

En la ciudad de General Roca, a los 5 días de febrero de 2019. Habiéndose reunido en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en esta ciudad, para dictar sentencia en los autos caratulados: "TAVERNA PAULA SOLEDAD C/HOSPITAL ZONAL DE CHOELE CHOEL Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Sumario)" (Expte.n° 18675/12), venidos del Juzgado Civil N° Treinta y Uno, previa discusión de la temática del fallo a dictar, procedieron a votar en el orden de sorteo practicado, transcribiéndose a continuación lo que expresaron:

EL SEÑOR JUEZ DR. DINO DANIEL MAUGERI, DIJO:

1.-Que a fs. 353 se decreta la caducidad de instancia ante el pedido formulado a fs. 351 por la aseguradora Federación Patronal Seguros S.A.

Contra dicha decisión interpone recurso de apelación la Defensora de Menores e Incapaces a fs. 354, el que es concedido a fs. 355..

A fs. 356/357 la recurrente funda el recurso interpuesto y allí sostiene: por no haberse dado intervención previa siendo que la resolución dictada comprometía los intereses del menor hoy adolescente; que se le ha privado al joven de contar con la representación dual que le asegura el art. 103 del Código Civil y Comercial, afectándose de ese modo la garantía de la defensa en juicio y debido proceso tuteladas tanto en la Constitución Nacional (art. 18) como en la Convención de los Derechos del Niño (art. 2, 3, 12), debiendo declararse la nulidad de lo resuelto; luego trae en sustento el precedente de este tribunal "BELICH" Expte. T-2RO411-CC2018 y dos precedentes uno de la CSJN y otro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires; que la representación de la progenitora del joven debe considerarse deficiente; además estima que debe ponderarse que la presente causa se encuentra con la mayoría de la prueba ofrecida ya producida; por último sostiene que no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el art. 315 del CPCyC no habiéndose efectuado la intimación prevista en esa norma.

A fs. 360/361 responde los agravios la citada en garantía y allí sostiene: que la Defensora de Menores ha tenido debida intervención en el proceso, tan es así que el último movimiento del expediente fue en el año 2014 con una intervención de la Defensora no habiéndolo impulsado a partir de allí ni la nombrada ni la parte; que no corresponde traslado a la Defensora frente a la declaración de oficio de la caducidad de instancia conforme art. 316 del CPCyC; que el planteo de nulidad es improcedente toda vez que la Defensora tuvo intervención en estos autos; que en la caducidad de oficio

prevista en el art. 316 del CPCyC no existe sustanciación con la contraria y menos aún con la Defensora; que respecto de las representación del menor, si la Defensora consideraba que la misma era deficiente debió articular los medios para su debida representación, pero en modo alguno puede pretender que el juez supla tal deficiencia siendo los procesos a instancia de parte; que en caso de hacerlo violaría el debido proceso el juez que en nombre de las facultades ordenatorias reemplace el rol del representante legal del menor, de su abogado y de la Defensora; que el art. 314 dispone que la caducidad de instancia opera aún contra los menores; que a todo evento, aún para el caso de considerarse que correspondía la sustanciación e intimación prevista en el art. 315 del CPCyC, se ha omitido impulsar junto con la presentación del recurso el proceso con un acto útil a tales fines.

2.-A fs. 364 pasan los presentes al acuerdo practicándose el sorteo de rigor a fs. 365.

3.-Ingresando al tratamiento del recurso en análisis, advierto que a fs. 1/80 la actora por si y en representación de su hijo menor inician el presente proceso tendiente a reclamar los daños y perjuicios derivados de la muerte de quien en vida fuera su concubino y padre del menor, derivada de la imputada mala praxis médica. Allí reclama los siguientes rubros: daño emergente y lucro cesante o pérdida de chance, daño psíquico en forma autónoma, tratamiento psicoterapéutico y daño moral. A fs. 89 se provee el traslado de la demanda ordenándose el pase a la Defensoría de Menores para su debida intervención, la que se concreta a fs. 96 vta. con fecha 01/03/2013 en donde se lee:” Tomo intervención en los presentes autos en mi carácter de Defensora de Menores.Marisa Calvo. Defensora de Menores e Incapaces”. A fs. 179 se fija audiencia preliminar ordenándose el pase a la Defensora de Menores para su notificación no existiendo constancias en autos de haberse concretado dicho pase. A fs. 197 la actora ofrece la prueba (solo prueba instrumental y pericia médica designando consultor médico de parte) proveyéndose la misma a fs. 199 luego de celebrada la audiencia preliminar.

Luego a fs. 209/210 se presenta la pericia médica a fs. 212 se ordena el traslado de la misma ordenándose a tales fines el pase al despacho de la Defensora de Menores para su anoticiamiento. La Defensora se anoticia de dicha pericia a fs. 213 vta. con fecha 31/07/2014 limitándose a manifestar su notificación no impugnando la misma ni formulando observación alguna al igual que la parte actora.

A fs. 225 al fijarse nueva audiencia para la declaración de la testigo Liencura se vuelve a ordenar el pase al despacho de la Defensora de Menores, pase y notificación que se

concreta con fecha 25/08/2014 (fs. 225 vta.).

Concretamente desde las presentaciones de fs. 197 y 198 de fechas 10/03/2014 y 19/03/2014 no ha existido por parte de la actora impulso procesal alguno consignándose que a fs. 223 con fecha 14/08/2014 comparece a la audiencia de prueba con su letrado patrocinante.

Luego de la providencia dictada a fs. 345, a fs. 346 se dispone la paralización de los presentes autos por el término de dos años de conformidad con la Resolución 584/08 art. 7 inc. a) del STJRN.

A fs. 351 la citada en garantía Federación Patronal Seguros S.A. solicita se decrete la caducidad de instancia de oficio por imperio del art. 316 del CPCyC invocando la doctrina legal que emana del precedente "CID CID Eufracio Cristino y otra c/ PROVINCIA DE RIO NEGRO s/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario) S/ CASACION", Expte. 27459/14-STJ habiendo abonado a fs. 349/350 el sellado tendiente a la desparalización de las actuaciones. A fs. 352 se ordene el pase a resolver (providencia que carece de firma) decretándose a fs. 353 la caducidad de instancia en los términos del art. 316 del CPCyC.

4.-Advierto que la actora no ha impulsado este proceso por más de 4 años al momento de acusarse la caducidad oficiosa de la instancia a fs. 351. Tampoco se registra actividad alguna por parte de la Defensoría de Menores habiendo sin embargo tomado debida y oportuna intervención en estos autos. Es más habiendo sido notificada de la pericial médica presentada en autos -de la que surgía por lo demás en forma manifiesta la escasez de elementos para la procedencia de esta acción- nada dijo, nada propuso, al igual que la actora en su doble carácter.

Se advierte que a fs. 230 y con fecha 05/02/2016 el proceso fue impulsado por el apoderado de la Fiscalía de Estado pudiendo imputarse como última actuación útil (art. 311 CPCyC) la de fs. 345 (29/02/2016). Desde allí y hasta la paralización del proceso decretada a fs. 346 transcurrieron casi dos años, siendo claro que a partir de allí el plazo de inactividad no debe computarse por imperio de lo dispuesto en el segundo párrafo de la norma antes referida.

El precedente de esta Cámara citado por la recurrente ninguna relación posee con las circunstancias del presente en el que el ministerio público ha tomado -al menos formalmente- debida y oportuna intervención al inicio y a lo largo del trámite.

Dispone el art. 103 del CCyC que "La actuación del Ministerio Público respecto de personas...incapaces y con capacidad restringida...es complementaria en todos los

procesos en los que se encuentran involucrados intereses ...es principal cuando los derechos de los representados...;la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto".

La nueva normativa prevee entonces la intervención complementaria al igual que lo hacía el art. 59 del Código Civil derogado y la intervención principal cuando existe inacción de los representantes.

Es claro que en autos, al menos desde lo formal, no ha existido falta de intervención, por el contrario se le ha conferido en diversas etapas del proceso. Es claro además como veremos que la intervención requerida en autos era principal y no complementaria.

Comentando la norma en el Código dirigido por Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso, publicado en www.saij.gob.ar, se apunta "...La sanción de nulidad ante la falta de intervención del Ministerio Público es de carácter relativo; ello, en razón de que puede ser confirmada. Cuando hubieren sucedido actos disvaliosos en detrimento del representado, debe invocarse la nulidad. ... En el caso de que el Ministerio Público tome conocimiento posterior de la realización de determinados actos sin su debida intervención, deberá invocar la nulidad de lo actuado, siempre y cuando el acto haya sido en detrimento de los intereses de la persona que se busca proteger y lo perjudiquen. ...Se modifica el concepto de ´representación promiscua´ y se promueven las intervenciones en general para el ámbito judicial. Asimismo, se mantiene la doble representación como garantía de protección para las personas que lo necesitan..."-.

La Ley Provincial K N° 4199 consolidada por Ley 4540, en su art. 22 inc. i), reglamenta la actividad de los Defensores, disponiendo que deben:"i) Ejercer la defensa promiscua en resguardo del mejor interés para el menor o el incapaz en todo asunto judicial o extrajudicial, entablando las acciones y recursos que sean pertinentes, en los términos del artículo 59 del Código Civil, como también en los mismos casos pero en forma autónoma y ejerciendo la directa representación de los menores e incapaces, peticionando las medidas que hagan a la protección de su persona y sus bienes, en los casos previstos por la Ley de fondo y cuando carecieran de asistencia o representación legal o cuando resulte necesario suplir la inacción u oposición de sus representantes legales o de las personas que los tuvieren a su cargo por disposición judicial o de hecho. A tales fines deberán: Deducir las acciones que correspondan a los tutores o curadores, cuando ellos no lo hicieren. Peticionar las acciones y las medidas pertinentes a fin de proveer la guarda y tenencia de menores, designación de tutores y curadores a menores e incapaces y otorgar la representación legal de quien no la tenga. Solicitar la remoción

de los tutores o curadores por mal desempeño en sus funciones y la exhibición de las causas de tutela y curatela cuando existiere motivo fundado para ello. Fiscalizar el cumplimiento de los deberes de los tutores, guardadores, encargados y representantes legales de los menores y requerir las medidas judiciales para la protección de sus personas y la seguridad y conservación de sus bienes. Solicitar el ingreso de los menores a establecimientos alternativos, una vez agotadas todas las medidas de contención posibles, como último recurso y atendiendo el interés superior del niño. Promover las acciones tendientes a suspender o privar de la patria potestad y a la moción de tutores, tenedores o guardadores cuando así correspondiere.”

