--- En la ciudad de Trelew, a los días de diciembre del año dos mil doce, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo J. López Mesa y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Carlos A. Velázquez para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“Q. D., T. A. y otro c/ S., C. D. s/ Régimen de comunicación” (Expte. 153 - Año 2012 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 109. ---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez contestó: ----------

----I.- Por considerarlo inconveniente para su nieta menor M. N. P., la sentencia de la anterior instancia desestimó la demanda de fijación de un régimen de comunicación en favor de los abuelos actores, T. A. Q. D. y H. P., imponiendo las costas causídicas en el orden causado dada la índole de la causa.- ----------

----Ambas partes apelaron el fallo, expresando sus agravios los actores a fs. 91/93 vta. y la madre demandada, C. D. S., a fs. 95/97.- ----------

----Los demandantes, en síntesis, expusieron que el decisorio rechazó su reclamo de comunicación sin que se hayan aportado a la causa pruebas demostrativas de que los contactos pudieran causar perjuicio físico o moral a la niña, pues el pronunciamiento se ciñó a describir los conflictos habidos entre la madre de la menor y la abuela paterna de ésta, pero sin indicar circunstancias objetivas que llevaran a concluir en la inconveniencia del régimen peticionado, con lo que desconoció el derecho a las visitas de los abuelos consagrado en el art. 376 bis Cód. Civ., que queda así supeditado a un esporádico contacto con la nieta cuando el padre de la menor visita la ciudad de Trelew -donde no reside- tres o cuatro días cada cuarenta. Añadieron que no cabía reprocharle a ellos la ausencia de aporte de pruebas, porque la carga de demostrar la inconveniencia de la comunicación pesaba sobre quien se oponía a ella.- ----------

----La reseñada pieza de agravios recibió réplica a fs. 99/101.- ----------

----Por su lado, la demanda objetó la distribución de las costas, manifestando la inexistencia de razones que debieran conducir a separarse del principio general de la derrota como base de la condena a soportarlas, pues no medió vencimiento parcial y mutuo y porque la intervención judicial para componer el conflicto es una carga común necesaria en todos ellos.- ----------

----II.- Es bien sabido que las normas legales que amparan la comunicación entre familiares se hallan fundadas en la necesidad de sustentar la solidaridad que debe regir en tal ámbito y persiguen proteger los legítimos afectos derivados de los vínculos familiares de paternidad, consanguinidad y parentesco (confr.: Mizrahi, “Familia, matrimonio y divorcio”, Astrea, Bs. As. 2006, pág. 652).- ----------

----Mas en los supuestos de contactos de los niños con parientes distintos a sus progenitores -los abuelos en la especie- el objetivo del régimen se limita a mantener en

lo posible la ventaja que para los menores importa el conservar el vínculo afectivo, sin generar nocivas carencias, pero esa relación no tendrá ya el rol crucial observable en el intenso lazo paterno - filial. De allí que en caso de conflictos surgidos en las visitas abuelos - nietos, la negativa a concretar un régimen de comunicación ya no tiene el carácter de excepción especialísima, sino que los jueces deben limitarse a evaluar la conveniencia o inconveniencia de los contactos según fueren las razones alegadas y pruebas aportadas a la causa (confr.: Mizrahi, opus cit., pág. 669).- ----------

----Es verdad que el art. 376 bis Cód. Civ. reconoce el derecho de visitas de los abuelos, a salvo la oposición fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados, pero tal precepto debe ser compatibilizado con la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26.061, lo que forzará a los magistrados a dejar en ocasiones de lado la primera de las indicadas normas, pues las disposiciones de las segundas citadas le imponen a la judicatura el deber de dar prioridad al superior interés del niño, de donde se sigue la escasa relevancia del derecho subjetivo de los mayores de edad, por legítimo que sea; lo que contará es que la comunicación solicitada resulte o no provechosa para el niño (art. 3, parte final de la Ley 26.061).----------

