarse de la crianza de los mismos, reorganizando su rutina de vida para poder acompañarlos en sus necesidades e intereses"* (fs. 109 vta.).

El padre de los niños acreditó haber iniciado una terapia psicológica a fs. 105, indicándose en el informe de fs. 108 que *"refiere encontrarse bajo tratamiento psicológico, por sugerencia de su abogada"* (el resaltado es propio). El profesional indicó el 15/4/2024 que el actor presenta *"óptima salud psicológica y moral para poder empezar con los primeros encuentros de recuperación de su relación filial"* (fs. 112).

Así, se aprecia que la sentencia recurrida **valoró un conjunto de medidas probatorias producidas en el proceso -las que fueron debidamente reseñadas por la magistrada-** y que permiten ratificar la contundente conclusión allí vertida respecto al bienestar físico, psicológico y social de los niños en la vida que desarrollan junto a su tío materno, sumado a una situación social compleja en el seno de vida del progenitor actor -consumo de drogas y alcohol, además de hechos de violencia perpetrados por terceros-.

La prueba, que por su contundencia fue reseñada parcialmente, no sólo lleva a ratificar el razonamiento probatorio de la magistrada, sino que permite descartar lo central del agravio del Sr. V. en punto a que *"El único fundamento que se utiliza para otorgar la tutela de mis hijos es el mal entendido interés superior del niño"*.



No sólo que el interés superior del niño no es el "único fundamento", puesto que la decisión se funda en circunstancias fácticas a esta altura incontrovertibles y en un encomiable trabajo de los equipos interdisciplinarios, sino que **no habría ningún obstáculo constitucional a que ese fuese el único fundamento.**

El respeto irrestricto a los derechos de las infancias exige considerar en forma primordial, especial y prioritaria al interés superior del niño, por lo que si fuera "el único fundamento", esa solución sería absolutamente válida.

La mejor respuesta jurisdiccional que podemos darle a los niños es esa: **respetar su interés superior.**

No observo, ni tampoco se ha dado razones en el escrito recursivo, en qué medida existió un "mal entendido interés superior".

### **3) Sobre la escucha a los niños B. N. y J. A.**

El escenario probatorio descripto anteriormente, se ve complementado con la necesaria escucha a los niños involucrados.

Considerando que J. A. tiene 6 años de edad y B. N. tiene 9 años de edad, ya cuentan con un grado de comunicación y comprensión bastante de su situación familiar y sus deseos, así como para transmitir sus necesidades y determinar en qué medida pueden ser satisfechas por la familia de la que forma parte su tío materno.

Como fue dicho, la escucha a los niños resulta fundamental en estos procesos, no sólo como ejercicio de su derecho a ser oídos, sino como mandato procesal para determinar la solución que mejor contemple su interés superior.

Si bien el escueto agravio del actor se centró en que "*mis hijos no fueron oídos por la juez*", advierto que la jueza sí oyó a los niños el 7/3/2023, conforme el acta obrante a fs. 46.

Y aun cuando de allí no surge quién fue la magistrada interviniente ni el contenido de la escucha -lo que



metodológicamente podría resultar inconveniente para su análisis en instancias ulteriores del proceso-, he escuchado a los niños -en forma virtual- el día 26 de junio de 2025, quienes se hicieron presentes en la Oficina de Gestión de esta Cámara ubicada en la ciudad de Zapala.

En dicho encuentro, me dijeron lo siguiente: que viven junto a su tío J. M., su tía M., su abuelo E. y su hermana L.; que están en cuarto y primer grado de la primaria (Escuela 185), donde asisten juntos al mismo turno; que a B. le gusta matemática y a J. educación física; que asisten al club ... donde hacen fútbol, varias veces por semana; que les gusta ver dibujitos animados y jugar a las escondidas.

Asimismo, me dijeron que quieren quedarse viviendo en el lugar donde viven junto a su familia; que no ven a su papá hace varios años y que no quieren verlo.

Tenemos así que con la escucha a los niños se ratifica el escenario probatorio descripto con anterioridad. Aun cuando el pilar del razonamiento debió haberse invertido (primero exponer el resultado de la escucha a los niños, y luego valorar los restantes elementos), su exposición obedeció a motivos exclusivamente metodológicos.

#### **Conclusión sobre el recurso del Sr. V.:**

Por todos los motivos expuestos, y en consonancia con lo dictaminado por la Defensora de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente de la III Circunscripción Judicial, postularé al acuerdo el rechazo del recurso del actor y la confirmación de la sentencia atacada en lo que fuera materia de agravio. Ello, considerando que la decisión se basó en las pruebas colectadas en el proceso -que fueron reseñadas-, tomó una primordial consideración del interés superior de los niños involucrados y resolvió, aún si se considerase que se flexibilizó la congruencia, los asuntos fácticos y conflictivos que surgieron en el proceso.

#### **4) Sobre las costas del proceso**



En palabras de M. H. H., M., "Manual de Derecho de las Familias", Buenos Aires: La Ley, 2023, pág. 111., la justicia de acompañamiento que opera como modelo en el ámbito del derecho de familia, pretende como principio general eliminar la idea de roles de vencedores y vencidos, lo que exige a la magistratura analizar los casos sometidos a decisión siempre teniendo como norte la protección de las personas vulnerables y evitar que las herramientas procesales se utilicen para agravar los derechos comprometidos, como así también que por un respeto ciego a las formas se frustren derechos concretos amparados por garantías constitucionales.