Respecto de la carencia de sustanciación, en autos la caducidad ha sido solicitada por la parte y decretada en los términos del art. 316 del CPCyC que dispone:

Modo de operarse

Artículo 316 - La caducidad será declarada de oficio, sin otro trámite que la comprobación del vencimiento del doble de los plazos señalados en el artículo 310, pero antes de que cualquiera de las partes impulsare el procedimiento (el subrayado me pertenece).

Al respecto en lo que constituye doctrina legal obligatoria (art. 42 Ley 5190) el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro ha dicho:

“Adelanto mi discrepancia con la solución propuesta por el colega que me precede en el orden de votación. Ello así, por cuanto considero que en el supuesto de autos la caducidad de oficio se encuentra correctamente declarada por las sentencias precedentes, en los términos que dispone el art. 316 del CPCyC..

En efecto, el art. 316 CPCyC. -a diferencia del art. 315- no ha sufrido ningún tipo de modificación con la reforma de la Ley P 4142 y, en consecuencia, el sistema legal vigente permite que la caducidad sea declarada sin más trámite que la comprobación del vencimiento del doble de los plazos señalados en el art. 310 del mismo cuerpo procesal. Por otro lado, las disposiciones del rito de ningún modo vedan la posibilidad de que sean las partes las que anoticen y/o petitionen al Juez la declaración de caducidad bajo las condiciones prescriptas en el 316, desde que dicho actuar en nada altera la facultad del magistrado para declararla de oficio, siempre que se comprueben los extremos que la norma de modo taxativo le impone. A saber: a) cumplimiento del doble del plazo del art. 310 del CPCyC y; b) que la caducidad se declare antes de que cualquiera de las partes impulsare el procedimiento.

Tampoco comparto que la práctica de petitionar la declaración de oficio de la caducidad

altere la finalidad que el instituto cumple en el orden procesal, puesto que si bien -a todo evento y de modo hipotético- se podría suponer que la solicitud de la parte está dirigida a sortear el requisito impuesto por la reforma del art. 315 del CPCyC., ello en sí mismo no implica una vulneración a la normativa procesal, que sólo exige la configuración de los recaudos objetivos formales antes referidos.

Asimismo, y en lo que respecta al criterio restrictivo que debe seguirse en la aplicación del instituto de la caducidad de la instancia -y que ha sido considerado de modo dirimente en el voto precedente-, considero oportuno reiterar el criterio expuesto oportunamente en el precedente “TRIBAUDIÑO”, donde he expresado siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “... que tal regla es útil y necesaria cuando existen dudas sobre la inactividad que se aduce, pero no cuando aquella resulta en forma manifiesta. (conf. CS. Se. del 17/07/2007, AR/JUR/5403/2007). (...) si bien el criterio restrictivo es una pauta a seguir en el instituto en examen, también se debe tener en cuenta que el deber de instar el adelanto del proceso está gravado con la sanción de caducidad de la instancia porque el legislador, por razones de interés colectivo y en resguardo del orden de la justicia, trata de impedir que se acumulen las actuaciones abandonadas por las partes. El impulso procesal es el fenómeno por virtud del cual se asegura la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia el fallo definitivo, obteniéndose mediante una serie de actuaciones jurídicas que unas veces afectan a las partes y otras al tribunal (Couture, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", 1973, p. 172, n. 108) y sólo como situación irregular se comprende un proceso detenido, paralizado” (Mi voto en, STJRNS1 - Se. Nº 24/14, in re: “TRIBAUDINO”).

También objeta el recurrente que no se considere como acto de impulso procesal la presentación de la demandada solicitando se la tenga por presentada, por parte y constituido domicilio, consintiendo el traslado de dicho acto con la cédula remitida a su parte.

El tratamiento de este agravio requiere el análisis de circunstancias fácticas que no son en principio propias del remedio procesal intentado. Sin perjuicio de ello, coincido con la interpretación efectuada por los tribunales de mérito en las instancias precedentes, en tanto el escrito presentado por la demandada a fs. 40/41 y vta. claramente tiene por única finalidad solicitar la declaración de caducidad en los términos del art. 316 del CPCyC.; aún cuando cumpliendo con un imperativo procesal, para peticionar deba hacerse parte y constituir domicilio legal (arts. 40, 46 y ccdtes. CPCyC).

Por último, en relación al agravio sobre la arbitrariedad por violación de la doctrina de este Superior Tribunal de Justicia en el precedente “TIBET S.R.L.”, no advierto que las diferencias marcadas por el recurrente impidan en estos autos la aplicación del criterio sentado en aquella oportunidad, conforme al cual la caducidad puede ser declarada de oficio sin otro trámite que la comprobación del vencimiento de los plazos señalados en el rito. En todo caso, el traslado -en exceso- que el sentenciante le dio a la actora en forma individual de la presentación de la contraria, de ningún modo contraría la mencionada doctrina, puesto que no se han extralimitado las facultades del Juez para declarar la caducidad en los términos del art. 316 del CPCyC.. Por el contrario, dichos actos se traducen en un mayor resguardo a la garantía de defensa en juicio de la actora, dándosele la oportunidad de ser oída -cuando ello no lo prevé la norma- previo a la declaración de caducidad de oficio.

Es más, de hecho, en el precedente mencionado lo que criticaba la recurrente era precisamente la omisión de correrse traslado a su parte del pedido de caducidad, decidiendo el Superior Tribunal de Justicia -como ya anticipara- que no era necesario cuando se declara la caducidad de oficio; pero de ningún modo se sostuvo que de haberse corrido el traslado -como en el supuesto en examen- la caducidad no podría operar en los términos del art. 316 del CPCyC..

Decisión: En virtud de lo expuesto, se propone al Acuerdo el rechazo del recurso de casación intentado. MI VOTO por la NEGATIVA.

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Liliana Laura Piccinini, Adriana Cecilia Zaratiegui y Sergio M. Baroto dijeron:

ADHERIMOS a los fundamentos expuestos en el voto doctor Apcarian, VOTANDO en IGUAL SENTIDO (“MUNICIPALIDAD DE SIERRA GRANDE c/HIERRO PATAGONICO RIONEGRINO S.A. (HIPARSA) s/EJECUCIÓN FISCAL s/CASACION”, Expte. N° 27264/14-STJ-, Sent. 17/03/2015).”

En el precedente posterior traído por quien insta la caducidad decretada oficiosamente se lee:

“Creo oportuno recordar algunos principios, que no por conocidos deben estar ausentes de las resoluciones que se dicten en la materia, como así también criterios que este Cuerpo ha sentado en el tópico.

En primer lugar se impone recordar que rige el principio de supervivencia de la instancia, como consecuencia del cual la caducidad debe ser interpretada con criterio restrictivo y por ende debe estarse, en caso de duda, a favor de la pervivencia de la

instancia abierta.

La última reforma del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial provincial, Ley P 4.142, con la introducción en el artículo 315 de la posibilidad de sanear la instancia por una sola vez durante el proceso-, frente al acuse de caducidad de la contraria, mediante la realización de una actividad procesal útil, ha provocado que los operadores jurídicos opten, en la práctica, por esperar el transcurso del doble de los plazos del art. 310, y haciéndolo saber al Juez, persigan la declaración de caducidad “de oficio”, prevista en el art. 316; soslayando de ese modo el riesgo de que la contraparte habilite con su acción de impulso, la continuidad del trámite.

Por su parte, los Jueces, como en el presente caso, sustancian el mentado anoticiamiento, corriendo un innecesario traslado a la contraria, merced a lo cual se confunde el trámite establecido en la normativa procesal. Ello por cuanto, para el planteo de caducidad a instancia de las partes en los términos de los arts. 310 y 315 del CPCC., se impone una notificación fehaciente del planteo, al igual que en el caso de los acuses subsiguientes, en los cuales la sustanciación responde también al ejercicio del derecho de defensa, pero ya sin la posibilidad de instar el curso del proceso.

Ahora bien, y he aquí el quid de la cuestión planteada en autos, cuando se trata de un supuesto en el que se han cumplidos los plazos para la declaración oficiosa de la perención, frente al anoticiamiento al Juez de que ha operado el plazo en los términos del art. 316, resulta innecesaria la sustanciación. Ello así porque la caducidad se declara con la sola constatación del acaecimiento del plazo legal de inactividad procesal.

Cuando el Juez declara la caducidad de oficio, no se encuentra obligado a dar aviso al potencial afectado de que va a proceder, no le corre un traslado para que ejercite su defensa; sino que su actividad consiste en previa comprobación del transcurso del tiempo- dictar lisa y llanamente que la caducidad operó. El derecho de defensa en tal caso, se ejerce por medio de la interposición del recurso pertinente.

En claro deben quedar los requisitos que impone el art. 316 del CPCyC.: a) cumplimiento del doble de los plazos del art. 310 y b) ausencia de actividad impulsora de parte, previo a la declaración. Ello así porque la caducidad de oficio, tal como está diseñado el art. 316, no se produce automáticamente por el mero vencimiento del plazo, o sea “ope legis” sino que necesita ser declarada judicialmente, esto es que opera “ope iudicis”. La precitada norma requiere como necesario el dictado de una resolución judicial de índole constitutiva que la declare, pero siempre antes de que se produzca una actividad de impulso de la parte.

Este sistema admite la purga o el saneamiento a través de actos posteriores al vencimiento del plazo legal, pero realizados antes del dictado de la resolución judicial (Conf. Toribio Enrique Sosa, “La Caducidad de Instancia”; La Ley, 2* Ed. Corregida y Ampliada, pág. 234, 5* párr.).