----Y probanzas en tal sentido existen en autos, lo que margina de consideración la cuestión de la carga de la prueba que los actores plantearan en sus agravios. Es que las reglas del “onus probandi” son sucedáneas o sustitutivas de la prueba misma, a aplicarse únicamente ante la ausencia de elementos acreditantes hábiles para formar la convicción judicial (art. 381 C.P.C.C., su doct.; este cuerpo, c. 19.191 S.D.C. 24/06, c. 20.231 S.D.C. 13/05, c. 22.399 S.D.L. 74/07, c. 675/09 S.D.L. 85/09). “Sólo cuando falta la prueba debe el juez examinar a quién correspondía suministrarla, para aplicar en su contra las consecuencias sustanciales; es decir, que con ella no se distribuye la prueba, sino la consecuencia de la falta de prueba” (Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 5ta. ed., I-445, “h”). Por tanto, si las partes “aportaron al proceso toda la prueba -enseñaba el maestro Alsina- y en base a ella se logra formar la convicción del juez, sin que reste ningún hecho dudoso, no existe interés práctico en determinar a cuál de ellas correspondía la carga de la prueba” (“Tratado...”, 2da. ed., III-254, “b”). Bien enseñaba Carnelutti que “la carga de la prueba no es sino la repartición del riesgo de la falta de prueba” (“Lezioni...”, 2da. ed., Milán 1933, II-346).----------

----Veamos dichos elementos de juicio. Comenzaré por los expedientes anejados “ad effectum videndi et probandi”, de cruzadas denuncias de violencia familiar, y las denuncias penales incorporadas en copias certificadas, demostrativo todo del desarrollo entre los aquí litigantes de una verdadera guerra judicial, donde aparece nítida la fuerte animadversión nacida entre ellos, con un superlativo grado de voltaje. Y de ellos logra extraerse la actitud y propósito final procurado por la co - actora T. A. Q. D.----------

----Así, a fs. 16 de estos actuados aparece parte de la presentación que ella hiciera ante el Ministerio Público Fiscal, ocasión en la que expuso su aspiración a que se le diera de la niña “la tutoría definitiva a mi esposo y a mí, sus abuelos paternos, que es lo

que solicito además". No ha sido una expresión aislada, sino que concuerda con la disposición de ánimo y comportamiento de la nombrada a través del tiempo.- ----------

----En efecto, ya en mayo de 2011 la litisconsorte activa exhibía ante la psicóloga y la trabajadora social del Equipo Técnico Interdisciplinario del fuero una fuerte tendencia a desacreditar y censurar a los progenitores de su nieta, no sólo descalificando a la madre, sino igualmente al padre de la niña, su propio hijo, al que no trepidó en conceptuar como "inútil total". Observaban las especialistas en tal oportunidad que la Señora Q. D. asumía "un rol activo en la vida de su nieta *posicionándose intrusivamente* en su cotidianidad, *desplazando a ambos padres*" (fs. 61 vta. del expte. n° 170 año 2011 del Juzgado de Familia N° 1, que corre por cuerda).----------

----Persistía en tal conducta todavía para marzo de 2012, cuando otras distintas profesionales del mismo Equipo Técnico Interdisciplinario, también psicóloga y trabajadora social, notaron que la co - actora formulaba constantes cuestionamientos hacia el rol materno ejercido por la demandada, agregando consideraciones despectivas hacia la misma. Tales fueron los motivos por los cuales dicho cuerpo especializado aconsejó ceñir el contacto de los abuelos con la niña al régimen de comunicación organizado, y cumplido con periodicidad, con que contaba el padre de la menor (fs. 49 vta. de esta causa), a lo que adhirió el Señor Asesor de Familia e Incapaces (fs. 55), ratificándolo luego en ocasión de la audiencia celebrada ante esta alzada sobre la que ilustra el acta de fs. 107.- ----------

----Mas no es sólo la prueba arrimada a la litis lo que hemos de apreciar, sino que también, a la par, debemos valorar la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso, que puede constituir un elemento de convicción corroborante de la prueba para juzgar la procedencia de la pretensión (art. 165, inc. 5, párr. 3° C.P.C.C.), módulo de razonamiento adecuado para arribar a la convicción sobre la verdad de las afirmaciones controvertidas (esta Sala, c. 18.396 S.D.C. 10/03, c. 21.090 S.D.C. 21/06, c. 209/08 S.D.C. 15/09). En el caso los actores incoaron una harto escueta demanda, huérfana de toda relación de los hechos en los que, como "causa petendi", sustentaban su pretensión, lo que en nuestro régimen procesal, donde impera el sistema dispositivo y su consectaria la teoría del hecho natural (art. 333 inc. 4° C.P.C.C.), no es suplible con la cita de algún antiguo precedente jurisprudencial (fs. 4, pto. II). Ayuno de ese modo el órgano jurisdiccional de los datos fácticos, de los sucesos de la vida, cimiento del reclamo, fue ahondada aún su perplejidad con el paupérrimo ofrecimiento de pruebas, limitado a la partida de nacimiento de la niña y la copia del acta de cierre de la etapa de avenimiento (fs. 4 vta., pto. III), sin arrimar siquiera el resto de las acta del Registro Civil imprescindibles para demostrar el vínculo parental, el estado de familia de abuelos invocado, lo que hubo de solventar este Tribunal con la providencia de fs. 69. Luego, los mismos actores no se molestaron en evacuar el traslado que de los documentos incorporados con la contestación de la demanda les fuera corrido, provocando de tal manera que todos ellos quedaran

