

Fs. 111

Nº 723/12 `O., C. F. C/ C., W. D. POR LEY 6672”

Mendoza, 3 de Julio de 2013.

VISTO Y CONSIDERANDO:

I. Llegan estos autos a la Cámara en virtud del recurso de apelación interpuesto por la actora-incidentada a fs. 70, contra la resolución de fs.65/66vta. por la que la juez de grado hace lugar al incidente planteado por el señor W. D. C., dejando sin efecto la prohibición de acercamiento a sus hijos, oportunamente dispuesta.

II. La apelante expresa agravios a fs.75/78. Sostiene que la afirmación hecha por la juez al manifestar que el vínculo afectivo y el contacto que lo une a sus hijos no resulta dañoso para los mismos, falta totalmente a la verdad, ya que los propios hijos manifiestan no querer tener contacto con su padre. Tilda de parcialidad a las declaraciones testimoniales de un hermano y un sobrino del incidentante. En relación a la prueba pericial, resalta que los peritos señalan que C. presenta rasgos de personalidad insegura, con limitada tolerancia a fracasos, pudiendo sostener un accionar impulsivo e impredecible ante situaciones de distrés y acumulación de tensión interna, características de personalidad que concuerdan con los hechos por los que realizó en su momento la denuncia por malos tratos y violencia familiar del demandado a la actora y sus hijos. Se queja de que no se le haya corrido vista de dicha pericia, a la que habría impugnado y pide la nulidad de la resolución por no haberse dado intervención a la Asesora de Menores antes de resolver. Se agravia de que los niños nunca fueron oídos por el tribunal y señala que los mismos no quieren tener contacto alguno con su padre a raíz de los hechos de violencia que vivieron. Pide que la resolución sea dejada sin efecto en todas sus partes.

III. El apelado contesta los agravios a fs. 81/82, solicitando el rechazo del recurso de apelación por las razones que expone y a las que remitimos en honor a la brevedad.

IV. Los niños son escuchados por la Cámara a fs.91

V. La Asesora de Menores dictamina a fs.104/105, en el sentido de rechazar la apelación y confirmar el fallo recurrido por entender, en lo sustancial, que el padre ya no representa un peligro para sus hijos, sin perjuicio de lo que corresponda decidir en el tema de la comunicación entre padre e hijos

VI. Corresponde abordar en primer término el pedido de nulidad de la resolución apelada por la falta de intervención de la Asesora de Menores en el trámite incidental (art. 141 III C.P.C.).

La nulidad procesal es la ineficacia del acto por defecto de sus elementos esenciales, que le impiden cumplir con sus fines, siendo su objeto y fin el resguardo de una garantía constitucional, lo que permite limitar estrictamente las nulidades a los casos de indefensión y aseverar que no existen nulidades absolutas porque todas son convalidables. Estos conceptos son aplicables al recurso de nulidad (Podetti Ramiro, Tratado de los Recursos, pág. 241, Bs. As. 1958).

El recurso de nulidad se encuentra ínsito en el recurso de apelación en tanto no tiene autonomía en nuestro sistema adjetivo y queda absorbido por la apelación.

La jurisprudencia ha señalado que la procedencia del recurso de nulidad posee carácter excepcional y debe ser de interpretación estricta (CNCiv. Com. Fed. Sala II, 25/6/98, LL 1998-E-471; CCivCom. Rosario, Sala IV, 16/4/99, RepLL, 200-2170,nº 25 y LLLit., 2000-534; CCivComLab. Venado Tuerto, 4/4/97, LL 1999-B-819). La nulidad de la sentencia debe ser interpretada con criterio restrictivo y declararse sólo cuando los

hipotéticos vicios no puedan subsanarse al momento de considerar el recurso de apelación (CNCiv.Com.Fed. Sala III, 12/9/96, LL 1997-B-804). Como consecuencia de la absorción del recurso de nulidad por el de apelación, si el agravio puede ser reparado por el tribunal de segunda instancia corresponde modificar el pronunciamiento antes de decretar su nulidad (CNCiv., Sala J, 15/7/98, LL 1998-F-636).

En cuanto a los errores en el procedimiento que justifican la declaración de nulidad se han señalado los siguientes: la omisión de oír a una de las partes (CCiv. 1° Cap.18/11/05, JA 19-729; Fernandez, Código de Procedimiento, p. 223, nota 12; Alsina, Tratado, T IV, p. 241); el no haber abierto la causa aprueba existiendo hechos controvertidos (Alsina, ob cit., p. 241); no haber recibido alguna prueba siendo ella procedente (CSJN, Fallos 107-151).