Ello es así, porque en el sistema de nuestro código procesal, la caducidad de oficio requiere siempre de una resolución que la declare producida. Y mientras la misma no sea dictada la oportunidad de purgar estará presente. Por consiguiente, mientras se persista en sustanciar cuestiones para las que el ritual no requiere traslado, se seguirán dando distorsiones y ensambles inadecuados del instituto de la caducidad oficiosa (“CID CID, Eufrazio Cristino y Otra c/PROVINCIA DE RIO NEGRO s/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario) s/CASACION”, Expte. N° 27459/14-STJ-, Sent. 05/06/2015).”

Es claro entonces, a tenor de lo que surge de la doctrina legal, que la caducidad oficiosa puede ser decretada a pedido de parte con la sola comprobación del transcurso del doble de los plazos establecidos por el art. 310 del CPCyC, sin necesidad de sustanciación con la contraria (ya dejaré constancia de mi desacuerdo con tal postura en el punto siguiente) y previa verificación de no existir actividad impulsoria previa a su declaración. A tal fin es claro que la actividad de fs. 349/350 tendiente a que se saquen de paralizadas estas actuaciones no posee efectos interruptivos del plazo que además ya había transcurrido (CNCiv., Sala A, 19/11/1996, “Gerardi Humberto c/ Ibañez Fernando A.”, J.A., 1999-III-sínt.).

Referido al impulso procesal prestigioso procesalista Enrique M. Falcón, en su obra “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Rubinzal-Culzoni Editores, T° III, pags. 722/723, ha dicho:

“Pero, la línea general de la jurisprudencia también ha marcado algunos conceptos que se tienen en cuenta respecto de los actos impulsorios que de modo objetivo se dirigen más allá de la voluntad de instar, impulsar o mantener vivo el proceso; a modificarlo o efectivamente innovar algo sustancial; es decir al desenvolvimiento de la relación procesal. Esto actos requieren dos elementos fundamentales: aptitud e idoneidad. Estas dos características significan la realización de un acto de parte o un acto de oficio que impulsen el procedimiento para obtener un verdadero avance en el trámite, antes de que se cumpla el período de caducidad, o que cumplido sea consentido por la contraria. De manera tal que para que el acto sea válido, requiere que por el mismo se innove en la situación precedente de las partes en función a su posición en el desarrollo del

procedimiento. Así, considerando cada uno de los pasos del proceso, el impulso significa que el acto realizado por las partes o de oficio permite pasar a otra circunstancia del proceso, que adelanta a la precedente, alejándola del acto inicial y acercándola, objetivamente, al acto final o resolución.”

Es claro en consecuencia que el acto de la parte que acusa la caducidad oficiosa consistente en la desparalización del expediente ha sido cumplido largamente vencido el plazo del art. 316 del CPCyC y que por lo demás necesariamente la parte debía transcurrir esa previa actividad para efectuar la petición que desencadena el resolutorio recurrido.

Para aventar eventualmente la calificación de tal acto procesal -pedido de desparalización- como suspensivo o interruptivo del plazo de caducidad, el cimero tribunal ha dicho en reciente pronunciamiento con el voto rector del Dr. Apcarrián:

“Además, a pesar del denodado esfuerzo que la actora imprime en su recurso para que no sea tratada dicha cuestión, no se pudo desconocer que tanto la doctrina como la jurisprudencia en su gran mayoría sostienen el criterio -al que adhiero- que el pedido formulado a fin de sacar un expediente de su estado de paralización no constituye un acto impulsorio de la instancia. Se ha dicho en tal sentido que esta petición no reviste naturaleza interruptiva del curso de la caducidad de instancia, pues no tiene ninguna operatividad para hacer avanzar el trámite hacia la consecución de su principal objetivo. La presentación de un escrito mediante el cual se solicita se saquen de paralizados no reviste naturaleza interruptiva del curso de la caducidad pues, más allá de tratarse de un acto inoficioso a los fines impulsorios, no hace más que poner de manifiesto la inactividad procesal prolongada del interesado en el marco del trámite (conf. Loustay Ranea- Ovejero López, “Caducidad de la instancia”, Ed. Astrea, 2da. ed., pág. 258 y abundante jurisprudencia allí citada).

Es obvio que la paralización del expediente no determina la suspensión del plazo de caducidad de instancia. Tal circunstancia no puede afectarlo, apenas se considere que si ella se produjo precisamente ante la falta de actividad procesal por parte del actor, el solo pedido de que se saque el expediente del legajo de paralizados o que se lo coloque en casillero, no resulta acto idóneo para impulsar el procedimiento. Inclusive, puede suceder que hayan transcurrido los plazos legales antes que los autos hayan sido paralizados sin que se haya decretado de oficio la caducidad. Ante la solicitud de sacarlos de este estado, por más que se incluya otra apta para activar el procedimiento, siempre cabe la posibilidad de que la contraria no consienta ese acto impulsorio en los

términos del art. 315 y acuse con éxito la perención. (Conf. Highton-Areán, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Tº 5, págs. 718/719) (SECRETARÍA CIVIL STJ N°1, Sentencia 35 - 17/05/2018 , DEFINITIVA, Expediente O-3BA-235-C2013 - FREDES, LORENA ALEJANDRA C /PROVINCIA DE RIO NEGRO S /BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS S/ CASACION).”

Respecto del argumento vertido por la recurrente acerca de que en el presente se encuentra producida la prueba casi en su totalidad es de destacar que a fs. 199 se proveyó la prueba en los presentes autos restando producir a la fecha: la testimonial de Liencura (fs. 225) por parte del demandado Rosas y la citada en garantía Horizonte Cía. de Seguros Grales. (ver fs. 191/192); la informativa y la pericial psicológica ofrecida por la Fiscalía de Estado (ver. fs. 136/137). Esto es, existe prueba pendiente de producción y respecto de la cual si la actora pretendía eventualmente su caducidad debió a tales fines instar esa declaración como paso previo y necesario a la clausura del período probatorio, no pudiendo sostenerse en modo alguno ni aún por vía de hipótesis que nos encontráramos en la oportunidad del art. 482 quinto párrafo del CPCyC.

A tal efecto es dable consignar el siguiente precedente emanado de Superior Tribunal de Justicia que como ha sido dicho constituye doctrina legal obligatoria:

“Adelanto mi discrepancia con la solución propuesta por el distinguido colega que me precede en el orden de votación.

Liminarmente entiendo necesario puntualizar algunos conceptos que hacen a la solución de la cuestión puesta a consideración de este Cuerpo. Así, en primer lugar tengo en cuenta que en virtud del principio dispositivo los litigantes han de cumplir los actos procesales conducentes para impulsar el curso del proceso y mantener viva la instancia. Luego, sabido es que la parte que promueve un proceso asume ab initio la carga de urgir su desenvolvimiento, en pos de la decisión jurisdiccional y únicamente queda relevada de dicha carga procesal -propia de su actividad requirente- cuando conforme el estadio que se transita la causa está en estado de ser resuelta.

Por consiguiente tanto por el principio dispositivo como por el desenvolvimiento del proceso la instancia comprende una serie de actos y peticiones que demandan la actividad jurisdiccional, lo que se traduce, en relación al caso en examen, que la instancia que se transita culmina, a los efectos de pedir la declaración de caducidad, con el llamado “autos para sentencia” ya que ahí recién cesa la carga de instar el procedimiento para las partes y a partir de quedar firme esa resolución empieza a correr

el plazo para el pronunciamiento de la sentencia de Primera Instancia, deber que le corresponde al Juez de la causa (conf. “Caducidad de Instancia”, Dir. Isidoro Eisner; Ed. Depalma, pág. 53).

Ahora bien, a la luz de estos conceptos se puede advertir que la recurrente no ha impulsado oportunamente el presente proceso dentro del plazo establecido por el art. 316 del CPCyC; y que la instancia no se encontraba cerrada, pues no se había dictado el llamamiento de autos para sentencia. Esto implica lisa y llanamente que el sentenciante de grado se encontraba en una etapa procesal en la que era absolutamente válido decretar la caducidad, pues, a priori estaban dados los presupuestos requeridos para ello: a) una instancia, que es la que va perimir, b) inactividad procesal y c) cumplimiento de los plazos legales de perención con esa inactividad.

Entonces, si los requisitos para decretar la perención se encontraban cumplidos, solo resta determinar la existencia o no de alguno de los supuestos en que el Código libera a las partes de la carga de impulsar el proceso dispositivo que, en el caso, el actor encuadra en los términos del art. 313 inc. 3) del CPCyC.

A contrario de lo sostenido por el Vocal preopinante, entiendo que no existía actividad pendiente del juzgador por cuanto aún cuando las normas del rito (art. 482 y ss. del CPCyC) no impongan de modo expreso una “carga específica a los litigantes para que impulsen la causa”, no quita que dicha obligación desaparezca, pues puede ocurrir como en el caso en examen, que no haya una producción total de la prueba y por lo tanto no existe deber del Juez de ordenar la certificación y clausura de la etapa probatoria. Apunto que no surge de los presentes autos que se haya producido la prueba proveída a fs. 126 vta. (“CONSTATACION O INSPECCION OCULAR: Tiénese presente para su oportunidad si correspondiere.”); por lo que subsistía aún el necesario requerimiento de los interesados, tanto para que dicha prueba se concrete o que su negligencia sea declarada. Lo cual no aconteció en el plazo que el rito establece, ergo, la caducidad de instancia era inexorable.

Por otra parte, las normas citadas al disponer que el Juez y el Secretario tomen medidas relacionadas con la certificación y agregado de pruebas sin la participación de los litigantes, está dando cuenta de una etapa cerrada, con prueba ofrecida y producida en su totalidad y la actividad marca el ingreso a la faz decisiva. De no encontrarse receptada la totalidad de la prueba es la parte quien debe instar y no es válido pretender que el órgano judicial sustituya a los interesados y supla su inactividad, cuando su participación es ineludible. En las presentes actuaciones, no se advierte que haya

existido una obligación excusable, que permitiera alejarse del principio rector, para eximir al actor de la realización de la actividad idónea para impulsar el proceso, ni que tal actividad estuviera en cabeza del órgano judicial o de la otra parte. Tampoco se genera una mínima duda respecto de quien estaba a cargo de la actividad impulsoria, que, a todo evento, pueda dar lugar a la aplicación de un criterio restrictivo.