tácitamente reconocidos (fs. 38 y sgts.; arts. 360 y 362 C.P.C.C.). Más tarde, tras solicitar la celebración de una audiencia de conciliación, fijada que fue, no comparecieron a ella, sin intentar justificarse siquiera (fs. 39, 40, 46).----------

----Tal comportamiento de los actores significó faltar al deber de colaboración activa; su ausencia de explicación de los sustentos fácticos de la demanda, su reticencia en el aporte de pruebas, su injustificada ausencia a la audiencia por ellos mismos peticionada, importó una actitud desimplicante, contraria a la de colaboración, que en la axiología del proceso significa solidaridad, esto es coimplicación o envoltura en la búsqueda de la verdad material y no el aislamiento contraventor de los liminares principios de lealtad, probidad y buena fe, savia moral del ordenamiento adjetivo (art. 34 inc. 5 apdo. “d” cód. cit.; esta Sala, c. 13.693 S.D.L. 113/98, c. 15.714 S.D.C. 7/00, c. 410/09 S.D.C. 46/09). Tal reprochable conducta ha venido así a ratificar las pruebas aportadas por la parte demandada.----------

----En esta especie el interés superior de la niña determina que, por ahora, en el actual estado de las relaciones parentales, no deba ser acrecentada la frecuencia de sus contactos con los abuelos paternos. Recordaré con la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que la determinación del interés superior del niño debe ser hecha a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el desarrollo del menor y si bien en ello no hay lugar para riesgos especulativos o imaginarios, sino acreditados (27/4/2012, in re “Fornerón e hija vs. República Argentina”, Serie c-242, en www.corteidh.gr.cr), en el subexamen ha sido reunido un plexo probatorio suficientemente demostrativo de que la co - actora Q. D. observa en el vínculo abuela - nieta una conducta intrusiva, destinada a desplazar a los padres del rol que les corresponde y procurando como finalidad última hacerse con la custodia de la niña por la vía de la tutela definitiva que solicita, pese estar vivos y sin impedimentos ni incapacidades ambos progenitores de la menor. Esa actitud, de ser estrechados los contactos, es bien previsible que hará mella en la internalización de los roles materno y paterno por la niña, alejándola de su familia más próxima, a quien compete primariamente la responsabilidad de su desarrollo afectivo.----------

----No desconozco que el de visitas de los abuelos constituye un derecho subjetivo de éstos, pero en cuestiones en las que se hallan en pugna derechos de menores y de adultos el fiel de la balanza que inclina los platillos hacia uno u otro es el interés superior de los niños o adolescentes. Bien dispone el art. 3 “in fine” de la Ley 26.061 que planteado el conflicto entre los derechos e intereses de los menores frente a otro derecho legítimo, deben prevalecer los primeros; los niños deben ser considerados como sujetos de derecho y no cual objetos de derechos de los adultos (art. 3 inc. “a” de la ya citada Ley 26.061 y pto. 2 inc. “b” de la Reglamentación de la Ley III n° 21, Anexo I del Dec. 1.631/99; C.S.N., Fallos 310:2214; este Tribunal, c. 581/09 S.D.F. 1/10 y c. 108/10 S.D.F. 6/10, c. 449/10, S.D.F. 1/11).----------

----III.- Tratándose la presente de una cuestión de familia no patrimonial, no correspondía la aplicación rígida del principio de la derrota como base de la condena en costas, porque es lógico y hasta plausible que los parientes procuraran ejercer su función y, en definitiva, al ser pronunciada la decisión se atiende a lo que mejor conviene a la menor. En la especie la intervención judicial ha venido impuesta, no por una contienda en su acepción técnico-procesal, sino por un hasta cierto punto comprensible disenso entre los involucrados en un cuadro de situación propio de una familia cuya dinámica resulta disfuncional; procedía entonces imponer las costas de primera instancia en el orden causado, cual bien decidió la Señora Jueza “a quo” (art. 69 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, c. 268/08 S.D.C. 27/09, c. 449/10 S.D.F. 1/11).----------