Ha sido postulado, como principio, que *"en cuestiones de familia no patrimoniales, con excepción del divorcio y los reclamos alimentarios, no corresponde imponer las costas con fundamento en el principio de la derrota, pues la intervención del juez es una carga común necesaria para componer las diferencias entre las partes. Se ha dicho... que sólo cabe imponer las costas a uno... cuando su conducta fuera irrazonable, gratuita o injustificada y la consiguiente intervención de la justicia obvia"* (Loutayf Ranea, Roberto G., "Condena en costas en el proceso civil", Buenos Aires: Astrea, pág. 450/451).

De allí que, como principio, el hecho de acudir a un Tribunal de familia para resolver un diferendo, garantizando adecuadamente el resguardo del interés superior del niño, impide considerar que existe en el caso una lógica de vencedor-vencido que amerite una asignación unidireccional de costas.

Sin embargo, ese principio general, admite excepciones cuando existe una conducta temeraria o una promoción de acciones que resultaba injustificada.

En nuestro caso, existía un proceso de tutela iniciado el 19/8/2022 por la Defensoría de NNA, como consecuencia de la medida adoptada en el proceso de violencia familiar, en el que el aquí actor fue convocado al proceso. Sin embargo, se



presentó allí en forma extemporánea y por eso se ordenó el desglose de su presentación (ver fs. 24 del Expte. 76393/2022 que corre por cuerda, aún cuando el desglose no fue cumplido tal como fuera ordenado).

Ese resultó un ámbito adecuado para debatir la situación relativa al cuidado, protección y representación de los niños.

Sin embargo, en lugar de propiciar el debate en aquél proceso, el aquí actor optó por iniciar el 10/10/2022 la presente acción contenciosa contra el tío materno de los niños, quien se encontraba brindándoles protección, cuidado y sostén económico, emocional y social.

En otras palabras: por voluntad propia y aún fuera del ámbito ya existente de debate judicial, el actor llamó a proceso al tío de los niños.

De allí que, a mi modo de ver, no resulta adecuado imponer las costas al Sr. M., no sólo por el motivo antes apuntado, sino porque cualquier condena en costas, motivada por el actuar del progenitor, representa en los hechos una disminución patrimonial en el seno de la familia donde los niños están contenidos, cuidados y alimentados.

En los hechos, el presente proceso resultó innecesario, dado que el asunto central era objeto de debate en el marco del análisis de la tutela.

De allí que entiendo que las costas deberían ser soportadas por el actor, quien tampoco resultó victorioso en su pretensión -declarada improponible-.

Por esa circunstancia, postularé al acuerdo la admisión del recurso del Sr. M.

#### **VIII. Propuesta al acuerdo**

Por los motivos expuestos, propongo al acuerdo el rechazo del recurso de apelación del actor; y la admisión del recurso del demandado, modificando la condena en costas de la sentencia recurrida, las que serán soportadas por el actor vencido.



Las costas de esta instancia deberían también ser soportadas por el actor vencido, quien ha resultado vencido en ambos recursos.

Los honorarios por la actuación profesional en esta Alzada deberían regularse en un 25% para las letradas del actor y en un 30% para la letrada del accionado, tomando como base la regulación de la instancia anterior (arts. 6 y 15 de la ley de arancel).

**Así voto.**

**El Dr. Pablo G. Furlotti dijo:**

Por compartir las consideraciones y solución propuesta por mi colega en el voto que antecede, adhiero a su decisión. **Así voto.-**

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

**RESUELVE:**

**I.-** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Sr. V. E. I. (actor) y en consecuencia confirmar la sentencia tacada en cuanto ha sido motivo de agravios para este.

**II.-** Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Sr. M. (demandado) y en consecuencia revocar la imposición de costas establecidas en el auto que se apela e imponerlas al actor conforme lo expuesto en los considerandos.

**III.-** Imponer las costas de Alzada al actor conforme lo expuesto en los considerandos.

**IV.-** Regular los honorarios de la Dra. ... interviniente por el actor en el 25% de lo regulado en la instancia de grado quedando fijados en la suma de pesos doscientos seis mil ochocientos cuarenta y cinco (\$206.845,00); regular los honorarios de la Dra. ... interviniente por el demandado en la suma de pesos doscientos cuarenta y ocho mil doscientos trece



con treinta y cuatro centavos (\$248.213,34), ello con más alícuota IVA a quien corresponda.

**V.-** Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

**Dr. Pablo G. Furlotti**  
**Juez de Cámara**

**Dr. Manuel Castañon López**  
**Juez de Cámara**

Se deja constancia de que la resolución que antecede fue firmada digitalmente por los señores vocales de Cámara, y por la suscripta, conforme se desprende de la constancia obrante en el lateral izquierdo de fs. 182 y del sistema informático Dextra. Asimismo, se protocolizó digitalmente conforme lo ordenado.-

**Dra. Norma Alicia Fuentes**  
**Secretaria de Cámara**