Con lo cual, no hacer lugar a la caducidad, en este caso, significaría convalidar la conducta negligente del actor que deja perecer la instancia, en desmedro de las razones de economía procesal y buen orden jurisdiccional que son el fundamento objetivo de este instituto. Al respecto se ha dicho que: “Apreciada la caducidad de la instancia desde un punto de vista objetivo, que es el que primordialmente interesa, parece claro que su fundamento radica en la necesidad de evitar la duración indeterminada de los procesos judiciales. Axiológicamente, pues, en la base de la institución analizada resulta fácil comprobar la prevalencia de los valores jurídicos de paz y de seguridad, ya que, como es obvio, la solución indefinida del conflicto que motiva el proceso importa la permanencia de dos situaciones reñidas con aquéllos, como son respectivamente, la discordia y la inseguridad.” (Palacio, Lino, citado en Loftay Ranea - Ovejero López, “Caducidad de la instancia”, Ed. Astrea pág. 3).

En suma, considero que el recurrente intenta aquí transformar en omisión del Tribunal lo que constituye una clara inactividad procesal de su parte, pues es quien promueve un proceso y por ende asume la carga de urgir su desenvolvimiento y decisión en virtud del principio dispositivo” (SECRETARÍA CIVIL STJ N°1, Sentencia 30 - 17/05/2018 – DEFINITIVA, Expediente PS2-293- STJ2017-GAUNA, OMAR SERGIO C/ GAUNA, BLANCA ISABEL Y OTROS S / ORDINARIO S/ CASACION).

Con referencia al fallo citado en último término aún cuando eventualmente se compartiera el criterio allí esbozado por la minoría, es claro que en el caso de autos no nos encontramos en el estadio procesal que el vocal por la minoría allí describe como fundamento de su postura.

El art. 314 del CPCyC dispone contra quienes opera la caducidad:

Contra quiénes se opera

Art. 314 - La caducidad se operará también contra el Estado, los establecimientos públicos, los menores y cualquier otra persona que no tuviere la libre administración de sus bienes, sin perjuicio de la responsabilidad de sus administradores y representantes. Esta disposición no se aplicará a los incapaces o ausentes que carecieren de representación legal en el juicio.

El menor en autos ha contado con la representación legal de su progenitora con más la promiscua ejercida por el ministerio público, sin que ello importe juzgar la efectividad de tal representación. Y digo esto último toda vez que en autos debió advertirse que a partir de la reforma introducida por el Código Civil y Comercial en la norma ya citada (art. 103) y en virtud de la inacción de su representante legal y la edad del menor al momento de acusarse y decretarse la caducidad se requería una intervención ya no complementaria sino principal.

Destaco que la norma de rito antes citada ha sido modificada sancionándose esa modificación en el año 2013, año en el que ya se encontraba vigente la Convención de los Derechos del Niño Ley 23.849, incorporada luego expresamente, en la reforma de 1994, con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN) y la Ley 26.061 de Protección Integral de los niños, niñas y adolescentes. Si bien como lo ha dicho en forma reiterada la Corte Suprema de Justicia de la Nación que no puede presumirse la inconsecuencia o falta de previsión del legislador al sancionar el código procesal civil y comercial vigente en nuestra provincia e incluir la norma antes citada (CSJN, “P.G.M. Y P.C.L.”, 27/11/2012, entre otros), es clara la inconsecuencia en el presente del legislador al mantener en un código ritual novedoso una norma que confrontada con las constitucionales y convencionales vigentes a esa fecha, no supera el test de validez. Por último destaco que si bien la caducidad es un instituto de interpretación restrictiva ello solo es de aplicación en casos de duda, y no cuando el término de la perención ha transcurrido indiscutiblemente (KIELMANOVICH, Jorge L.: «Caducidad de instancia y actividad procesal idónea. Conducta procesal: responsabilidad del letrado por las costas causadas», en La Ley 1996-A, 380). Igual criterio emana de cimero tribunal de la Nación el que ha considerado que tal regla -criterio restrictivo- es útil y necesaria cuando existen dudas sobre la inactividad que se aduce. (Conf. CSJN Se. 17/07/2007, AR/JUR/5403/2007).

En suma enmarcados desde el punto de vista estrictamente procesal, pareciera que lo resuelto no debiera ser conmovido por el recurso en tratamiento.

5.-Ahora bien, expuesto lo anterior se advierte que en autos se decreta la caducidad de instancia oficiosa (art. 316 CPCyC) tratándose de una demanda en la que un menor, representado por su progenitora, reclama, en conjunto con ésta, los daños y perjuicios derivados de la muerte de su padre por una alegada mala praxis médica presuntamente ocurrida en el ámbito de la salud pública.

Como he dicho en el punto anterior, de conformidad al código de rito, la caducidad de

instancia opera también contra los menores en la medida que posean representación legal en el juicio. Sin embargo en el caso particular, pese a existir esa representación legal por parte de su progenitora, se advierte una clara inacción de la misma, la que a la postre deriva en la caducidad decretada. A la par, también se advierte una clara inacción del ministerio público toda vez que entiendo, advertido de la inacción de la representante legal del menor debió a mi juicio propiciar su intervención como principal y ya no como complementaria.

Nos enfrentamos aquí a la confrontación de una norma de carácter procesal la que debe ser interpretada a la luz de las normas constitucionales y convencionales.

En un lúcido voto, decía el Dr. De Lázzari que "el nuevo Código nos indica, en su art. 2º, cómo se ha de interpretar la ley (y las normas, en sentido amplio): teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, y que se ha de hacerlo de un modo coherente con la totalidad del ordenamiento. Ese mandato, más allá de otras posibilidades —eventuales y atendibles, aunque excepcionales—, tiene como directos y naturales destinatarios a los jueces; a los jueces concretos y actuales, y no al juez/entelequia; a los jueces reales a los que compete resolver bajo el nuevo Código y que tienen la misión de definir la ruta que ha sido señalada (pero no definitivamente trazada) por el legislador. En otras palabras: a los jueces, especiales receptores del cap. 1 del Título Preliminar del nuevo Código, no solo nos toca reconocer ciertas fuentes jurígenas, por el art. 1º, o cumplir inexcusablemente ciertos deberes, conforme el art. 3º, sino que también tenemos el deber de interpretar el derecho y las leyes —cualesquiera sean: las que se consagran ahora o las del venerable legado de Vélez— a la luz de las pautas actuales: criterios gramaticales, teleológicos, analógicos, integrativos y sistemáticos han de convivir y enlazarse dialécticamente con el reconocimiento de los valores jurídicos y de los principios que (sin perjuicio de su alto grado de abstracción) los actualizan y concretan. Por decirlo con otras palabras: las palabras de la ley nueva podrán ser exactamente las mismas que las de la ley derogada, pero ello no quiere decir que las pautas con las que tales textos han de ser interpretados sean las mismas ni que el significado de esos enunciados resulte, a la postre, siempre idéntico" (SCBA, 10/08/2016, "Vallejos, Margarita R. c. Verkuyl, Martín C. y otros. Nulidad de donación").

Aquí como hemos dicho nos encontramos con una norma de orden procesal que se enfrenta a normas de raigambre constitucional y convencional.

Traigo a colación un excelente trabajo de MABEL ALICIA DE LOS SANTOS titulado “TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS”, Publicado en: LA LEY 08/09/2016 , 1, LA LEY 2016-E , 818, Cita Online: AR/DOC/2533/2016:

“Señalaba Couture en su obra "Fundamentos del Derecho Procesal Civil" que el derecho procesal ya no podía ser concebido como el humilde servidor del derecho civil o del derecho comercial, sino como una rama autónoma del derecho, emplazada sobre la frontera de la Constitución, para asegurar la eficacia de los derechos del hombre en cuanto concierne a la justicia. El maestro explicitó este concepto al aludir a la función del proceso, que tiene a la vez una finalidad privada y una pública. El fin del proceso es privado, en cuanto interesa a las propias partes hacer cesar su conflicto. Decía el autor que, configurado el proceso como una garantía individual, éste ampara al individuo y lo defiende del abuso de la autoridad del juez, de la prepotencia de los acreedores o de la saña de los perseguidores. Pero enfatizaba que, a la vez, el proceso cumple una función pública, que interesa a la comunidad, y "esa finalidad de carácter público consiste en asegurar la efectividad del derecho en su integridad" (COUTURE, Eduardo J., "Introducción al estudio del proceso civil", Segunda edición, Depalma, Buenos Aires, 1988, (que recoge la versión taquigráfica del curso dictado en la Facultad de Derecho de París en 1949), p. 56). Aclaraba que el interés de la colectividad no precede al interés privado, sino que se halla en idéntico plano que éste. En su concepción, la idea de la necesaria conexión de los conceptos de acción y excepción con las garantías constitucionales que tutelan la persona humana se proyecta así en el campo de la tutela constitucional del proceso. (COUTURE, Eduardo J., "Fundamentos del derecho procesal civil (tercera edición, póstuma), Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 146 y sgtes.) Al desarrollar en su magnífica obra el concepto de "tutela del proceso" destacó que siendo éste un instrumento de tutela del derecho, lo grave es que más de una vez el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido, lo que ocurre por la desnaturalización práctica de los mismos principios que constituyen en su intención, una garantía de justicia...

La posterior inclusión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el Tratado Europeo de Derechos Humanos (art. 6) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8) y, luego de ello, en numerosas constituciones nacionales, dio rango de garantía al derecho que ampara a quien pide justicia de obtener la tutela real y oportuna de los derechos que prometen las leyes sustanciales. La referida nueva garantía se

integra con las clásicas garantías procesales de defensa en juicio y de independencia e imparcialidad de los jueces (que involucra la igualdad de las partes), también esenciales al debido proceso adjetivo.

Así Couture, siendo el primero en la doctrina procesal en destacar la relación entre Constitución y Proceso, sentó las bases para la incorporación como garantía del derecho que ampara a quien reclama justicia de asegurar la operatividad del derecho en su integridad. La visión de la ley procesal como la reglamentación de la garantía de justicia, contenida en la Constitución, adquiere relevancia práctica pues impide incurrir en excesos rituales o formalismos en la interpretación y aplicación de las normas procesales, pues ella debe realizarse a la luz de la Constitución y los Tratados. Destacaba así el maestro Couture la importancia de evitar que "el derecho sucumba ante el proceso". (COUTURE, E.J., Fundamentos... cit., p. 148, con cita de Satta, La tutela del diritto nel proceso, en "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile", Padova, 1953, p. 22.)".

Es claro entonces que garantías constitucionales y convencionales aquí involucradas no puede sucumbir frente a una disposición de índole procesal que estimo posee consecuencias en el caso concreto cuestionables.

Dice la Convención de los Derechos del Niño Ley 23.849, incorporada luego expresamente, en la reforma de 1994, con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN):

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

La Ley 26.061 de Protección Integral de los niños, niñas y adolescentes dispone:

ARTICULO 1° — OBJETO. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño.

La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

ARTICULO 2° — APLICACION OBLIGATORIA. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto,

decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

ARTICULO 3° — INTERES SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

ARTICULO 27. — GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o

adolescente;

- b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
- c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;
- d) A participar activamente en todo el procedimiento;
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

ARTICULO 28. — PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION. Las disposiciones de esta ley se aplicarán por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales.

ARTICULO 29. — PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD. Los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Es clara la confrontación de valores que se advierte entre una norma de orden procesal que habilita el decreto de la caducidad de instancia aún contra los menores con las disposiciones de índole constitucional y convencional antes transcriptas y las restantes que emanan de esos instrumentos.

Es de destacar que nos encontramos en el presente ante la caducidad de instancia decretada en forma oficiosa en los términos del art. 316 del CPCyC aunque solicitada por una de las partes del presente proceso lo que a mi juicio determina además la necesaria sustanciación e intimación previa prevista en el art. 315 último párrafo del citado código, toda vez que establece “...Una sola vez en el proceso, el pedido de caducidad de la instancia deberá sustanciarse con la contraria...”. A mi juicio diversa es la situación cuando la misma es decretada oficiosamente (sin petición de parte) al comprobarse el doble de los plazos del art. 310 que cuando esta última forma de producirse es incoada (pedida) por alguna de las partes, como en el caso. Con ello no pretendo desconocer el alcance la doctrina legal de los fallos del cimero tribunal antes

citados, más si dejar a salvo mi opinión en el sentido de que la misma se acerca más a la postura expuesta por el Dr. Mansilla en los autos “MUNICIPALIDAD DE SIERRA GRANDE c/HIERRO PATAGONICO RIONEGRINO S.A. (HIPARSA) s/EJECUCIÓN FISCAL s/CASACION”, Expte. N° 27264/14-STJ-, Sent. 17/03/2015. Ello en el entendimiento de que propiciar otra interpretación sería a mi juicio tolerar que la parte pueda pedir la caducidad de instancia en el caso del art. 316 -aún cuando deba para ello esperar el transcurso del doble de los plazos- eludiendo de ese modo la necesidad de permitirle a la contraria, al menos por una vez, manifestar su intención de mantener viva la misma.

Ahora bien refiriéndonos al interés superior del niño y su concreción Nora Gatica y Claudia Chaimovic apuntan que "el llamado "interés superior del niño" debe ser entendido como un término relacional o comunicacional. Significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del propio niño. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado mismo, pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño (Citado en: AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, "El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Revista Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1, 2008).

“El interés superior del niño, y su carácter de orden público, nos lleva de la mano a sostener que dicho interés no apunta solo al reconocimiento de aquél, en tanto constituye una persona humana, de todos los derechos que asisten a los adultos. Es más, porque a ello se le debe adicionar una protección especial, un plus de derechos, dada su situación de vulnerabilidad; en atención a que no han completado todavía la “constitución de su aparato psíquico”. Una y otra aristas están estrechamente ligadas dado que esa “protección especial” está destinada precisamente a dar efectividad a todos los derechos que se le reconocen los niños a tenor de la Convención Internacional que les atañe. En función de lo narrado, pues, los jueces están constreñidos a un rol activo, llevando a cabo una “supervisión adecuada” y efectuando el “control de convencionalidad”; para lo cual será indispensable “un permanente y puntual actividad de oficio” (Arias de Ronchietto, Catalina Elsa Mizrahi, Mauricio Luis. (2014) “Interés superior del niño”. LA LEY. 25/08/2014, 4. Cita Online: AR/DOc. 2891/2014).

La Corte Federal ha dicho que los tribunales están obligados a atender primordialmente al citado interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina del Tribunal que

garantizar implica el deber de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los niños disfruten de los derechos reconocidos en la Convención, debiendo los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción (CSJN, "V., D. L.", 16/8/2011, Fallos: 334:913). Ha dicho asimismo que “la natural condición de dependencia de la infancia hace necesario que las instituciones contribuyan a un resguardo particularmente cuidadoso de sus derechos, de manera que los niños “son acreedores de un resguardo intenso y diferencial por razón de su edad y de las variables de indefensión que las afectan, merecimiento al que los jueces deben dar efectividad directa como mandato de la Constitución. Se agregó que “esta regla de oro es reconocida por la comunidad jurídica occidental como un verdadero “prius” interpretativo, que debe presidir cualquier decisión que afecte directamente a personas menores de dieciocho años”. (C.J.S.N, 02/12/2008. Fallos: 331:2691).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC17/02 párr. 62, del caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, expresa que: “La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece”. En el caso “*Furlán y Familiares vs. Argentina*”, resalta que los menores de edad y las personas con discapacidad deben disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.

En la exposición de motivos en la XIV “Cumbre Judicial Iberoamericana” en la elaboración de las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en estado de vulnerabilidad se expuso que: “El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho. Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado

que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social". (Las Reglas de Brasilia. "100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad". Cumbre judicial Iberoamericana. www.cumbrejudicial.org).

Nuestro máximo tribunal ha recordado recientemente que "la caducidad de la instancia halla justificación en la necesidad de conferir un instrumento al Estado para evitar la indefinida prolongación de los juicios, pero que no configura un artificio tendiente a impedir un pronunciamiento sobre el fondo del pleito". En tal inteligencia decidió que "corresponde dejar sin efecto la sentencia que la admitió en un recurso de casación, si carece de un análisis crítico de los elementos relevantes para la solución del planteo, y por aplicación del criterio que preside dicho instituto más allá del ámbito que le es propio, culmina en la frustración ritual del derecho del recurrente a obtener una sentencia sobre el fondo de la pretensión, con grave lesión del derecho de defensa en juicio" (CSJN, "Yoma S.A.", 04/9/2012, Y. 18. XLVII; RHE, del dictamen de Procuración, al que remitió la Corte).

El maestro Augusto M. Morello con Mario E. Kaminker (MORELLO, Augusto M. - KAMINKER, Mario E., "Caducidad de instancia y fería judicial (Dos instituciones en crisis)", JA 1994-IV-335), señalaban hace años la crisis del instituto, su dudosa compatibilidad con la facultad impulsoria de los jueces, la ficción de su proclamado fundamento y la dificultosa comprensión de su finalidad, especialmente frente a la frustración del deber de administrar justicia del Estado con el fin de pacificación de los conflictos. Es que en verdad si los tribunales —o sea, los órganos estatales— tienen el deber de impulsar los procedimientos a los fines de la superación del conflicto mediante una decisión jurisdiccional (ARAZI, Roland, "Caducidad de instancia: impulso de las partes y deberes de los jueces y funcionarios", Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2012-I, "Modos anormales de terminación del proceso", ps. 161 y ss), no se advierte cuál es la razón de que se desentiendan de ese deber por la negligencia de los abogados —y la concurrente inactividad del tribunal— que debieron llevar adelante el proceso, provocando la extinción de un proceso que puede reeditarse (cuando no ha prescripto el derecho) o, lo más grave, frustrando definitivamente los derechos que el Estado garantiza (cuando se combina con la prescripción). Es evidente

que la alegación de que "las partes" (la actora o incidentante) han abandonado el proceso no responde a la realidad; no es "la parte" la que evidencia con su propia conducta el abandono sino el profesional y el tribunal quienes han dejado de impulsarlo. Pero, además, se hace recaer la pérdida sobre la persona que buscó el amparo jurisdiccional, sobre la base de una presunción de abandono por los hechos de otros (estrictamente, las omisiones), que pretende justificarse en la culpa in eligendo del peticionante o el recargo de tareas de los tribunales, según los casos; culpa in eligendo igualmente inimputable al vulnerable; de tal modo, se alinean ficciones, determinantes de la liberación del cumplimiento del deber de proveer al conflicto. Bien decían Morello y Kaminker: "que la ficción en que se apoya el instituto no se compadece con las pautas mínimas de la actividad procesal y del propósito y finalidad que buscan las partes a través del juicio: satisfacer un interés que se halla en conflicto con otro mas no perder derechos por la inacción de terceros ajenos al conflicto" (MORELLO, Augusto M. - KAMINKER, Mario E., "Caducidad de instancia...", cit., p. 337, nro. IV). Cuando se pierde la finalidad, se incurre en ritualismo y enseñaba Juan F. Linares que "el ritualismo o formulismo es una especie de injusticia grave por exceso de orden" (LINARES, Juan F., "Recurso extraordinario y ritualismo", JA Serie Contemporánea - Doctrina 1975, p. 462, nro. II.4).

Se lee en un meduloso trabajo titulado "EN CAUSAS CIVILES ¿CORRE LA CADUCIDAD DE INSTANCIA CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES?", Márquez Laméná, Sebastián, Publicado en: LLGran Cuyo 2013 (octubre) , 935, Cita Online: AR/DOC/3431/2013:

"Devis Echandía consideraba que la perención es una sanción al litigante moroso, "lo cual responde a un principio de economía procesal y de certeza jurídica, para impulsar la terminación de los pleitos, razón por la cual se aplica inclusive cuando se trata de menores e incapaces" (DEVIS ECHANDÍA, Hernando, "Teoría General del Proceso", T. II, Bs. As., Editorial Universidad, 1985, p. 664). Claro que el autor colombiano escribió estas líneas en los años sesenta del siglo XX, con lo que temporal e ideológicamente las encontramos en sintonía con la ley 17.711. Obviamente, todo esto es anterior a la CDN, adoptada por Naciones Unidas en el año 1989.

Podemos afirmar que ningún litigante tiene garantizado constitucionalmente un derecho a obtener la caducidad de instancia. Sí es natural que reconozcamos que todo sujeto sometido a juicio tiene un interés a que el proceso, que su contrario tiene la carga de instar, cese por dicho mecanismo. Ahora, no existe una norma constitucional que

atribuya o reconozca el derecho a obtener la perención de la instancia. Diré más, cuando nuestros códigos procesales señalan que la caducidad puede declararse de oficio (Art. 316, CPCCN, norma seguida por casi todos los códigos en las provincias. El Código Procesal Civil de Mendoza, redactado por Ramiro Podetti, también lo previó en el art. 79, aunque luego su obra sufrió una reforma y hoy señala "La caducidad no podrá ser declarada de oficio"), están demostrando que el instituto responde a un interés del Estado en que el órgano judicial quede liberado (como sostenía Chiovenda) o al interés público de evitar la eternización de los procesos judiciales pues la permanencia de pleitos abiertos afecta la paz social y la seguridad jurídica (como planteaban otros autores como Guasp y Podetti) (Sobre el punto, véase: PALACIO, Lino E., "Derecho Procesal Civil", T. IV, 2º edición, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999, p. 212 y sus citas; VÁZQUEZ, Oscar E., "Proceso jurisdiccional", T. I, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2006, ps. 611 y ss).

En este sentido concuerdo con Pithod en que el Estado, en el diseño de los procedimientos de justicia, puede postular procesos con caducidad de instancia o no caducables. Como bien lo apunta este autor, "la igualdad ante la ley procesal no exige más que igualdad de oportunidades de defensa y prueba. De ningún modo garantiza una determinada modalidad conclusiva del proceso, contingente y variable por naturaleza, como es la caducidad de instancia. De allí, la justificación del régimen que aparta del riesgo de perención al trabajador, por su sola calidad de tal, en tanto se hace extensivo a su contraparte y a cualquiera que pueda acceder al fuero (PITHOD, Federico, "Caducidad de la instancia: ¿Garantía constitucional?", LLGran Cuyo 2011-803)".

Ahora bien, de confirmarse la sentencia en recurso al menor demandante se le privaría de la posibilidad de acceder -eventualmente, de proceder esta acción- a una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la muerte de su padre, de carácter claramente alimentaria (art. 1745 inc. b, CCyC).

Se lee en un precedente que aporta claridad al presente:

"Con la entrada en vigencia del Cód. Civil y Comercial de la Nación, quedó plasmada la constitucionalización del derecho privado, receptando y amalgamando los principios fundamentales de la Constitución, el derecho público y el derecho privado.

Puntualmente los niños, niñas y adolescentes, por ser personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad, se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico sustancial en su totalidad.

El carácter alimentario de la indemnización por los daños sufridos por los hijos menores

de edad por el fallecimiento de su progenitor.

El vocablo alimentos comprende “todo lo necesario para la vida de la persona necesitada” (Mazeaud, Henry Leon et Jean, Lecciones de Derecho Civil-EJEA, Buenos Aires, 1959, Parte I, Vol. IV, LECCION LXII, p. 147 N° 1208; conf. Lehman, Heinrich, Derecho de Familia, Vol. IV, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 397, y Escriche, Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia, París, 1869).

Es decir que principios tan sólidamente vinculados con la dignidad del ser humano, como son el derecho a la vida y la solidaridad social sustentan con igual firmeza lo que en rigor constituye un derecho natural para aquél que requiere el alimento, que el legislador ha convertido en derecho positivo, elevando la exigibilidad moral al rango coactivo de deber jurídico. (conf. Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña, La obligación alimentaria: deber jurídico, deber moral, coedición de Ed. Porrúa y la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F. 1989, P. 10).

En similar lineamiento el Dr. Fernando A. Bermúdez expresa que: “... la dignidad humana debe estar fundada en el carácter ontológico de la noción de persona, y este fundamento, será el único baluarte de respeto y reconocimiento serio y objetivo de los derechos humanos, que ya no dependerá de ninguna circunstancia política, coyuntura social o legislación positiva, sino en este concepto trascendente, como el más sólido fundamento de los derechos entendidos como fundamentales. De lo contrario, estaremos ante meros edictos de tolerancia revocables y no ante auténticos derechos humanos”. (“Precisiones iusfilosóficas a cerca del fundamento de los derechos humanos”. Revista Internacional de Derechos Humanos/ISSJN 2250-5210/2012, Año II-N° 2. www.revistaidh.org).

Esa positivización de la dignidad humana y su consecuencia, el derecho alimentario, se observa en el Cód. Civil y Comercial de la Nación en el art. 51 que establece la “inviolabilidad de la persona humana”. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”, y en su art. 646 dentro de la enumeración de las obligaciones de los progenitores con relación a sus hijos, se encuentra el de prestarle alimentos.

Esa obligación alimentaria se transmuta en el art. 1745 al expresar: “Indemnización por fallecimiento. En caso de muerte, la indemnización debe consistir en: a) los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal; b) lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de

edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes...” (JUZGADO DE 1A INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINAS NRO. 8 DE MENDOZA, P., M. del C. y otros c. M., D. A. s/ daños y perjuicios, 23/06/2016, Cita Online: AR/JUR/51814/2016, comentado por Parellada, Carlos A., titulado INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y CADUCIDAD DE INSTANCIA, Publicado en: RDF 2017-VI , 226, Cita Online: AP/DOC/990/2017).

Precisamente, en el comentario al fallo antes aludido se lee:

“Es el instituto mismo de la caducidad de instancia extintiva directamente de procesos e indirectamente de derechos el que carece de razonabilidad y sólo encuentra justificación en la necesidad fáctica de descargar la congestión tribunalicia por una organización judicial que no responde a la premisa de que quien organiza un servicio debe hacerlo de una manera tal que satisfaga las necesidades de sus beneficiarios sin ocasionarles daños (Por tal razón, numerosos países avanzados prescinden del instituto). Pero cuando de vulnerables se trata, la llamada "representación promiscua" de los menores debería estar atenta a la defensa activa de sus derechos y evitar que se pierdan, o sea, no adquieran efectividad, pues justamente a la dificultad o imposibilidad de ejercicio personal de sus derechos está ordenada su existencia misma. Por supuesto que el primer obligado era el profesional que representaba a los accionantes, pero hacer efectiva esa responsabilidad implica revictimizar a las víctimas, con la necesidad de otro nuevo proceso con los mismos riesgos; y es precisamente para evitar ese efecto que existe el Ministerio Público Tutelar —coadyuvando en el proceso originario—, para que ese nuevo daño no se concrete (Arg. art. 103, Cód. Civ. y Com. Ha de repararse que la disposición citada convierte en principal la intervención del Ministerio Público "cuando los derechos de los representados están comprometidos y existe inacción de los representantes").

A tales argumentos cabe agregar los que surgen de la concepción amplia del derecho de acceso a la justicia, que lo concibe como el derecho de toda persona "de acceder no sólo al órgano jurisdiccional sino a obtener una sentencia justa en salvaguarda de un número determinado de garantías procesales" (PÉREZ CURCI, Juan I., "El derecho fundamental de acceso a la justicia", Universidad del Aconcagua, Mendoza, 2015, p. 82, nro. I.2.2.3), que se encuentra en contraposición con la extinción del proceso,

especialmente del llevado a cabo para la efectividad de los derechos de las personas vulnerables.

En este tema —como en algunos otros— se termina beneficiando intereses "no legítimos" (Desde una perspectiva teórica, se ha entendido que toda vez que la petición de protección transformaría en imprescriptible la acción, el deudor se vería privado de la posibilidad de que la interrupción se tenga por no sucedida. Ello importa elevar a la categoría de derecho subjetivo la ficción de tener por no sucedido lo que ha sucedido. El interrogante es si esta ficción legal es un interés protegible de la misma calidad de merecimiento que la petición de protección y especialmente frente a peticionantes vulnerables. Ha de advertirse que calidad de merecimiento sólo alcanza a tener un pronunciamiento de fondo, no a la procedencia de la protección), pues el responsable de los daños no tiene un interés protegible de no hacerse cargo de los daños que el derecho les manda afrontar —si así procediera sustancialmente— en base a un instituto fundado en razones esmirriadas o falaces. Es que, efectivamente, es la consecuencia de la aplicación del instituto a los pleitos en los que se dilucidan los derechos indemnizatorios de menores, y sin lugar a dudas no puede prescindirse de las consecuencias a las que conducen las decisiones judiciales (CS, 06/11/1980, "Saguir y Dib, Claudia G.", Fallos 202:193, LA LEY 1981-A-401, con nota de Julio R. MÉNDEZ, y SILAR/JUR/1136/1980; CS, 23/03/2005, "Itzcovich, Mabel c. ANSeS s/ reajustes varios", consid. 8º del Dr. Lorenzetti, LA LEY 2005-B-646; CS, 06/03/2007, "Mosca, Hugo A. c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios", Fallos 330:563, AP 4/62466).

Bien se ha señalado que "no es lo mismo tratar con procedimientos que recaen sobre cosas, en definitiva económicas... que, sustanciar procesos en los que las personas ven afectadas su identidad, sus relaciones personales más íntimas, su futuro y sus necesidades básicas o su medio ambiente" (RUEK DE YANZÓN, Inés B., en RUEK DE YANZÓN, I. B. (dir.), Derecho procesal civil y comercial de la provincia de Mendoza. Perspectivas actuales", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 74, nro. 3). Precisamente en el caso que se anota, y pese a tratarse de un proceso por daños y perjuicios en virtud de un accidente de tránsito, se trata del futuro y las necesidades básicas de los menores -sobre cuya vulnerabilidad no se duda (BERIZONCE, Roberto, "Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas", Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008-I, "Tutelas procesales diferenciadas - I", p. 45, nro. 4)-, que requieren una tutela especial de protección a la que se llega por vía

interpretativa (Quizás no sea éste un caso de tutela diferencial conforme los criterios que ha enunciado PEYRANO, Jorge W., "¿Qué es y qué no es tutela diferenciada en Argentina?", Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008-I, "Tutelas procesales diferenciadas - I", p. 21, pues no se trata de un supuesto en el que exista una pretensión principal fundada en particulares necesidades del requirente, sino de una pauta interpretativa que lleva a una hermenéutica pro debilis, prescindiendo de un instituto meramente legal, que "en el caso" contraría el principio protectorio que requiere la "particular necesidad del accionante" por su condición de vulnerabilidad, para garantizar un derecho fundamental como es el de acceso a la justicia en sentido amplio)...

Los fallos bajo comentario evidencian una tendencia que se insinúa y va permeando en las decisiones judiciales a una mayor garantía de la efectividad de los derechos de las personas vulnerables, que lleva a interpretaciones flexibles que impiden que circunstancias de orden procesal obsten a la efectividad de los derechos de aquellos que no se encuentran en una situación de igualdad real con el resto de los litigantes (CNCiv., sala C, 22/12/2005, "C., S. P. c. C., S. A.", SIL AR/JUR/7973/2005, se decidió que "Cabe rechazar la perención de la segunda instancia aunque haya transcurrido más de un año desde que se concedió, con efecto devolutivo, el recurso de apelación sin que la demandada impulse el procedimiento, pues, las particulares características del proceso en cuestión, por medio del cual se otorgó provisoriamente la guarda de un menor a su padre, ameritan adoptar un temperamento restrictivo en el análisis de esta forma anormal de conclusión del proceso"). De este modo, se avanza en la consideración hacia un derecho procesal integrado con los derechos sustanciales, y a su servicio, dejando a un lado finalidades abstractas —o teóricas, como las llama Arias Cáu (ARIAS CÁU, Esteban J., "Los paradigmas de interpretación y la caducidad de instancia en sede laboral en Jujuy", LLNOA 2009 (febrero), p. 13, SIL AR/DOC/3823/2008, cap. IV.2. Refiriéndose al proceso laboral —que tiene características disímiles con los casos de autos—, señala: "disentimos con la explicación brindada por el método dogmático porque ella parte de la base de un conocimiento o saber teórico que no carece de lógica pero puede no adecuarse a los casos concretos '\saber práctico\' que toque analizar y sus consecuencias pueden llegar a ser disvaliosas" y que "no es posible que al resolver las controversias que se susciten a raíz de su aplicación (del Código Procesal del Trabajo), nos atengamos a preceptos rituales que están en pugna con el sentido y la orientación fundamental de la legislación sustantiva, cuya efectividad se trata de garantizar"—,

para darle prevalencia a las circunstancias concretas que ofrece la realidad de vida que el derecho —todo el derecho— pretende proteger. En definitiva, prevalecen los valores y principios sobre reglas que tienen alguna justificación fáctica en orden a la protección de las deficiencias del servicio de justicia, en lugar de orientarse a la protección de las personas concretas que ostentan debilidades que es necesario compensar para garantizar la igualdad real entre los justiciables. Tales valores y principios surgen de las convenciones internacionales, pero hoy están integrados al ideario constitucional, al que será necesario ir adaptando para que realmente tengamos un derecho sustancial y procesal afín a los requerimientos de su humanización.

La tendencia que evidencian estos fallos se manifiesta en otros ámbitos, como en los amparos por razones de salud (CNFed. Civ. y Com., sala 1ª, 18/02/2016, "Urdampilleta, Carolina c. Dosuba y otro s/ amparo", SIL AR/JUR/10234/2016, con nota aprobatoria BRION, Guillermo J., "La caducidad de instancia en los amparos de salud", LA LEY 2016-D-176, RCyS 201,6 p. 193 y SIL AR/DOC/1625/2016; en ese caso, se dijo: "la aplicación e interpretación acerca de las normas que reglamentan el procedimiento de una garantía consagrada en la Constitución Nacional, no pueden constituirse si se las desnaturaliza por su excesiva rigidez, en un valladar formal que torne inoperante el instituto, produciendo de tal manera, la alteración prohibida en el art. 28 de la CN (conf. Fs. CS 324:3075). En otras palabras, las formas procesales no pueden servir para limitar o retacear la esencia de la garantía constitucional, y por ende, deben ser dejadas de lado si ponen obstáculos para arribar a una sentencia judicial verdaderamente protectora"). También se ha justificado e incluso legislado en algunas provincias la no caducidad de las ejecuciones fiscales sobre la base del argumento de que tales disposiciones o criterios no responden a la calidad del actor sino al fin que se persigue a través de dichas acciones, el sostenimiento del Estado como un interés común superior que justifica el trato particular (COLOMBERO, Anabel, "La perención de instancia como modo anormal de conclusión del proceso en la ejecución fiscal. El art. 5º quinquies de la ley 9024", LLC 2017 (febrero), p. 1, y SIL AR/DOC/3841/2016. Estas postulaciones confirman el modo paradójico en que el Estado orienta su autoprotección).

En fin, no dudamos de que este tipo de fallos puede escandalizar a muchos juristas, que preferirían —igual que nosotros— que existieran normas en el derecho nacional que dijese expresamente lo que ante su ausencia dicen hoy los jueces encontrando apoyatura en las normas convencionales (MÁRQUEZ LAMENÁ, Sebastián, "En causas civiles ¿corre la caducidad de instancia contra niños, niñas y adolescentes?", LLGran

Cuyo 2013 (octubre), p. 935, SIL AR/DOC/3431/2013). Advertimos, sin embargo, que, si existiesen dichas normas, podría sostenerse que ellas no armonizan con el carácter local de las disposiciones adjetivas y que tampoco se alinearían con las disposiciones de la prescripción que corren contra los menores; ni uno ni otro de esos argumentos nos convence. El primero, pues la efectividad de los derechos de las personas vulnerables está en un rango prevalente o equivalente —según la ponderación que se haga— de la abstracta razón de la garantía del federalismo; y el segundo, pues él esconde la verdad de que hay demasiados institutos que persiguen seguridad jurídica y poca ocupación por la justicia concreta de los casos.

Tampoco dudamos que el derecho evoluciona de esta forma... con decisiones valientes —porque enfrentar criterios tradicionales, aunque no tengan sentido, siempre lo es—, que después, con la reflexión conjunta de la comunidad jurídica, adopta el legislador. Pero es obvio que el legislador no puede ni necesita decirlo todo, cuando existen principios que pueden suplir su silencio y normas superiores que los consagran. Allí está el juez para ponderar... cuál es la justicia del caso que se le somete a decisión. No se trata de un "derecho libre" prescindente de las reglas jurídicas, sino de una decisión razonada sobre la base de los principios y valores que inspiran el ordenamiento.”

La doctrina ha patentizado el carácter alimentario de la indemnización contenida en dicho artículo al expresar: “El Cód. Civil y Comercial precisa en el art. 541 cuál es el contenido de la prestación alimentaria al decir que comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario, asistencia médica, correspondiente a la condición del que la recibe (...). Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además lo necesario para la educación.” (Alterini Jorge (2015).”Cód. Civil y Comercial comentado”, Bs. As., Ed. LA LEY. p. 271).

Se vislumbra claramente que en el caso de autos, el objeto del presente proceso es el resarcimiento por los daños sufridos por el hijo menor por el fallecimiento de su progenitor, el cual posee carácter alimentario en virtud de los arts. 1745 y c.c. del Cód. Civil y Comercial de la Nación, siendo el derecho alimentario de los niños, concerniente al orden público, reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico en su totalidad, y sobre todo inescindible de la dignidad humana (ver art. 51 y cc. del Cód. Civ. y Com.).

Se advierte que el menor involucrado en autos se trata de un menor adolescente que al mes de octubre del año pasado alcanzó los 15 años de edad. En consecuencia debió - previo a decretarse la caducidad solicitada- y deberá analizarse la posibilidad que

preveen los arts. 26 y 109 inc. a) del mismo cuerpo normativo a la luz de la actitud de desidia demostrada en autos por su representante legal. Precisamente, merituando esta circunstancia, es que estimo que la magistrada interviniente antes de la adopción de la caducidad oficiosa -y con ello necesariamente la pérdida del derecho sustancial- debió a mi juicio advertir las circunstancias expuestas y adoptar una conducta de mayor protección hacia el adolescente cuyos derechos se encuentran involucrados en autos y cuya defensa por su representante legal luce ausente o al menos notoriamente deficiente (arg. art. 36 del CPCyC). Se ha dicho que “La noción de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos traslada el eje desde el concepto rígido de capacidad determinado a partir de la pauta etaria, hacia la noción más empírica que deriva del campo bioético, de competencia. Este parámetro, claramente independizado de la capacidad civil de ejercicio, habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular, aun cuando este no ostente plena capacidad y en tanto se evalúe que, a pesar de ello, puede formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión que la involucra. Esta evaluación depende de factores que exceden la pauta etaria, y se relacionan con el alcance de un cierto grado de madurez y desarrollo, a valorar concretamente en cada caso, desarrollo que se adquiere progresivamente, conforme la evolución personal de cada niño/a, contorneando así su autonomía progresiva para el ejercicio de derechos” (FERNÁNDEZ, Silvia E., “El régimen de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 25. Cita Online AR/DOC/3834/2014).

Debe destacarse también que el presente se trata de un litigio que tiene al estado provincial como co demandado habiendo ocurrido además la presunta mala praxis en un hospital público lo que parece añadir una obligación extra, ya que si consideramos que es el Estado el que debe velar por el cumplimiento de la CDN, no puede el mismo estado tolerar y beneficiarse con la dilación de un proceso con la finalidad de sustraerse del cumplimiento de una obligación que por ley le corresponde. A ello debemos agregar para completar lo que entiendo una clara contradicción con las normas legales, constitucionales y convencionales citadas, que como he dicho, en el presente la caducidad de instancia se ha decretado oficiosamente por el juzgador, esto es por otro poder del estado, en este caso el judicial.

En suma y por lo que llevo expuesto, propiciaré tanto en cuanto al menor se refiere como en cuanto a la madre del mismo, se haga lugar a la apelación en tratamiento revocándose la sentencia dictada, debiendo continuar el presente proceso. Al tal fin

advierdo que aunque pudiera aparecer injusta la decisión adoptada respecto de la madre del menor, es claro que la eventualidad del progreso de la acción en su beneficio seguramente redundará indirectamente en beneficio de su hijo, razón suficiente que me lleva a adoptar ese temperamento.

No puedo dejar de advertir para finalizar, que el ordenamiento jurídico en su conjunto requiere un obrar mucho más pro activo por parte del ministerio público, en particular en los Defensores de Menores, obrar que en autos, existiendo base normativa para hacerlo (arts. 23, 103, inc. b, 1, 109 inc. a y cctes. del CCyC), no se ha evidenciado, siendo la decisión aquí recurrida una consecuencia de ello.

La solución adoptada implica dejar sin efecto la regulación de honorarios efectuada en la instancia anterior en base a la pauta del art. 21 de la Ley 2212 toda vez que no se acoge la pretensión de la caducidad impetrada, debiendo oportunamente en la misma procederse a la regulación por el incidente de caducidad.

En consecuencia y por lo expuesto propicio al acuerdo se haga lugar a la apelación en tratamiento, sin costas en atención al modo en que se resuelve, dejando sin efecto la regulación efectuada en la instancia anterior, debiendo regularse los honorarios de los Dres. Justo Emilio Epifanio y Noelia Caparrós, en conjunto, en el 25 % de los que oportunamente se establezcan en la instancia de origen. Así lo voto.

6.-En consecuencia si mi propuesta fuere receptada FALLO:

6.1.-Hacer lugar a la apelación interpuesta por la Defensora de Menores e Incapaces, revocando en consecuencia la sentencia dictada y disponiendo la continuación de estas actuaciones, sin imposición de costas.

6.2.-Dejar sin efecto la regulación de honorarios efectuada en la instancia anterior sobre el monto demandado toda vez que no se acoge la pretensión de la caducidad impetrada, debiendo oportunamente en la misma procederse a la regulación por el incidente de caducidad.

6.3.-Regular los honorarios de los Dres. Justo Emilio Epifanio y Noelia Caparrós, en conjunto, en el 25 % de los que oportunamente se establezcan en la instancia de origen.

6.4.-Regístrese y vuelvan.

EL SEÑOR JUEZ DR. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ, DIJO: 1.- He de adherir a la propuesta efectuada por el estimado colega que me ha precedido en el orden de exposición; esto es, hacer lugar al recurso de apelación revocando la sentencia dictada y permitiendo la continuidad de la causa en los términos que el mismo propone.

2.- El Dr. Maugeri concreta en su exposición un muy prolijo detalle de los antecedentes

del caso, exhibiendo un profundo estudio del tema al trasladarnos la posición de gran parte de los más destacados procesalistas, así como de la jurisprudencia pertinente.

Como dije, coincido con su propuesta de solución, a lo que agregó que también con muchas de las consideraciones y citas que ha colacionado, pero en mi opinión, ya no es posible sostener en la actualidad -como lo hace el Código Procesal- que la caducidad corre con relación a los menores o de aquellos que además de una representación necesaria deben ser asistidos por el Ministerio Público.

Tal disposición es contraria al bloque convencional y constitucional que reclama sin hesitación alguna, una tutela judicial efectiva con relación a los niños, adolescentes e incapaces, desde que la caducidad de la instancia no puede sino ser vista como el resultado lógico de la inacción de los representantes legales y del Ministerio Público que ante la desidia de aquellos debió sustituirlos o adoptar las medidas necesarias para asegurar que la asistencia sea eficiente.

Desde tal perspectiva cuando el art. 314 del CPCyC -que admite que la caducidad opere contra 'los menores y cualquier otra persona que no tuviere la libre administración de sus bienes'-, cuando en su párrafo final dispone que 'Esta disposición no se aplicará a los incapaces o ausentes que carecieren de representación legal en el juicio', debe necesariamente interpretarse como una representación efectiva o eficiente, y no solo formal o aparente. No otra decisión se impone en orden a las pautas de aplicación e interpretación de las normas que prevé el Código Civil y Comercial en sus artículos 2 y 3.

3.- Entiendo además cuestionable la actuación del tribunal al ordenar la paralización del proceso conforme lo previsto en la Resolución STJ N° 584/08 (providencia de fecha 2/02/2018). Máxime cuando, además, no notifica de la misma a la Defensoría de Menores e Incapaces.

Frente a disposiciones de orden público, el juez está llamado a asumir un rol proactivo, debiendo en el caso haber velado también por que la asistencia del niño sea efectiva. En lugar de disponer la paralización, la Sra. Jueza debió dar vista a la Defensoría de Menores para que cumplimente el rol que el Código Civil y Comercial le tiene asignado para los supuestos en que los representantes legales no gestionan adecuadamente los derechos del niño (arts. 103 y cctes. CCyC).

4.- Una inactividad que sobrepasa incluso los plazos previstos para la perención de la instancia, no puede sino ser vista como una falta de satisfacción de los estándares mínimos de la defensa, con lo que racionalmente es imposible sostener que se verifica

en el caso, una tutela efectiva de los derechos del niño. Y frente a ello, los jueces estamos llamados a actuar de oficio para que se revierta la situación.

5.- Que el ordenamiento reduzca la tutela a la eventual indemnización de los representantes y del Estado por la falta de adecuada asistencia en juicio -tal como lo dispone en su primera parte el art. 314 del CPCyC, no satisface la exigencia convencional del art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que además se ve reforzada en grado sumo al tratarse de un menor de 18 años en orden a las obligaciones asumidas por el Estado Nacional al adherir por ley 23.849 a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, instrumentos internacionales ambos que fueran constitucionalizados expresamente en oportunidad de la reforma constitucional de 1994 (art. 75 inc. 22 CN).

La tutela debida a niños y adolescentes, no puede reducirse a asegurar acciones tendientes a indemnizar los daños por la violación de los derechos de estos, sino antes bien, de mecanismos concretos para prevenir y en lo posible evitar que los derechos del niño se frustren o sean cercenados. La reparación del daño obviamente que subsistirá, pero no puede dispensarse de la tutela judicial efectiva con el argumento que tendrá derecho a reclamar por daños y perjuicios contra sus representantes.

6.- En la línea que venimos exponiendo, entre otros precedentes, en 'Ramos' (sentencia de fecha 15/09/2017 correspondiente al Expte. CA-21691) de oficio dispusimos una nueva vista a la Defensoría de Menores por entender que su dictamen no constituía una asistencia efectiva sino solo aparente. De más está decir que en el caso la situación es más grave porque ni siquiera hubo actividad y el perjuicio es concreto y evidente.

Expusimos en tal oportunidad y estimo oportuno recordar: "El tema es tratado con mucha claridad en la obra 'Código Civil y Comercial de la Nación Comentado' director Ricardo Lorenzetti de editorial Rubinzal Culzoni, en el comentario al art. 103 del CCyC, T° I, págs. 452 y siguientes, a cuya lectura me remito. 2.- La participación del Defensor de Menores ha de ser efectiva y no puede soslayarse, aunque la omisión de la actuación pueda consentirse si pese a la irregularidad, no se verifica daño para el niño, adolescente o incapaz. Y en cualquier caso, el representante del Ministerio Público debe evaluar la resolución judicial y expedirse fundadamente en relación al recurso interpuesto, teniendo incluso el deber de suplir las omisiones o deficiencias que pudiere eventualmente observar en la defensa de los intereses del menor o incapaz. Propongo en consecuencia que a tales fines vuelva el expediente a la instancia de origen".

Así también entre otros precedentes, aunque vinculados a la actuación del Defensor

Oficial, hemos remarcado en el concepto de tutela judicial efectiva, que importa cumplimentar ciertos estándares de eficiencia y no puede ser simplemente aparente. Por su extensión me remito a los siguientes: causa 'R., L.L. y R., K. N. s/ Medidas Proteccionales' (sentencia de fecha 17/10/2016 correspondiente al Expte. N° CA-21655) y causa 'Gorjón' (sentencia de fecha 27/08/2015, correspondiente al Expte. CA-21530).

7.- Con las aclaraciones que anteceden, es entonces que reitero mi adhesión a la propuesta efectuada por el Dr. Maugeri, expidiéndome en el mismo sentido. TAL MI VOTO.

EL SEÑOR JUEZ DR. VICTOR DARIO SOTO, DIJO: Que atendiendo a la coincidencia de opinión de los dos primeros votantes, se abstiene de emitir su opinión (art.271 C.P.C.).-

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería,

RESUELVE: 1.- Hacer lugar a la apelación interpuesta por la Defensora de Menores e Incapaces, revocando en consecuencia la sentencia dictada y disponiendo la continuación de estas actuaciones, sin imposición de costas.

2.- Dejar sin efecto la regulación de honorarios efectuada en la instancia anterior sobre el monto demandado toda vez que no se acoge la pretensión de la caducidad impetrada, debiendo oportunamente en la misma procederse a la regulación por el incidente de caducidad.

3.-Regular los honorarios de los Dres. Justo Emilio Epifanio y Noelia Caparrós, en conjunto, en el 25 % de los que oportunamente se establezcan en la instancia de origen.

4.-Regístrese y vuelvan.

DINO DANIEL MAUGERI

PRESIDENTE

GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ

JUEZ DE CÁMARA

VICTOR DARIO SOTO

JUEZ DE CÁMARA

(En Abstención)

Ante mí:

PAULA CHIESA

SECRETARIA

nvp