----Sólo en contados supuestos procede separarse de esa regla general, cuando la conducta fuere irrazonable o injustificada y la intervención de la justicia hubiere sido del todo obviable; en fin, en situaciones extremas en que la recalcitrancia, el capricho, desnudan una conducta harto reprochable (confr.: Cám. Apel., C. y C. Bahía Blanca, Sala I, precedente cit.).----------

----En esta especie ha sido promovida una demanda sin derecho, carente de fundabilidad, mas no detecto un grado de temeridad tal que justifique apartarse del mentado principio general en la materia.- ----------

----IV.- Tales motivos me conducen a concluir que la sentencia apelada debe ser confirmada en todo cuanto fuera materia de agravios. ----------

----Desestimados los recursos de ambas partes, las costas de segunda instancia han de ser distribuidas imponiéndolas, también en este grado, en el orden causado, pues aquí si medio vencimiento parcial y mutuo (art. 72 C.P.C.C.). Los honorarios de los Dres. M. D. F., P. D. S., C. G. H. y D. E. F., por sus labores de alzada y atendiendo a la extensión, calidad y resultado de los mismos, deberán ser regulados en las sumas respectivas de $ 1.650, de $ 1.650, de $ 1.100 y de $ 1.100 (arts. 5, 6 bis, 7, 9,13, 29 de la Ley XIII n° 4).- ----------

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

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ---------- ----------

--- Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el 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 relevantes traídos a revisión de esta Sala.-

--- Se cuestiona en autos la forma de ejercicio del régimen de comunicación con el menor que se ha dispuesto en el grado.----------

--- El derecho de comunicación con un menor, generalmente reclamado por alguno de los padres, puede ser esgrimido también por otros parientes, normalmente cercanos, a los que la legislación concede ese derecho de vinculación, a los efectos de preservar el vínculo con el menor y, en el fondo, dar a éste un marco de referencia afectivo y de identidad, que le haga comprender mejor quién es, de dónde viene, cuáles son sus raíces y, a partir de ello, edificar su propia personalidad, tomar sus propias opciones y elecciones. Pero privar a un menor de contacto con uno de sus padres o con una parte de su familia no es una decisión sencilla, ni puede ella estar fundada sobre conjeturas o sobre sutilezas, sino que se trata de una decisión que constituye última ratio del ordenamiento y que, como tal, debe estar apoyada en importantes y graves cuestiones, básicamente aposentadas en el resguardo del interés del menor.----------

--- Para comprender mejor la temática, cabe conceptualizar que “el “derecho de visita” es -también- de pertenencia (titularidad) de los menores -y no sólo de sus padres-, por tratarse de un derecho recíproco, correlativo o de doble titularidad, que constituye, a la vez e incuestionablemente, “un derecho propio y autónomo del hijo”, que ...puede ser por él ejercido, en forma directa o por medio de sus representantes legales o guardadores, a fin de lograr -en cuanto sea posible- el mantenimiento de la integridad de la relación paterno-filial, mediante la conservación de la unión más plena que las circunstancias del caso permitan” (cfr. Blanco, Luis G.- Gavotti, Alicia M. - Polakiewicz, Marta, “Interés del menor: Derecho de comunicación (visitas)”, JA 1993-I-871).----------

--- Cuadra poner de resalto también que la adecuada comunicación con el hijo del padre o padres no convivientes con él, no implica en forma abstracta la relación jurídico sustancial entre visitante y visitado, sino por el contrario, un conjunto de situaciones tendientes a organizar y estructurar en forma genérica las relaciones intrafamiliares, teniendo como principio cardinal el lugar de privilegio que debe asignársele al interés del menor (C. Civ. y Com. Morón, sala 2ª, 21/05/1996, C., F. y otros, JA 1999-IV-síntesis).----------

--- Llegado a este punto debo decir que no coincido en parte de la fundamentación dada por el Dr. Velázquez a la decisión propuesta, pese a lo cual coincidiré, por otros fundamentos, a la solución que sugiere el mismo.----------

--- Puntualmente no coincido, no me parece sostenible, a tenor de la legislación argentina vigente ni de la realidad misma, que cuando se trata de una vinculación o contacto entre menores con otros parientes distintos de sus padres, como tíos o abuelos, la negativa a concretar un régimen de comunicación ya no tiene el carácter de excepción especialísima.----------

--- Creo que esta idea patentiza una generalización inconveniente y un criterio que no se compadece con normas vigentes (art. 376 bis del Código Civil), que –por otra parte- soslaya el principio de que donde la ley no distingue, el intérprete no debe distinguir. ----

--- Tengo para mí que la relación de un menor con sus abuelos y tíos resulta invaluable, en condiciones normales y salvo excepciones puntuales. Y ese vínculo debe ser

protegido y custodiado por la magistratura, justamente para que ese menor tenga un marco de referencia de dónde se sitúan las coordenadas de su existencia.----------

--- Los abuelos normalmente son quienes le pueden dedicar mayor tiempo a un menor, quienes pueden referirle anécdotas que le sean de utilidad, quienes le cuenten historias tanto de sus padres, como de su propio país y ciudad, que le dediquen horas a labores que solo la vida transcurrida y la disponibilidad de tiempo –producto de haber superado ya varias etapas de la vida- transforman en importantes, una vez que la urgencia de la lucha por el sustento cotidiano no empaña o empequeñece momentos como un acto escolar o similares circunstancias; los abuelos son, generalmente, quienes están en condiciones de hacer sentir al niño como el centro del universo, quienes lo cobijan, lo miman –a veces en demasía-, quienes le dan un anclaje, una pertenencia, una procedencia a su vida y lo enclavan dentro de una herencia, una tradición, un contexto. Lo propio puede decirse de los tíos, que pueden referirle al menor anécdotas de sus padres, que hagan que éstos sean más cercanos, más comprensibles, más humanos para los niños.----------

--- Por ende, no creo –y en esto discrepo con el prevotante- que la privación de contacto de un menor con sus abuelos puede ser decidido si no se dan condiciones especialísimas, que así lo ameriten. ----------

--- Y en tal sentido hago mía la jurisprudencia de un prestigioso tribunal sobre que el derecho de los abuelos a tener una adecuada comunicación con sus nietos, es de carácter inalienable e irrenunciable, por lo que sólo puede ser suspendido cuando medien causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad del menor o su salud física o moral, todo lo cual requiere la incorporación a la causa de elementos suficientes como para descartar la continuidad de las visitas. Es que el derecho de visita, además del contacto periódico del menor con sus abuelos importa desde el punto de vista psicológico, tratarlo y mantener con él relaciones afectuosas, cultivando una recíproca y sincera comunicación. (C. Nac. Civ., sala L, 17/05/2006, S., H. J. y otro v. A., H. F. y otro s/ homologación de acuerdo, AbeledoPerrot online).----------

--- No es así, entonces, que la privación de vínculo entre abuelos y nieto no es una medida excepcional; es excepcional, pero ella puede disponerse cuando los magistrados evalúan como inconveniente para la salud física o psíquica del menor el mantenimiento de los contactos con sus abuelos, siempre que ello surja de constancias y pruebas obrantes en la causa.----------

--- Justamente allí está el problema en el caso de autos. En esta causa y en los expedientes acumulados se ha librado una verdadera batalla judicial. Las constancias de esta causa y de los expedientes traídas a esta sede con relación a ella, se patentiza una fuerte carga emotiva entre los litigantes, que los ha llevado a un severo enfrentamiento procesal y personal.----------

--- El problema es que la niña M. N. no puede ser tomada como botín de guerra de este enfrentamiento, ni puede arriesgarse su salud psíquica a un enfrentamiento entre

personas mayores, que debieran haber preferido su bienestar y estabilidad a la prevalencia momentánea en una litis.----------

--- Si algo he aprendido de la vida, de las relaciones personales, de mi paso por diversas funciones públicas, de la abogacía y, ahora, de la magistratura, es que mucha gente no entiende es que a veces “ganar es perder”, porque en pos de obtener una sentencia que les de la razón, los litigantes dejan en el camino un rosario de malos momentos, de bienes perdidos, de lazos personales rotos, de situaciones irremontables.

--- El orgullo de tener razón, el ego de ser confirmado por una sentencia, muchas veces constituye un premio vacío de sustancia, que deja tras sí un calvario personal, un largo tiempo de enfrentamientos, que bien pudieron evitarse, adoptando otra actitud y procurando obtener extrajudicialmente por convencimiento, lo que se busca en tribunales por una decisión de un tercero imparcial. Y, lamentablemente, muchas veces se obtienen en el foro victorias pírricas.----------

--- Las victorias “a lo Pirro” o victorias pírricas se producen cuando un triunfo se obtiene con más daño del vencedor que del vencido, cuando se consigue con mucho trabajo o por un margen muy pequeño o cuando lo obtenido es de poco valor o insuficiente, especialmente en proporción al esfuerzo realizado (cfr. mi voto, en sentencia de esta Sala, del 16 de Junio de 2010, in re “S., F. D. c/ S., L. A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (Expte. 114 - Año 2010).----------

--- La lucha encarnizada o “lucha hasta el último recurso” es un proceder corriente en la guerra, sobre todo cuando se lucha contra el mal absoluto o en defensa de la soberanía nacional ante una invasión extranjera; pero este procedimiento es ruinoso en los tribunales y en especial entre personas, que antes han estado ligadas por lazos afectivos o de parentesco.----------

--- Muchas veces en el foro, en especial, en litigios que involucran sentimientos íntimos, como las temáticas relativas al derecho de familia, los contendientes debieran detenerse a reflexionar si vale la pena persistir en disputas que, aún ganando, mellarán para siempre sus relaciones interpersonales. La persistencia en debates que una consideración desapasionada muestra como perturbadores para los menores que se hallan involucrados, a su pesar, en ellos, debiera no ser la respuesta automática y muchas veces visceral, de los adultos que debieran anteponer el interés de esos menores, por los que luchan tan encarnizadamente.----------

--- Muchas veces el auténtico amor tiene mucho de renunciamiento; y, casi siempre, el amor *–de la naturaleza que sea-* se corporiza más ante el renunciamiento que frente a la reivindicación. El amor es natural o espontáneo y difícilmente cuaja ante las reivindicaciones, lo cual es lógico, porque el amor es un sentimiento y el afán reivindicatorio es una elaboracion mental, antes que un sentimiento o, al menos, él se encuentra mediatizado por la racionalización, en ocasiones en detrimento del propio sentir.----------

--- Luego de este pórtico introductorio conceptual, llegamos al núcleo fáctico de este diferendo, que aquí tenemos a resolución.----------

--- Las denuncias cruzadas de violencia, los gruesos epítetos y descalificaciones que las partes de esta causa se han dirigido han tensado la cuerda de su relación a un punto en que ya no cabe más tensión, lo que obviamente afecta a la menor, que debiera poder tener contacto con sus familiares, sin la presencia de esa sombra ominosa de descalificaciones, odios, denuncias cruzadas, que se yergue frente a ella. Desafortunadamente no ha ocurrido así.----------

--- Para dar una idea de la medida del diferendo, cabe mencionar que a fs. 16 de autos obra un escrito por medio del cual la coactora T. A. Q. D. se presentara ante el Ministerio Público Fiscal, expresando su pretensión de que se le diera la tutoría definitiva de la niña a su esposo y a ella, sus abuelos paternos. Esa no ha sido una pretensión aislada ni ha sido motivo de una crisis de nervios o de un momento de arrebato, sino que responde a una auténtica, genuina y permanente disposición de su ánimo.----------

--- A lo largo de la causa que tengo delante se aprecian expresiones descalificatorias de la coactora Q. D. hacia la madre de la menor, a la que se ha calificado con términos muy poco edificantes. ----------

--- La causa muestra diversas manifestaciones de la aquí apelante, por medio de las cuales se aprecia su pretensión de separar a la niña de su madre o, al menos, asumir un rol muy activo y preponderante en la vida de la menor M.----------

--- Incluso más, a fs. 61vta del expte. n° 170 año 2011, obra un informe del ETI, suscripto por las Lic. Mónica Severini y Fanny Cárdenas, en donde se asevera que la mencionada coactora T. Q. D. pretende asumir "un rol activo en la vida de su nieta posicionándose intrusivamente en su cotidianidad, desplazando a ambos padres".--------

---

--- Esa actitud no se ha modificado al presente. Y además, no puede dejar de valorarse la conducta seguida por las partes en esta liza. Los coactores han efectuado multitud de denuncias, manifestaciones descalificantes, han explicitado numerosas pretensiones, pero la acreditación de sus dichos, sustentatorios de sus pretensiones y denuncias, no ha ido de la mano del alto perfil de aquéllas. ----------

--- En esta litis, los actores no hicieron el esfuerzo correlativo a la pretensión extrema que introducían, presentando una demanda excesivamente acotada carente de los requisitos necesarios para prosperar, huérfana de una relación fáctica que se correspondiera con la pretensión esgrimida y no trajeron a la liza las probanzas que abonaran su pretensión. ----------

--- Tampoco fue constructiva la actuación frente al traslado de la contestación de demanda y de los documentos incorporados con ella, ante el que guardaron silencio, quedando tácitamente reconocidos los documentos (cfr. fs. 38 y sgts.), con los efectos previstos por los arts. 360 y 362 C.P.C.C.).----------

--- Luego no comparecieron a una audiencia de conciliación que ellos mismos habían solicitado. Todo ello patentiza una actitud procesal y personal de reticencia ante el problema que involucra a la menor y ante el propio organismo jurisdiccional, ante el que se han hecho presentaciones que presentan una magra sustancia, para mucha adjetivación.----------

--- Por otra parte, no puede dejar de tenerse presente que alterar el estado de cosas actual implicaría desbaratar aún más la estabilidad afectiva de la niña, la cual –a juzgar por las exteriorizaciones constantes de descalificaciones de la coactora Q. D. hacia su madre- se vería expuesta a comentarios desfavorables hacia su madre, que una mente inocente no está en condiciones de procesar sin una gran carga de angustia o ansiedad.----------

- En tal situación, el interés superior del niño, pasa por no ver turbada su inocente existencia con ataques psíquicos tendientes a modificar su percepción mental sobre los adultos que lo rodean, en especial, su madre.----------

--- Es que, como dijera en dos votos de mi autoría, si se llegase al extremo de que los derechos de los padres *–más aún de otros adultos-* 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. 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) e ídem, “V., R. O. c/ R., A. C. s/ Tenencia” (Expediente: 220/2009), del 15/12/2009, ambos con cita de COURTIN, Christine, "L'intérêt de l'enfant et les droits et libertés fondamentaux des parents”, en Recueil Dalloz 2001, sec. Jurisprudence, p. 422).----------

--- Agregué en esos votos que 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).----------

--- Lo fundamental, al momento de resolver la cuestión sub lite es tener en cuenta el interés superior de los niños que se encuentran involucrados en esta disputa (art. 1,3 y cctes, Ley 26061) (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) e ídem, “V., R. O. c/ R., A. C. s/ Tenencia” (Expediente: 220/2009), del 15/12/2009).----------

--- En mi “Código Civil anotado” he espigado algunos fallos reveladores en esta materia. Ellos son: a) La necesidad de una "protección especial" enunciada en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3°, brindan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio (CSJN, 28/8/07, “ S., L. E. c. Diario El Sol”, en LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia”, Edit. Lexis Nexis SA, Buenos Aires, 2008, t. V, p. 1097, dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hizo suyo).----------

--- b) El principio rector del interés superior del niño obliga a buscar una solución integral respecto a la problemática que los menores presentan, desde los parámetros fijados en la ley 26.061. De esta forma, deberá establecerse un control judicial para verificar el pleno respeto por los derechos y garantías de los menores (C. Nac. Casación Penal, Sala 3ª, 11/12/07, “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/recurso de casación” (causa n° 7537), voto de la Dra. Angela Ester Ledesma, al que adhirieron los Dres. Tragant y Righi, en LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia”, cit, t. V, p. 1097).----------

--- c) Nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente “inspirar” las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades” (C. Nac. Casación Penal, Sala 3ª, 11/12/07, “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/recurso de casación” (causa n° 7537), voto de la Dra. Angela Ester Ledesma, al que adhirieron los Dres. Tragant y Righi. en LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia”, cit, t. V, p. 1098, con cita de Cilero Bruñol, Miguel: El interés del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en AA. VV. “Infancia, Ley y Democracia en América Latina”, citado, p. 77).----------

--- d) El primordial interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño —art. 3.1.— impone a toda autoridad en los asuntos concernientes a la infancia estriba en satisfacer las necesidades de aquél del mejor modo posible para la formación de su personalidad (CSJN, 17/4/07, “Antinao, Celia c. D. C., M. A. - D., G. N.”, en DJ 2007-2, 548, voto en disidencia del doctor Fayt).----------

--- A ello deben sumarse tres pautas extraídas de otros fallos de la CSJN: a) el interés material y moral de los niños debe tener una relevante prioridad sobre cualquier otra ponderación (Corte Sup., 1/6/04, “Q., M. J. y otros v. C., J. y otros”, JA 2004-IV-754);----