En caso que se anulara el decisorio por vicios de procedimientos la actuación de la alzada se limita a la emisión del juicio negativo (*iudicium rescindens*) y no del juicio positivo (*iudicium rescissorium*), debiendo reenviar el expediente no al mismo juez sino al subrogante del juez que intervino (art. 141 inciso IV Código Procesal Civil de Mendoza).

Cuando se declara la nulidad de la sentencia y de todos los actos anteriores a partir del acto viciado, la alzada no puede pronunciarse sobre el fondo del asunto, dado que al haberse declarado nulo el procedimiento es necesario tramitarlo nuevamente y en forma adecuada para que sea posible un pronunciamiento sobre el fondo del litigio.(Loutayf Ranea, Roberto, El recurso ordinario de apelación en el proceso civil, 2° Edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, p.489).-

A fin de resolver el planteo nulificador cabe destacar que no corresponde declarar la nulidad por la nulidad misma y por otra parte que la no intervención del Ministerio Pupilar constituye en sí misma una causal de nulidad relativa que puede ser subsanada.

En el sub lite la Asesora de Menores al intervenir en la Alzada a fs. 104/105, no sólo no plantea la nulidad sino que además expresamente, en relación a su no intervención señalada por la actora, solicita la confirmación del fallo apelado. Es decir que la legitimada, por ser la titular del interés jurídico para solicitar la nulidad, convalida todo lo actuado sin su participación. A ello se suma que los niños siempre estuvieron representados y defendidos en sus intereses por su madre.

En razón de ello y aún cuando la intervención del Ministerio Pupilar resulta necesaria en todos los asuntos atinentes al menor de edad, como lo es el despacho de una medida como la cuestionada, lo cierto es que no se vislumbra en el caso de autos, interés alguno para declarar la nulidad impetrada.

En sentido coincidente se ha pronunciado la jurisprudencia de nuestras Cámaras: ``Si bien es cierto que la falta de intervención del Ministerio Pupilar en primera instancia, la nulidad que ello acarrea ha sido subsanada debidamente en un doble sentido: en la Alzada tuvo la debida participación la Sra. Asesora sin que planteara que la falta en que incurriera la magistrado apelada le hubiere provocado alguna lesión subsanable a través de la nulidad de lo actuado; en segundo término, tuvo la funcionaria un completo y atento control del procedimiento, por lo que no cabe abrigar ninguna duda de que las menores involucradas en el caso han contado con la actividad de su representante promiscua en debida forma (``L.M.R. c/V.S. L.p/Tenencia , 12/08/2009, Segunda Cámara Civil, Primera Circunscripción Judicial, LA 117-063). ``El art. 59 del CP.C. acuerda al Ministerio de Menores, en su carácter de representante promiscuo de

todos los incapaces, el carácter de parte legítima y esencial en toda cuestión judicial o extrajudicial, donde estén en juego la persona o bienes del incapaz. La omisión de la intervención del Asesor se sanciona con la nulidad relativa, ya que es subsanable con la confirmación, porque la norma sustantiva persigue el proveer a la buena defensa de los intereses del incapaz (Compulsa en J. Aliaga Jose Manuel p/Sucesión , 02/10/1990, Tercera Cámara Civil, Primera Circunscripción Judicial, LA 067-434).

En relación a la falta de vista de los informes periciales, si bien no pide la nulidad en forma explícita por tal omisión, amén de tener en cuenta que la ley 6672 no la prevé y que la Ac. n°18.724 de la SCJM en su art.1.7., en forma expresa establece que en dichos procedimientos en materia de prueba no se aplican en forma supletoria las normas contempladas en los arts.177, ss. y cc. del C.P.C., salvo en lo que el juez de la causa entienda que no desvirtúan la naturaleza y fines de dichos procesos, la apelante no señala en forma concreta los vicios por los cuales la habría impugnado y además, en franca contradicción con dicho actuar, se vale de la misma para argumentar en defensa de la revocación del fallo apelado. El instituto de la nulidad no admite tal ambivalencia, o el acto es nulo y por lo tanto carece de todo efecto jurídico-procesal, o es válido y tiene pleno efecto.

Respecto a los agravios sobre el fondo, relativos a la merituación que la a quo hace de la prueba rendida, de la lectura de las testimoniales cuestionadas no surge parcialidad, sino por el contrario, las declaraciones se perciben espontáneas, no obstante la relativa incidencia de las mismas toda vez que, en general, se refieren a hechos anteriores al dictado de la prohibición de acercamiento, siendo que el incidente de levantamiento de la medida, debe fundarse en la modificación (hacia el futuro) de dicha plataforma fáctico-jurídica.

De la prueba pericial psíquica, realizada por la médica psiquiatra, Dra. A.C.S. y el Lic. en Psicología C.F.J., ambos del C.A.I, se desprende que si bien el incidentante presenta rasgos de impulsividad ante situaciones de distrés y acumulo de tensión interna, en relación a sus hijos, ambos peritos coinciden en no advertir riesgo en que el progenitor intencionalmente les pudiera causar daño, no observando el psicólogo indicadores de agresividad o violencia significativos, evaluando que la vinculación de C. con sus hijos es positiva afectivamente, con pautas de alarma asertivas y válidas, con reconocimiento de las necesidades constitucionales desde cada menor en particular (cf. fs.55vta.). Afs.56 vta. el Lic. J. expresa: ``No se observan indicadores que denoten riesgo para el contacto paterno filial. Se observan indicadores de adecuada alerta frente a las necesidades de sus hijos``. Sugiere además, que de decidirse la revinculación, se haga con exhaustiva supervisión del juzgado y teniendo en cuenta el interés de los hijos en los espacios de convivencia.

En la audiencia mantenida en la alzada con J. E. y F. E., se pudo percibir un estado confucional en ambos, si bien más marcado en F. dado que al momento de los hechos de violencia denunciados que motivaron la exclusión del hogar y prohibición de acercamiento y separación de sus padres era más chico. J. rememora situaciones traumáticas de violencia intrafamiliar vivida que hacen que no quiera ver a su padre. Si bien F. también expresa no querer estar con él, dice que para ayudarlo sí. Ambos expresan falta de temor en que les vaya a pegar, pero si creen que puede gritarles.

Tal como acertadamente lo advierte la Asesora de Menores en su dictamen, no deben confundirse los presupuestos fácticos que dan lugar a la medida de protección de

prohibición de acercamiento, con los que abonan el derecho de comunicación entre los hijos y el padre no conviviente.

Mientras que los primeros presuponen un riesgo actual o inminente de poder sufrir la víctima un daño grave a su vida o salud, comprensiva ésta última de la integridad y bienestar bio-psico-social, por maltrato físico, psíquico, económico y/o abuso sexual (Cf. Kemelmajer, Aída, Protección contra la violencia familiar-ley 24.417, ps.22/36; arts. 1 y 3 ley 6672), los segundos, partiendo de la premisa de que en general el contacto fluido paterno-filial es saludable para los hijos, indagan sobre la conveniencia y, en su caso, la modalidad de dicho contacto en cada caso concreto, teniendo como norte el interés superior de los hijos menores de edad. Desde esta perspectiva si bien dicha evaluación no puede sustraerse a la realidad emergente de las relaciones intrafamiliares, sobre todo durante la convivencia, en que los hijos en la mayoría de los casos si no son víctimas directas de los hechos de violencia, lo son indirectamente en la medida en que presencian y vivencian los sucesos entre ambos progenitores, ante la interrupción de dicha convivencia, la distinción entre ambos supuestos se hace más marcada pues, como ocurre en el presente caso, los peritos no advierten que el padre quiera o pueda, intencionalmente, agredir o dañar de algún modo a sus hijos. Es decir que en este sentido, no advierten un riesgo potencial en el contacto entre padre e hijos. Ahora bien, tal como lo ha dejado señalado la juez en la resolución apelada, el levantamiento de la prohibición de acercamiento, no implica por sí misma la reanudación automática del contacto paterno-filial, sino que por el contrario, le hace saber al señor C. que la reanudación del mismo y su modalidad, quedan supeditados a lo que en definitiva resuelva la juez del en el juicio por régimen de comunicación. De esta forma, se respeta la opinión y el deseo expresado por ambos hijos, de no reanudar por ahora el contacto con su papá, confiando desde el ámbito de la justicia, sobre todo, por la vinculación afectiva positiva del padre hacia sus hijos, advertida por los peritos, que será el progenitor quien espontáneamente respetará la voluntad de sus hijos. De todos modos, si así no lo hiciera y generara nuevos factores de riesgo, el juez de la causa podrá disponer, con la premura que requieran los hechos, nuevas medidas de protección, no justificando las circunstancias actuales el mantenimiento de la prohibición de acercamiento hacia los hijos.

VII. Las costas de la alzada corresponde imponerlas a la incidentada-apelante por resultar vencida (art.36 I C.P.C.).

Por lo expuesto la Cámara,

RESUELVE:

I. No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la incidentada a fs. 70, contra la resolución de fs.65/66vta.

II. Imponer las costas de la alzada a la incidentada-apelante.

III. Regular los honorarios profesionales de la Dra. E. C. en la suma de pesos cuatrocientos (\$400,00); Dr. C. B. en la suma de pesos doscientos ochenta (\$280,00) y a la Dra. M. P. V. en la suma de pesos ciento cuarenta (\$140,00), (arts. 3, 15 y 31 ley 3641).

CÓPIESE. REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE Y BAJEN.

Dr. Germán Ferrer Dra. Estela Inés Politino Dra. Carla Zanichelli Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara