--- En la ciudad de Trelew, a los días de del año dos mil nueve, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Dante Ferrari y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Carlos Marcelo J. López Mesa y Carlos Alberto Velázquez, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“A.F.I. s/ Medida de Protección de (S., G., V., M., y S. S.)”** (Expte. 268 año: 2008) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es procedente el planteo de nulidad articulado a fs. 121 vta. punto 2.1?, SEGUNDA: Caso negativo de la anterior, ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y TERCERA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs.157.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez expuso: ---------- I.- Los padres demandados dedujeron recurso de apelación contra la sentencia que dispusiera cautelarmente la guarda provisoria de sus hijos menores S., G.l, V., M. y S. S. por los abuelos maternos de los niños. Al expresar agravios los recurrentes alegaron la nulidad del fallo por habérseles impedido durante el curso del proceso el ejercicio de su derecho de defensa. Puntualizaron como vicios que conculcaron tal derecho: a) el no habérseles corrido traslado de la demanda de inmediato a la promoción de ésta, sino después de producida buena parte de la prueba; b) el serles denegada la producción de prueba pericial psicológica; c) permitir la intervención de los abuelos maternos en el proceso desnaturalizándolo; d) demorar la notificación a ellos de la providencia que fijó la fecha de la audiencia de vista de la causa y no haber hecho lugar luego a la postergación de ese acto, lo que les impidió contar con la asistencia en ella de su letrado patrocinante y hacer concurrir a los testigos propuestos; y e) no haber hecho lugar, como medida para mejor proveer, a la declaración posterior de dichos testigos.---------- ---------- II.- El planteo de nulidad basado en pretensos vicios en los que se habría incurrido durante la sustanciación del proceso en primera instancia no puede prosperar, por más que, según el art. 253 en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurso de apelación comprenda al de nulidad.----------
En efecto, muy pacíficas doctrina y jurisprudencia elaboradas en torno al mencionado artículo y a su igual nº 172 C.P.C.C. han resaltado que, por hallarse el recurso de nulidad referido a los defectos formales del fallo, quedan fuera de su campo todos los vicios “in procedendo” que hayan precedido a éste, los que han de ser argüidos indefectiblemente en la misma instancia en que acaecieron, por la vía incidental y antes de quedar convalidados por el vencimiento del plazo previsto en el art. 170 cód. cit. (confr.: Chiovenda, “Instituciones...”, trad. De Gómez Orbaneja, ed. Rev. Der. Priv. 1940, III-287; Palacio, “Derecho procesal civil”, ed. Abeledo-Perrot 1977, IV-169; Morello y otros, “Códigos...”, 2da. ed., L.E.P. 1990, II-C-317; Rodríguez, “Nulidades procesales”, Ed. Universidad 1983, págs. 99/101; Maurino, “Nulidades procesales”, ed. Astrea 1982, pág. 211; C.S.N., Fallos 259:362; S.C.B.A., L.L. 112-54 y 1975-A-537; C.N. Civ., Sala “B”, L.L. 1995-D-39; ídem, Sala “E”, L.L. 1994-B-142; íd., Sala “G”, L.L. 1988-A-161; C.N. Com, Sala “C”, L.L. 1998-B-756 y 2000-D-589; esta cámara, en composición de sala única, c. 9.826 S.D.C. 19/92, c. 11.466 S.D.C. 14/95, c. 11.571 S.D.C. 35/95, c. 12.107 S.D.C. 21/97; Sala “A”, c. 18.428 S.D.C. 13/03, c. 22.350 S.D.L. 76/07, entre otras).----------

---------- Tal es el específico caso de la producción de pruebas anticipadas sin intervención de los demandados, que éstos no atacaron por el mentado sendero incidental al tomar conocimiento de los supuestos vicios, sin que quepa soslayar que los demandados fueron notificados de las medidas de prueba dispuestas -pericias psicológicas- citándoselos a las entrevistas pertinentes (fs. 20 y 21) y participaron activamente en éstas (fs. 66 vta./70 y fs. 73 últ. párr.).---------- No obstante, a mayor abundamiento y para mejor satisfacción de los impugnantes, señalaré circunstancias que tornan, ya no inadmisibles, sino improcedentes sus ataques de nulidad.----------
---------- 1) En cuanto a las desestimaciones a los pedidos de producción de prueba pericial psicológica -en rigor psiquiátrica (v. fs. 62 vta./63 y 81 pto. 6°)- y de declaraciones testimoniales como medida para mejor proveer (fs. 98/99), corresponde hacer notar que los demandados en su día consintieron ambas providencias denegatorias, pues no dedujeron contra ellas los pertinentes recursos de reposición, que resultaban admisibles en tanto lo vedado por el tipo de proceso sumarísimo y de providencia era sólo la apelación (arts. 379, 498 inc. 5° C.P.C.C.). Así, la protesta que hoy cimientan los recurrentes en el estado de indefensión en que habrían quedado sumidos resulta injustificada a esta altura. Es sabido que la violación del derecho consagrado en el art. 18 de la Const. Nac. queda configurada cuando se ha privado al litigante de ser oído o hacer valer sus derechos legales, de suerte que si él tuvo tales posibilidades a su alcance -en el caso, a través de los pertinentes recursos- y no las utilizó el menoscabo no se materializa (confr.: S.C.B.A., D.J.B.A. 117-371). No le es dado a los demandados entonces invocar en este estadio la garantía de la defensa en juicio, porque ella no ampara la negligencia, ineficiencia o incuria de los litigantes, conforme tantas veces declaró la Corte Suprema Nacional (Fallos 226:700, 227:646, 229:666, 239:51, 280:351, 287:145, 288:418).----------
---------- 2) Tocante a la falta de notificación de la providencia que fijara la fecha de la audiencia de vista de causa, debe advertirse que la codemandada se notició espontáneamente de ella con su presentación de fs. 92, donde también manifestó que su litisconsorte pasivo igualmente estaba enterado, habiendo él viajado sin embargo por confiar que la audiencia se postergaría ante la petición en tal sentido formulada por sus patrocinantes. En suma, el conocimiento de los demandados no faltó.---------- --A cuento viene recordar entonces que en los planteos de nulidad, tanto por la vía recursiva cuanto por la del incidente, rigen los postulados de trascendencia y convalidación (confr.: Colombo, “Código Procesal ...”, Abeledo Perrot 1969, I-476, n° 2; Morello y otros, opus cit., III-239; Maurino, ob. ind.., pág. 181, n° 149, “d”), levantando valla ambos al ataque desencadenado en el subexamen.----------
---------- --Sabido es que el principio de trascendencia, acuñado en el clásico aforismo “pas de nullité sans grief”, exige que quien invoca una nulidad alegue y demuestre -carga específica- que el vicio le causó un perjuicio irreparable si no es a través de la sanción nulitiva, así como el interés a subsanar con ella (art. 172 párr. 2° C.P.C.C.; confr.: Podetti, “Tratado de los actos procesales”, EDIAR 1955, II-485). Si en el caso, pese a la omisión de las notificaciones por cédula o personales, el conocimiento de la fecha de la audiencia fijada existió, al punto que la

codemandada compareció realmente a la misma (fs. 95), la finalidad de los actos omitidos fue cumplida, obstando ello a la declaración de nulidad (arg. art. 169 “in fine” C.P.C.C.).---------- --Tampoco ha existido perjuicio derivado de la ausencia de patrocinio letrado en oportunidad de la audiencia, porque del acta de fs. 95 surge la comparecencia en ella de la “Dra. M. P., abogada patrocinante de los Sres. M. y S.”.------ Puesto que el principio general aludido responde al concepto de que la nulidad no procede “si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio” (Couture, “Fundamentos...”, 3era. ed., 18va. reimp., Depalma 1997, pág. 390, n° 251; confr.: Alsina, “Tratado...”, 2da. ed., IV-241, nota n° 74), lo indicado alcanzaría para sellar la adversa suerte de la aquí articulada.---------- Mas todavía cabe unir a lo expuesto otra razón impeditiva del progreso de la impugnación: la convalidación del acto de la audiencia supuestamente viciado por la omisión anterior, que quedó consolidado al no ser atacado en tiempo hábil por los nulidicentes, precluyendo con ello su derecho a solicitar la declaración de invalidez (art. 170 C.P.C.C.).---------- 3) Atinente a la presentación en autos de los abuelos maternos de los niños, no ha importado vicio que desnaturalizara el proceso.----------
La demanda fue promovida por la Asesora de Familia e Incapaces peticionando la adopción de una media de protección de personas consistente en el otorgamiento de la guarda provisoria de los niños a sus abuelos maternos (fs. 15, pto. I). Dentro de la substanciación de tal pretensión, los últimos comparecieron manifestando su aquiescencia con ser designados guardadores (fs. 88/vta.). Esa presentación no enturbió el curso del proceso, ni alteró su naturaleza, ni afectó el derecho de defensa de los demandados.---------- --III.- En suma, considero que este recurso no puede prosperar, porque excede las fronteras de los motivos de la nulidad, las que requieren de una afinada labor interpretativa que, con criterios flexibles y sobremanera funcionales, privilegie las finalidades últimas en que se apoya el sistema todo de invalidación de los actos del proceso, que no son otras que el aseguramiento de la defensa en juicio a través de las formalidades del rito, pero entendidas éstas como meras reglas instrumentales al servicio de aquel objeto trascendente (confr.: Morello, “Las formas de la sentencia y el recurso extraordinario”, en “Los recursos extraordinarios y la eficacia del proceso”, Hammurabi 1987, III-963, n° 429).---------- Me expido consecuentemente en esta cuestión POR LA NEGATIVA.------ **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Marcelo López Mesa expresó: ----------

---- Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el distinguido colega de primer voto, motivo por el cual no abundaré en ellas, dando por reproducidos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Velázquez. Me concretaré, para el sustento individual de mi voto, a analizar los aspectos traídos a revisión de esta Sala.----

--- Habré de ingresar en primer término al análisis del planteo de nulidad deducido a fs. 121/123vta. En relación a este tema, he de decir que la nulidad cuya declaración se solicita, se

basa en alegados vicios en los que se habría incurrido durante la sustanciación del proceso en primera instancia. Anticipo que tal pretensión nulificante no puede merecer acogida. ----------

--- Ello por varias razones: en primer lugar, porque las nulidades articuladas se asientan en vicios in procedendo, que no son aptos para su cuestionamiento por vía del recurso de nulidad, previsto por el art. 253 CPCyC, sino por conducto del incidente de nulidad, previsto por el art. 172 CPCyC. ----------

--- Como esta Sala dijera con anterioridad, a través de un voto de mi autoría (cfr. mi voto, en sentencia de esta Sala del 18/9/08, in re "S., L. M. c/ L., E. G. s/ Solicita autorización" – Expte. 22828 – Año 2008" (Expte. Nº 22.828 - año: 2008), partiendo de la premisa que señala que el recurso de apelación comprende al de nulidad es dable advertir que su ámbito queda limitado a los defectos de forma del pronunciamiento o en cuanto a las solemnidades prescriptas para dictarlo. El mismo, por tanto se circunscribe a las impugnaciones dirigidas contra los defectos de lugar, tiempo o formales que pudieren afectar la sentencia, mas no cabe declarar la nulidad si los agravios en que se funda se hallan dentro del andarivel propio del recurso de apelación (Cám. CC Quilmes, Sala 1ª, 21/2/06, "Robles Cantero, Melanio Rubén c/ Municipalidad de Florencio Varela", en juba sum. B2903267).----------

--- Surge claro de tal modo que no es el recurso de nulidad, ínsito en el de apelación según el art. 253 CPCyC, el continente procesal apto para contener la pretensión nulificante del aquí apelante, quien pretende cuestionar vicios in procedendo, que –además- han quedado convalidados por el llamamiento de autos para resolver en la instancia anterior (cfr. fs. 101), equivalente a un llamamiento de autos para sentencia y con los efectos de éste, dado el carácter sumarísimo de este proceso.----------

--- Al respecto, bien se ha dicho que la nulidad de procedimiento alegada no puede ser atendida desde que la impugnante no objetó el llamamiento de autos para sentencia, circunstancia que implicó consentir cualquier vicio anterior que pudiera afectar el procedimiento, quedando este convalidado (arg. art. 170 CPCyC) (C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 9/12/97, "Farmacia San Martín S.C.A. v. Obra Social para el personal de la Ind. del cuero y afines /OSPICA", en AbeledoPerrot online).----------

--- Por otra parte, no puede soslayarse que, como consecuencia del principio de convalidación, se impone la deducción del incidente de nulidad por el agraviado ante la misma instancia en que haya tenido lugar el acto irregular, pues el llamado de "autos para sentencia" del juez de grado, el que se notifica por ministerio de la ley (art. 133, código procesal), una vez firme, convalida los supuestos vicios procesales anteriores a esa resolución o que pudieren haber mediado con anterioridad (C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 3ª, 29/5/97, "Canepuccia, Francisco Cesar y otro v. Aerolíneas Argentinas S.A. s/ pérdida de equipaje. Causa Nº 7444/91", en AbeledoPerrot online).----------

--- Dable es resaltar que en el caso de autos, el cuestionamiento de la producción de prueba anticipada sin la intervención de los accionados que se pretende revertir en esta instancia, no fue atacada por vía del incidente de nulidad, dentro del plazo de cinco días de tomarse conocimiento de la alegada irregularidad. Peor aún se convalidó cualquier posible nulidad no cuestionando el

llamamiento de autos para resolver, lo que torna inmodificables y firmes las diversas incidencias y tramitaciones cumplidas en la instancia de grado. Con ello basta para el rechazo del recurso de nulidad, al no ser el canal adecuado para el cuestionamiento intentado.----------

--- Por si esto no bastara, termina por descolocar el planteo de los nulidicentes el hecho de que no se evidencia el perjuicio real que les ha provocado el acto impugnado, ni la trascendencia de los vicios formales invocados, extremos de hecho imprescindibles para la declaración de cualquier nulidad, a mérito del principio de que no hay nulidad por la nulidad misma.----------

--- En cuanto a la presentación de los abuelos matemos de los niños en la causa, tal actuación no significa vicio alguno, ya que la demanda liminar de autos fue motorizara por la Asesora de Familia e Incapaces, quien solicitara la toma de una medida de protección de personas, que sencillamente implicaba el otorgamiento de la guarda provisoria de los niños a sus abuelos matemos (cfr. fs. 15, pto. I). Cómo cuestionar, entonces, con éxito la comparecencia de éstos a los estrados judiciales, si lo que se pretendía obtener era –justamente- que ellos se hicieran cargo transitoriamente de los niños que se buscaba proteger.----------

--- La comparecencia de los abuelos al proceso manifestando su conformidad con la designación como guardadores de sus nietos (cfr. fs. 88/vta.), no ha violado forma alguna y, como tal, no configura un vicio, ni leve ni –menos aún- grave e idóneo para el dictado de una nulidad.----------

--- La presentación de los abuelos en la causa no ha causado perjuicio alguno a los impugnantes, ya que éstos no han modificado el curso del proceso, ni afectado el derecho de defensa de los demandados ni les ha privado de garantía o derecho alguno. A esta altura debo manifestar que aprecio en el escrito nulidicente de los apelantes, antes un exceso de susceptibilidad o un rechazo emocional a una decisión que no se comparte, que un cuestionamiento de formas relevantes sobre la base de hechos objetivos y de alegación de vicios claros, patentes y trascendentes.----------

--- El rechazo del embate impugnatorio que busca conseguir una declaración de voluntad sobre la base de vicios antes declamados que no manifiestos surge claro y así debe declararse.----------

--- Ergo, a la primera cuestión me pronuncio POR LA NEGATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Velázquez expresó: ----------

---- I.- Para fundar su recurso de apelación los demandados señalaron, en síntesis, que la demanda tuvo por motivo un supuesto abuso sexual del padre en perjuicio de su hija V., hecho que no ha sido acreditado ni en las actuaciones de índole penal ni en las presentes en sede civil, con lo que la medida dispuesta deviene arbitraria.---------

----Cierto es que el presunto abuso sexual infantil no ha sido demostrado en ninguna de las dos sedes jurisdiccionales. Mas no es menos exacto que, mediante los informes psicológicos de fs. 66/72 vta. y 73/77, quedó acreditada en autos una dinámica intra-familiar disfuncional, con

presencia de castigos físicos a los hijos por ambos progenitores, cierta delegación de las tareas del hogar y cuidado de los hermanos menores en los mayores, así como negligencia en ellos de los padres, detectándose a la par que a la madre, por su organización psicológica inmadura, le resulta difícil registrar las necesidades afectivas de los hijos y conectarse con ellos, mientras que el padre, en razón de las características de su personalidad e importantes problemas emocionales crónicos, así como inmadurez psicológica, presenta dificultades para controlar su conducta, es proclive a dejarse llevar por impulsos y le cuesta establecer relaciones interpersonales profundas; todo ello, unido a una suerte de alianza emocional entre los progenitores, hace aconsejable que los cinco niños convivan y permanezcan a cargo de los abuelos maternos temporalmente.----------

----No cabe aquí separarse de esas fundadas conclusiones. Baste memorar que, en palabras de la Corte Suprema Nacional, para prescindir de un dictamen pericial de este género “se requiere cuando menos que se le opongan otros elementos no menos convincentes” (L.L. 1987-E-409, cons. 12). Sabido es que para apartarse los juzgadores de las conclusiones a que el experto arribara, deben hallarse asistidos por razones muy fundadas, pues si bien los magistrados forman sus propias conclusiones al respecto, es evidente que en cuanto ello importa la necesidad de apreciaciones críticas en un campo del saber naturalmente ajeno al hombre de derecho, han de apoyarse en otros elementos de juicio que permitan fehacientemente concluir el error o el inadecuado uso que el perito ha hecho de los conocimientos científicos que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado (doc. de los arts. 386 y 476 C.P.C.C.; confr.:esta alzada, c. 13.428 S.D.C. 44/98, c. 22.201 S.D.C. 33/07, entre otras varias), elementos probatorios en contrario estos que en la especie brillan por su ausencia.----------

----En punto a que el motivo fáctico en que fuera fundada la pretensión -el supuesto abuso sexual infantil- resulte distinto del tenido en cuenta para acogerla, diré que ello en el caso no vicia de incongruencia al decisorio. Desde luego que el art. 34 inc. 4º C.P.C.C. impone a los jueces el respeto del principio de congruencia “bajo pena de nulidad”, pero esa regla general cede cuando el “thema decidendum” abarca una cuestión de orden público.----------

----Recuérdese que el principio de congruencia es emanación directa del sistema dispositivo al que nuestro Código Procesal Civil adhiere, mas tal adhesión no significa que el legislador haya consagrado un régimen dispositivo inflexible, porque el mismo reconoce en cambio atenuaciones. La pauta central del sistema dispositivo, raíz del principio de congruencia, es la idea de la disponibilidad del derecho material, de donde se sigue que cuando no se halla en juego únicamente el interés de las partes sino un interés público, ha de privilegiarse el principio opuesto al dispositivo y, en consecuencia, las facultades de las partes ceden paso a las facultades judiciales (confr.: Morello y otros, “Códigos Procesales...” ya cit., I-574, “C”). De allí que con razón se haya sostenido que en las tópicos de familia, “al estar en juego intereses conectados con el orden público, es posible liberarse de la rigidez de la causa petendi” (C.N. Civ., Sala “B”, voto del Dr. Alterini, con adhesión de los Dres. Belluscio y Cifuentes, E.D. 68-180, f. 28.469). En esas cuestiones no existe disponibilidad del derecho material por las partes, el sistema dispositivo es

entonces severamente limitado y el principio de congruencia morigera su rigidez (este cuerpo, c. 11.016 S.D.C. 34/05).----------

----II.- Tales son las razones por las que propongo la confirmación de la sentencia apelada.----------

----Tratándose la presente de una cuestión de familia no patrimonial, y en especial de custodia o guarda de menores, no corresponde la aplicación rígida del principio de la derrota como base de la condena en costas, porque es lógico y hasta plausible que los progenitores procuren ejercer su función y, en definitiva, al ser pronunciada la decisión se atiende a lo que mejor conviene a los menores. En la especie la intervención judicial ha venido impuesta, no por una contienda en su acepción técnico-procesal, sino por un comprensible disenso entre los responsables involucrados en un cuadro de situación propio de una familia cuya dinámica resulta disfuncional; procede entonces imponer las costas en el orden causado (art. 68 párr. 2° C.P.C.C.; confr.: Cám. Apel., C. y C. Bahía Blanca, Sala I, con laudatoria nota al pie de Wetzler Malbrán, “Costas por su orden...”, en E.D. 136-522/523; esta sala, c. 18.125 S.D.C. 8/03, c. 19.635 S.D.C. 31/04).----------

----Atento la extensión, calidad y resultado de las labores profesionales desplegadas en la alzada por los Dres. M. L. P. y C. A. M. V., propicio regular sus honorarios en la suma de $ 90 para cada uno de ellos (arts. 5, 8, 10, 14, 30 del dec.-ley 2.200).----------

----Voto pues en esta cuestión por la AFIRMATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Marcelo López Mesa expresó: ----------

--- En cuanto al cuestionamiento de fondo de la decisión apelada, cabe manifestar en primer término que los apelantes señalaron en abono de su recurso que la acción base de autos argumentó un presunto abuso sexual del padre en perjuicio de su hija V., en el que se basó la protección de personas perseguida. Cabe manifestar en primer término que dicho extremo no fue probado en esta causa, ni tampoco en las actuaciones penales que se tramitaran a su respecto.----------

--- Pero, seguido a tal reconocimiento, debe dejarse sentado sin hesitaciones que los informes de fs. 66/72vta. y 73/77 de autos, acreditan la existencia de disfuncionalidades graves en la dinámica familiar, que se evidencian no en meras opiniones, sino que se han corporizado en castigos físicos a los hijos y no por parte de uno sino de ambos progenitores, la delegación de las tareas del hogar y cuidado de los hermanos menores en los hijos mayores del matrimonio, una notoria negligencia de los padres en el cuidado y contención de sus hijos, así como en el caso de la progenitora un desorden psicológico, que se ha caracterizado técnicamente como de organización psicológica inmadura, acreditándose por prueba pericial que a la madre le resulta difícil registrar las necesidades afectivas de los hijos y conectarse con ellos. En cuanto al progenitor –aquí demandado- las pericias ya mencionadas acreditan la existencia de importantes problemas emocionales crónicos, que van de la mano de una inmadurez psicológica, dificultades para controlar su conducta, proclividad a no controlar sus impulsos y dificultad para establecer

relaciones interpersonales profundas. Si a estos déficits severos constatados en la psique de los padres –demandados en autos- se suma la existencia probada por las pericias psicológicas de una fuerte alianza emocional entre los miembros del matrimonio, que dificulta todavía más su cercanía y contención de los hijos, todo lo expuesto torna conveniente que los cinco niños convivan y permanezcan a cargo de los abuelos maternos temporalmente. De tal modo, la cuestión del abuso, inicialmente el disparador de esta difícil y dolorosa cuestión familiar, deja paso a toda una serie de desórdenes psicológicos de ambos padres en conjunto y de cada uno de ellos por separado, que torna inconveniente, al menos por el momento, que sus hijos permanezcan con ellos.----------

--- Gusten o no a los apelantes, lo cierto es que existen en la causa fundadas conclusiones periciales sobre todos sus déficits como individuos, en general, y como padres, en especial.----------

--- Y es un principio inveterado de la praxis judicial, máxime en asuntos delicados como el que nos ocupa, que se corporiza en una tirantez evidente entre padres y abuelos de los niños, que esta Sala tuvo ocasión de palpar personalmente, con denuncias cruzadas de todo tipo y calibre, que no debe el juzgador apartarse del dictamen pericial sobre una materia en la que es lego, si no existen en la causa pruebas científicas –que no meras alegaciones o conjeturas- que relativicen las constataciones periciales o las pongan en crisis.----------

--- Así lo he expuesto en un voto de mi autoría de fecha 18/2/09, in re “M., V. c/ S., J. y otros s/ Daños y Perjuicios” (Expte. Nº 22.947 - año: 2008), recordando que ha decidido la Corte Suprema que si bien las conclusiones del dictamen pericial no obligan a los jueces en la ponderación de la prueba, para prescindir de ella se requiere, cuando menos, que se le opongan otros elementos no menos convincentes, salvo que se advierta un apartamiento de esa prueba, apoyado en razones subjetivas que llevan ínsito un claro voluntarismo sobre el tema, en cuyo caso pueden descalificarse las conclusiones a tenor de la doctrina de la arbitrariedad, en tanto existe relación directa entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (CSJN, 13/8/98, “Soregaroli de Saavedra, María C. c. B., E. C. y otros”, LL 1998-F, 231 y DJ 1999-1-253 (Voto de la mayoría). ----------

--- Y en esta causa ni se ha demostrado la sinrazón de las comprobaciones periciales ni se han arrimado probanzas que las controviertan, lo cual sitúa en el terreno de la conjetura el cuestionamiento de tales constataciones, las que deben sin más rechazarse.----------

--- Claro que, para prevenir el argumento de que se ha violado la congruencia en autos, por el acogimiento de un motivo para la guarda distinto al originalmente alegado en la demanda, anticipo que tal argumento sería irrelevante e inacogible, además de violatorio de la doctrina legal de esta Sala. Me explicaré.----------

--- En mi voto de la causa “S., L. M. c/L., E. G. s/ Solicita autorización” – Expte. 22828 – Año 2008” (Expte. Nº 22.828 - año: 2008) publicada en el-Dial, dejé sentados importantes principios en la materia que constituyen la doctrina legal vigente en la materia. Dije allí que en materia de

derecho de familia el principio de congruencia no puede hacernos recordar reminiscencias medievales, donde la litis estaba esencialmente emparentada con el sistema ordálico o de combate judicial, donde el juez era más bien un árbitro (el Juez-director, en la gráfica expresión del maestro Niceto Alcalá Zamora), que sólo debía velar porque el combate guardara las formas, sin otra intervención de su parte.----------

--- Dije luego que nuestra mentalidad jurídica ha sido formada en nuestros centros de estudio, sobre la base de los paradigmas clásicos del proceso bilateral, litigioso, que trasunta en el fondo una notoria cercanía con la idea medieval de proceso ordálico o de combate judicial. Un amasijo difícilmente explicable en nuestros días, pero comprensible desde una perspectiva histórica, compuesto por las dificultades de la realización de una prueba convincente, la difundida fe religiosa y el mayoritario analfabetismo, generaron en la Baja Edad Media lo que se conoció como sistema ordálico (la raíz "Ordalía" etim. significa "Juicio de Dios"). El convencimiento subyacente era que quien tuviese razón en sus dichos y formulase un reclamo justo, contaría con el auxilio de Dios, quién correlativamente desampararía a quien faltase a la verdad o efectuase un reclamo desmedido (cfr. FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y razón", Editorial Trotta, 2ª edic., Madrid, 1997, pp. 135, 136 y 183, nota 30). ----------

--- Y que el espíritu de este sistema ordálico o de combate judicial ha pervivido desde el medioevo, pudiendo encontrarse reminiscencias suyas en diversos institutos procesales que todavía imperan entre nosotros. Así, numerosas instituciones del Derecho Procesal, tal y como lo conocemos en la actualidad, se originaron o tomaron nuevos aires en ese período histórico, donde primaba una concepción del proceso como combate o prueba ante Dios. Tales entre otros, la rebeldía, la negligencia probatoria, la caducidad de instancia (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo, "Caducidad de instancia y subsanación", en Revista del Colegio de Abogados de Neuquén, Nro. 34), el principio dispositivo, el principio de congruencia, etc., El problema está en que estos institutos son medios y no fines en sí mismos, y además que ellos deben ceder ante el imperio de otros principios pensados para supuestos donde la voluntad de las partes carece de un efecto decisivo, como ocurre en ls cuestiones de familia, arquetípicamente en las medidas de protección donde la voluntad de las partes ha sido acotada por el orden público.----------

--- Seguí diciendo luego allí que el principio de congruencia está atado con una cadena de hierro al principio dispositivo, por cuanto sólo en aquellos procesos judiciales llevados adelante para dirimir derechos libremente disponibles por las partes, la voluntad de éstas encadena el pronunciamiento del juez. En cambio, en aquellos procesos que se motorizan en base al impulso y decisión oficiosa, o donde se debate acerca de derechos cobijados por el orden público, la voluntad de las partes decae en influencia y, paralelamente, se incrementa el imperio del juez, que puede llegar allende las peticiones de éstas, justamente en aras de salvaguardar el orden público o proteger o tutelar derechos indisponibles. En cuestiones de derecho de familia, los principios y bases del sistema dispositivo deben complementarse y adaptarse a las normas tuitivas establecidas tanto por el Constituyente nacional y provincial (reformas de 1994), como por el legislador tanto nacional (ley 26061 y art. 264 ter C.C.) como provincial (ley 4347). No estamos en esta temática en un ámbito donde la actuación de las partes, su voluntad, sus requerimientos,

sus pretensiones, constituyan un valladar insuperable para el juez que debe resolver cuestiones de familia, donde se encuentren debatidos aspectos de la vida de menores, sean éstos, niños, niñas o adolescentes.----------

--- Luego dejé sentado que en materia de derecho de familia la voluntad de las partes de un litigio no es plena y no pueden imponer al juez estipulaciones o determinaciones suyas que contravengan el orden público o que pretendan dejar de lado normas tuitivas de aplicación imperativa (cfr. LAPOYADE DESCHAMPS, Aude, "Les renonciations en droit de la famílla", en Recueil Dalloz 1993, sec. Chroniques, p. 259).----------

--- Encomiando luego la influencia que tienen en esta temática la Convención de los derechos del niño, de grada constitucional en nuestro país (conforme art. 75 inc. 22 C.N), la ley 26061 y la ley provincial 4347), proseguí diciendo que el derecho procesal clásico y sus figuras paradigmáticas no puede ser opuesto a estas normas dentro de su ámbito de imperio, cuando él consagrare principios incompatibles con normas familiares tuitivas. Bien ha enseñado la maestra María Josefa MÉNDEZ COSTA, respecto de la Convención de los derechos del niño, que "El impacto transformador de la Convención ha obligado a redefinir el modelo tradicional de protección sobre la base de los principios rectores que la misma introduce…" (MÉNDEZ COSTA, María J. - MURGA, María Eleonora, "Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Encuadre internacional latinoamericano y provincial argentino", LA LEY 2006-A, 1045).--

--- Y, por si alguna duda quedara, afirmé después que el principio de congruencia en esos autos, además de no haber sido transgredido, no impera porque él es desplazado por un principio superior en esta materia, el principio del interés superior del niño. No hacen falta grandes dotes perceptivas para comprender que si el principio rector en materia de cuestiones que atañan a menores es el interés superior de éstos, cualquier obstáculo o extremo que se oponga a su interés superior, incluida la voluntad de sus padres, debe ser removido y hecho a un lado. Ello así, la voluntad de los padres es un elemento de juicio a considerar, en tanto no colisione con el interés superior del menor. Y, un paso más allá, entonces, el principio dispositivo y su pared maestra, el principio de congruencia, no son invocables en estos casos, pues el juez puede disponer de oficio lo conducente para la mejor satisfacción de los derechos de los menores.----------

--- Y sostuve después que, aún más, si se llegase al extremo de que los derechos de los padres y el interés superior del niño estuvieran en conflicto, se ha sostenido en un brillante artículo que el interés del niño puede motivar legítimamente la limitación del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de sus padres (cfr. COURTIN, Christine, "Lintérêt de lenfant et les droits et libertés fondamentaux des parents", en Recueil Dalloz 2001, sec. Jurisprudence, p. 422). Y en un artículo doctrinario argentino se postuló atinadamente que "El principio de sustentación de los derechos es el interés superior del niño, según el art. 1 de la ley 26.061, definido en su art. 3 como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos" en la ley. Lo puntualiza el mismo artículo cuando se refiere a aquello cubierto por el deber de respeto: la condición de sujeto de derecho de todo niño y adolescente, el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en consideración, el pleno desarrollo personal de sus derechos en el medio familiar, social y cultural, su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y

demás condiciones personales, el equilibrio entre sus derechos y garantías y las exigencias del bien común, su centro de vida (el lugar donde hubiese transcurrido en condiciones legítimas, la mayor parte de su vida). Está dispuesto que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de niñas, niños o adolescentes y otros derechos e intereses igualmente legítimos prevalecerán los primeros" (MÉNDEZ COSTA, María J. - MURGA, María Eleonora, "Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Encuadre internacional latinoamericano y provincial argentino", LA LEY 2006-A, 1045).----------

--- Echa de verse que el principio dispositivo no sería invocable para fundar un cuestionamiento de la modificación del fundamento para el otorgamiento de la guarda protectiva de los abuelos. Es que no debe olvidarse que el proceso debe cumplir un rol de acompañamiento de la legislación sustancial, no pudiendo desentenderse de los fines y objetivos de aquella. De otro modo encierra el peligro de degenerar en procedimentalismo, esto es, abuso de las formas y, correlativamente, desenfoque, extravío o pérdida de los objetivos finales que se tuvieron en mira al establecer la ley sustantiva. Este abuso de las formas que algunos autores observan en el derecho moderno, debe tener un límite y ese límite lo da la razonabilidad. Y no es razonable que un litigante pretenda ampararse en institutos clásicos para subvertir normas tuitivas de moderno cuño. De otro modo, en caso de permitir que los institutos procesales imperen regios en el firmamento jurídico, sobrevuelen incondicionados, acotando, restringiendo e, incluso, sacrificando, los derechos sustantivos, estaríamos permitiendo que se edifique una ciudadela ficticia, a partir de un castillo de arena. El procedimiento no puede significar un gambito, una emboscada donde se puedan perder derechos verdaderamente valiosos porque sí. La mesura, el tino, la razonabilidad deben ser el límite de la aplicación de las normas procesales (cfr. mi voto de la causa "S., L. M. c/L., E. G. s/ Solicita autorización" – Expte. 22828 – Año 2008" (Expte. Nº 22.828 - año: 2008) publicada en el-Dial).----------

--- No apreciándose en el caso que nos ocupa argumento alguno sustancial que milite en pro del acogimiento de los agravios de la parte impugnante, soy de la opinión que el fallo de grado debe ser confirmado.----------

--- En cuanto a las costas, dada las características de este proceso y las temáticas y circunstancias involucradas, adscribo a la opinión de que ellas deben ser impuestas en el orden causado.----------

---

--- Es que, al ser ésta una temática familiar no patrimonial, y tratándose de una medida de protección de menores, entiendo que no corresponde la aplicación estricta del principio de la derrota para la imposición de las costas.----------

--- En el caso que nos ocupa la actuación del órgano judicial ha sido excitada por el disenso entre padres y abuelos de los menores en guarda, los que es presumible –y más allá de las arduas disputas que sostienen entre sí ambos grupos- que todos ellos busquen obtener el mejor cuidado para los niños, lo que aleja la cuestión sub lite de los caracteres de un conflicto o contienda clásica. Todo ello patentiza la conveniencia de distribuir las costas en el orden causado (art. 68 segundo párrafo C.P.C.y C.).----------

--- En cuanto a los estipendios profesionales, en virtud de su extensión, trascendencia, calidad, mérito y resultado de las respectivas labores realizadas en esta instancia, soy de la opinión que la retribución adecuada a estas pautas es la siguiente: para la Dra. M. L. P. la suma de pesos noventa y para el Dr. C. A. M. V., igual monto (arts. 5, 8, l0, 14 y 30, Ley 2.200).----------

---

--- Por lo anteriormente expuesto, a la presente cuestión voto por la AFIRMATIVA.--------

--- **A LA TERCERA CUESTION** el Dr. Velázquez respondió: ----------

----Frente al acuerdo alcanzado al tratar las precedentes cuestiones, corresponde: a) desestimar el recurso de nulidad planteado a fs. 121 vta., pto. 2.1; b) confirmar la sentencia apelada en lo que fuera materia de agravios; c) imponer las costas de segunda instancia en el orden causado; d) regular los honorarios de los Dres. M. L. P. y C. A. M. V., por sus labores de alzada, en la suma de $ 90 para cada uno de ellos.----------

----ASÍ LO VOTO.----------

--- **A LA TERCERA CUESTIÓN**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Marcelo López Mesa expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Velázquez en su voto a esta cuestión. ----------

--- Tal mi voto.----------

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 9 Ley 1130, To. Ley 4550).----------

---------- Trelew, de abril de 2009.---------- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ---------- DESESTIMAR el recurso de nulidad planteado a fs. 121 vta., pto. 2.1; ---------- CONFIRMAR la sentencia apelada en lo que fuera materia de agravios; ---------- IMPONER las costas de segunda instancia en el orden causado; ---------- REGULAR los honorarios de los Dres. M. L. P. y C. A. M. V., por sus labores de alzada, en la suma de $ 90 para cada uno de ellos.----------

--

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------