--- b) La regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres (Corte Sup., 13/3/07, “A., F.”, JA 2007-III-48, voto del Dr. Maqueda); y----------

--- c) Pero es claro que el alcance del art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño es el de priorizar el "interés superior del niño" en el marco de interpretaciones y aplicaciones jurídicas posibles; no, en cambio, el de subvertir todo derecho (público o privado) en aras del aludido interés (Corte Sup., 3/4/01, “S., V. v. M., D. A.”, voto en disidencia del Dr. Petracchi).----------

--- Establecido que el interés superior de la niña involucrada en esta disputa habrá de ser la pauta axial para resolverla y, descartado que tal interés superior tenga en autos una función subversiva, ya que no lleva su aplicación a consecuencias jurídicamente inaceptables, como no lo es que la nieta no tenga con sus abuelos el régimen de comunicación que éstos pretenden, si razones de peso como la eventual obstrucción o desnaturalización de la relación entre la niña y su madre o la perturbación anímica de la niña sería la consecuencia de ello, debe en autos darse prioridad al interés superior del niño.----------

--- De tal modo, pese a que el régimen de comunicación con los abuelos es un derecho subjetivo de éstos, al hallarse en este caso en conflicto el interés superior de la menor M. con el de adultos –que no son incluso sus progenitores- la solución virtuosa de la causa pasa por preservar a todo trance la salud mental de la menor, no exponiéndola a episodios de descalificación de su madre por su abuela.----------

--- Ello así, corresponde confirmar la resolución de grado, dado que es la que mejor se acomoda a la legislación vigente, de acuerdo a las comprobadas circunstancias de la causa. ----------

--- Y siendo una cuestión de familia, de esencia no patrimonial, no corresponde aplicar rígidamente el principio de la imposición de costas al vencido, toda vez que todos los litigantes han creído actuar en bien de la niña.----------

--- En tal situación y tratándose de un juicio de disenso, en realidad, la imposición de costas de grado en el orden causado, es lo que corresponde imponer, dado que no ha habido una contienda en sentido clásico, sino dos formas de ver lo que mejor conviene a una menor.----------

--- La imposición de costas al vencido, dadas las circunstancias de la causa, la esencia de la pretensión actora y las cuestiones debatidas, significaría una solución formal, rígida, que no se amolda a lo acontecido y debatido en esta litis.----------

--- Por tales fundamentos, habré de acompañar la propuesta del Dr. Velázquez de confirmar el decisorio impugnado en cuanto fuera materia de recurso y agravios, imponiéndose las costas de alzada en el orden causado (art. 72, CPCC), al haber sido rechazados los recursos interpuestos por cada parte, lo que ha patentizado una vencimiento parcial y mutuo en esta instancia, que autoriza a imponer así los gastos causídicos.----------

--- También propiciaré la regulación de los emolumentos de alzada correspondientes a los Dres. M. F., P. S., C. H. y D. F., en los siguientes montos, $ 1.650, $ 1.650, $ 1.100 y $ 1.100, respectivamente (cfr. arts. 5, 6 bis, 7,9,13,29 de la Ley XIII n° 4).----------

--- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO POR LA AFIRMATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez respondió:----------

----Frente al acuerdo alcanzado al tratar las precedentes cuestiones, corresponde: a) confirmar la sentencia apelada en lo que fuera materia de agravios; b) imponer las costas de segunda instancia en el orden causado; c) regular los honorarios de los Dres. M. D. F., P. D. S., C. G. H. y D. E. F., por sus labores de alzada y atendiendo a la extensión, calidad y resultado de los mismos, en las sumas respectivas de $ 1.650, de $ 1.650, de $ 1.100 y de $ 1.100.----------

----ASÍ LO VOTO.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara, Doctor 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 encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Carlos Dante Ferrari al momento de efectuarse el sorteo (art. 7 Ley V - Nº 17).----------

--- Trelew, de diciembre de 2012.---------- -

--- 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**: ----------

--- 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. D. F., P. D. S., C. G. H. y D. E. F., por sus labores de alzada y atendiendo a la extensión, calidad y resultado de los mismos, en las sumas respectivas de $ 1.650, de $ 1.650, de $ 1.100 y de $ 1.100.----------

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

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO

CARLOS A. VELAZQUEZ
JUEZ DE CAMARA

MARCELO J. LOPEZ MESA
PRESIDENTE

---- REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2012 – SDF.- CONSTE.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO