--- En la ciudad de Trelew, a los 18 días de setiembre del año dos mil ocho, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia a cargo del Dr. Carlos Dante Ferrari y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Marcelo J. López Mesa, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“S. , L. M. c/ L. , L. M. s/ solicita autorización”** (Expte. Nº 22.828 - año: 2008) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 373.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN,** dijo el Dr. Ferrari: ----------

I. **Antecedentes del caso:** ----------

--- El conflicto parental planteado en autos está referido al desacuerdo de los progenitores en la elección del establecimiento educacional al que debe asistir la menor S. , hija de la pareja litigante, para cursar el año lectivo inicial de sus estudios primarios.----------

------- En concreto, mientras la madre prefiere el Instituto “D. B.” de la ciudad de Rawson, el padre postula la conveniencia de inscribirla en la escuela “H. ” de la ciudad de Trelew invocando, en síntesis, los siguientes motivos: esta última institución imparte la enseñanza curricular en idioma español y galés desde primer grado; tiene doble escolaridad; ofrece un servicio alimentario de calidad; la reducida matrícula facilita una atención personalizada del alumnado por parte del cuerpo docente; el plantel directivo y docente está integrado por jóvenes profesionales que han realizado estudios académicos especializados, como becarias en el país de Gales y/o con formación universitaria; la carga curricular impuesta por el Ministerio de Educación se brinda en ambos idiomas (español y galés), favoreciendo una mejor asimilación de sus contenidos; cuenta con docentes con capacitación especial para las áreas de plástica, música y educación física; se realizan actividades extracurriculares consistentes en taller de danza y taller literario; se imparte la enseñanza del idioma inglés; hay un particular énfasis en la formación musical, a cargo de una musicóloga; se les enseña a los niños flauta dulce, percusión y canto; destaca asimismo las ventajas referidas a la vestimenta escolar, gestión de la Comisión de Padres, el ambiente familiar y festivo, la continuidad de las actividades docentes que no

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

registran suspensiones, la calidad del personal auxiliar, las características edilicias de la institución y señala asimismo que se trata de un proyecto educativo sin fines de lucro.---------- Como contrapartida, afirma que la oferta educativa del Instituto “D. B.”–que manifiesta conocer por haber concurrido su hija en el período 2007 y además, por ser el actor ex alumno y ex docente del establecimiento– es desventajosa, pues: tiene escolaridad simple; no se brinda ninguna actividad extracurricular o complementaria; en el nivel primario tampoco hay enseñanza de idiomas; la relación docente/alumnos promedio es de treinta alumnos por aula y a cargo de un solo docente, lo cual supera la media aconsejada por los especialistas para una educación eficaz; en la escuela no se sirven refrigerios ni desayuno; tampoco se festejan los cumpleaños de los alumnos; la gestión y el proyecto pedagógico excluye la participación de los padres; tampoco funcionan las comisiones de padres; se impone la adhesión a un reglamento unilateral de convivencia, en letra chiquita, similar a las contrataciones con cláusulas exorbitantes; los docentes de los primeros grados exhiben defectos serios en su formación, que se evidencian en la comprobación de los errores gramaticales y ortográficos del cuaderno de comunicaciones; durante el año 2007 hubo una reiterada falta de clases motivada por la inasistencia de docentes a causa de paros gremiales y/o jornadas pedagógicas; los actos escolares siempre se realizan de mañana; las instalaciones edilicias presentan situaciones de riesgo; los baños son viejos y en deficiente estado de conservación; el predio presenta grandes espacios y distancias, lo cual obstruye y dificulta un adecuado control sobre los niños.---------- Efectúa luego diversas consideraciones destinadas a sostener las razones por las que formula su pedido, solicitando se haga lugar a la demanda entablada, con costas.---------- Al evacuar el traslado respectiva, la madre se opone a la pretensión entablada. Afirma que el proyecto pedagógico bilingüe de la Escuela “H. ” emplea un idioma que si bien es respetable como cualquier otro, no es utilizado en forma universal, señalando que ella valoriza la tradición galesa, pero los antecedentes del grupo familiar no tienen que ver con dicha cultura. Respecto al idioma inglés, manifiesta que este año está abierta la inscripción en el “Rawson English Institute”, aclarando asimismo que a partir

de 4° grado en el Instituto “D. B.” se imparten inglés y computación como materias integrantes de la currícula. Efectúa luego una serie de consideraciones críticas acerca de los horarios y actividades escolares relatadas por el actor con el propósito de sostener que los tiempos de enseñanza en uno y otro establecimiento son los mismo, que el tiempo “muerto” de viajes de Rawson a Trelew de casi una hora por día le impide a la niña continuar con otras actividades extraescolares que pudiera elegir y le resta tiempo para el juego con sus amigas. Objeta la alimentación descripta por el demandante, señalando que se trataría de un “catering”, o sea que una de las comidas fundamentales de la niña no es preparada ni controlada en cuanto a su calidad y cantidad por los padres, en tanto la demandada afirma que ella le prepara el almuerzo a su hija cada día al salir del trabajo y valora que pueda compartirlo con uno de sus padres. Luego de otras consideraciones destinadas a cuestionar la alegada calidad de la Escuela “H. ”, destaca que la misma no cuenta con la aprobación ministerial, no está incorporada a la enseñanza oficial y no recibe aportes del Estado provincial, a diferencia del Instituto “D. B.”, que tiene años de trayectoria y está ligado a la historia misma de la Patagonia. Abunda en otras críticas acerca de la propuesta escolar del demandante; hace notar que la niña vive en Playa Unión y tiene sólo cinco años de edad; se pregunta si tiene objeto exponerla a ese viaje diario a Trelew; destaca que el cambio afectaría sus rutinas cotidianas, separándola de sus amistades que van a seguir yendo al colegio “D. B.”; que en vano intentó durante meses acordar seria y privadamente en la búsqueda de una solución para evitar esta instancia judicial, con resultado infructuoso; sintetiza las razones de su oposición al cambio de colegio y solicita el rechazo del pedido paterno, con costas.---------- A fs. 74/78 obra el auto interlocutorio a través del cual se resuelve como medida provisoria autorizar a la menor S. a iniciar el ciclo lectivo 2008 en el Instituto “D. B.” de la ciudad de Rawson.---------- Tramitado el proceso, a fs. 300/vta. es celebrada la audiencia de vista de causa, tras lo cual se dicta la sentencia de mérito (fs. 301/313 vta.) que rechaza la pretensión entablada, motivando el recurso de apelación interpuesto por el actor.------ II. **El decisorio apelado:** ---------- Los fundamentos del fallo son, en

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

síntesis, los siguientes: 1) el actor aludió en diversas oportunidades acerca de la inexistencia de una pretensión por parte de la demandada, argumentando que conforme al principio de congruencia, el tribunal sólo puede acoger la petición actoral o rechazarla, lo que conllevaría su falta de escolarización. Al respecto, el *a quo* considera que dichas apreciaciones son erróneas, pues en lo concerniente al objeto del proceso, el principio de congruencia requiere que el juez emita pronunciamiento total o parcialmente negativo o positivo sobre todas las pretensiones y oposiciones formuladas por las partes, respetando sus límites cuantitativos y cualitativos. Que el criterio orientador para la decisión del caso será el interés superior del niño, según la previsión contenida en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señalando que la limitación de pronunciamiento planteada por el demandante es sólo aparente, ya que al magistrado le tocará resolver en función de esos intereses y principios superiores. Cita legislación, doctrina y jurisprudencia en tal sentido. 2) El sentenciante se refiere luego a la afirmación del actor de encontrarse en mejores condiciones que la madre para decidir el asunto de la elección del colegio más conveniente para S., por estimar que su opinión es calificada y objetiva. Al respecto el juzgador expresa que se trata de una curiosa suposición, tan novedosa como inconstitucional, por cuanto lesiona directamente el principio de igualdad de los padres (art. 16, C.N.). Tratándose en la especie de una custodia compartida, el art. 264 *ter* del Código Civil dispone que “en caso de desacuerdo entre el padre y la madre, cualquiera de ellos podrá acudir al juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo...”, por lo que –puntualiza– ha quedado erradicada la posibilidad de que se atribuya a uno solo de los progenitores el monopolio de la consideración acerca de lo que resulta más beneficioso para el hijo. 3) Abordando el tratamiento de la cuestión de fondo, hace referencia al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico según la reforma constitucional del año 1994 y a la jerarquía constitucional de los tratados internacionales que rigen la materia conforme al art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Señala que dentro del bloque de constitucionalidad federal se encuentran nueve organismos internacionales de control con capacidad para producir jurisprudencia determinante para la aplicación de las normas convencionales, destacándose el Comité de los Derechos del Niño, con

jerarquía constitucional, que ha tenido profusa e interesante actividad al respecto, constituyendo, según palabras de la CSJN, una “imprescindible pauta de interpretación” para la resolución de este caso. 4) Luego de reseñar una serie de pautas que precisara dicho Comité en punto a la educación infantil, así como la Ley 26.061 en su art.15 y jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, ingresa en la consideración de las pruebas obrantes en la causa a tenor de los principios y conceptos previamente enunciados, expresando que “el proyecto educativo que ofrece la escuela “H. ” merece que se lo califique objetivamente como superior al del Instituto ´D. B.´”. Efectúa de inmediato una serie de consideraciones acerca de los beneficios de la enseñanza de la lengua y la cultura galesa, la extensión de la jornada educativa con su oferta extracurricular; una mejor relación en la ecuación docente/alumnos; relativiza la participación de los padres en al gestión educativa, por considerar una paradoja que se pretenda valorar esta circunstancia cuando los propios padres no han logrado ponerse de acuerdo ni más ni menos que respecto de la elección misma de la escuela. 5) Señala a continuación que el análisis comparativo entre ambas instituciones educativas es apenas un aspecto de la cuestión a decidir, dado que las asignaturas y actividades extracurriculares que le faltan al Instituto “D. B.” ya vienen cumpliéndose en cursos particulares, por lo que debe analizarse el panorama educativo de la niña sin caer en la reducción propia de las comparaciones parciales entre ambos colegios, sino a partir de una visión integral que comprenda toda la oferta de posibilidades que permitirán el mejor desarrollo creativo e intelectual de la menor. 6) Llega por fin a la “cuestión esencial a decidir”, referida a “si la ´concentración´ de actividades propuesta por el progenitor para su hija en la escuela H. , con la consiguiente supresión de otros espacios en donde la niña desarrolla actualmente sus posibilidades, es más beneficiosa para su desarrollo integral que la continuidad de su educación en la ciudad de Rawson a través del Instituto D. B. y de las distintas actividades extra escolares que cumple en esta ciudad”. 7) En el examen acerca de esta cuestión debe considerarse en primer lugar el derecho de la niña a ser oída en juicio (art. 12.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 264 *ter* del Código Civil; Ley 26.061). Al respecto, S. manifestó en forma contundente su deseo de acudir al Instituto “D. B.”, por cuanto en ese lugar se encontraban sus amigos y

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

primos, refiriendo cuánto disfruta de sus actividades actuales, las mismas que su padre desea “concentrar” en Trelew. La niña, con sus propias palabras, indicó su preferencia por dar continuidad a su centro de vida. Es evidente que su opinión no puede ser pasada por alto, debido a que puede resultar un indicador válido de cuál es su interés. Pero no basta escuchar al niño –dice el juez– sino que es necesario además tener en cuenta su opinión en las cuestiones que lo afectan e inclusive reconocer su autodeterminación, si su edad y desarrollo así lo aconsejan. En el caso, la corta edad de S. impide que ella elija la escuela a donde prefiere asistir, aunque ello no quiere decir que su opinión pueda ser obviada ni desconocida (arts. 3, inc. b y 27 inc. b, Ley 26.061). 8) Efectuadas las consideraciones precedentes, otra pauta cuyo tratamiento es inexorable es la consideración al centro de vida de la niña, desde cuya perspectiva deben verificarse las alternativas propuestas por ambos padres (art. 3, inc. f, Ley 26.061). La jurisprudencia ha sostenido que el *status quo* es una de las circunstancias más importante a sopesar en estas cuestiones, partiendo de la base de que debe evitarse todo cambio si no existen graves perjuicios o poderosas razones que lo justifiquen, pues de lo contrario debe evitarse cualquier cambio en el régimen de vida del menor, en procura de la estabilidad necesaria para la formación equilibrada de su personalidad. Teniendo en cuenta estos conceptos, la pretensión de separar a S. del entorno actual en el que está formando su personalidad no ha sido sustentada por argumentos de peso, con fuerza suficiente para dar certeza de que el alejamiento propuesto como alternativa redundará en una mejor situación para ella, conforme al criterio de razonabilidad (art. 28, C.N.). El “medio” elegido por el actor –la escuela “H. ”– es proporcionado, al ser conducente para alcanzar el “fin válido” –la mejor educación de su hija–, pero a la vez, ese medio puede ser reemplazado por otro –el Instituto “D. B.” y todas las actividades extraescolares realizadas por S. – que, conducente al mismo fin, resulte menos gravoso para la niña. Así, en tanto no puede sostenerse que el programa de estudios de la escuela “H. ” de Trelew es superior a la propuesta educativa integral que defiende la madre, sería irrazonable trasladar a la niña a que curse sus estudios en aquel establecimiento, debido a que dicha propuesta es más severa, al afectar su continuidad espacial y social. 9) Por las razones expuestas el juzgador considera conveniente rechazar

la demanda y mantener el entorno cultural y social de S. , en el entendimiento de que un cambio de colegio a mitad del año escolar constituye un verdadero desplazamiento injustificado que la expone a un retraso escolar, con el riesgo de quebrantarse su ser íntimo y social. 10) Atento a la índole no patrimonial del asunto, dispone que las costas deben ser soportadas en el orden causado.---------- III. La parte actora deduce contra el decisorio los recursos de apelación y nulidad, otorgados en relación y con efecto devolutivo (fs. 316). A fs. 319 se incorpora el informe producido por el Director General de Educación Privada dependiente del Ministerio de Educación provincial. El apelante sostiene su recurso a través de la pieza glosada a fs. 324/342 vta., respondida por la demandada a fs. 345/50.---------- IV. **Reseña de los agravios:** ---------- 1) Recurso de nulidad: el recurrente plantea que la sentencia es nula en cuanto decide una cuestión ajena a la presente litis, “autorizando a la niña S. S. L. a continuar su ciclo lectivo en el Instituto D. B. de la ciudad de Rawson”, vulnerando el derecho de defensa en juicio del actor. Esta cuestión no fue articulada en el trámite de la presente acción y vulnera el debido proceso y el principio de congruencia, resultando nula de nulidad absoluta por afectación de la garantía constitucional de la defensa en juicio. Afirma el apelante que se ha visto impedido de oponer como defensa la conflictiva situación que vive el Instituto “D. B.”, la cual sin duda afecta la labor educativa, y que no pudo ofrecer la prueba que hace a su derecho para acreditar en juicio las razones de su negativa. Refiere una serie de hechos que afirma haberse visto privado de alegar destinados a acreditar que la situación de crisis del Instituto “D. B.” es insostenible y acompaña como prueba documental unos recortes periodísticos. Sostiene, en suma, que el principio *iura novit curia* autoriza al juez a calificar la acción pero no a cambiarla por otra, de modo que el fallo que incurre en esas demasías es nulo por violación del principio de congruencia. Afirma además que se trata de un defecto ritual gravísimo, no superable por vía de la apelación, producido por incumplimiento o desnaturalización de formas esenciales.---------- Incursiona luego en los aspectos del fallo que le causan gravamen, a saber: 1) El juzgador no ponderó que la escuela “H. ” es única en

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

su tipo, lo cual no admite su equiparación con el Instituto “D. B.”, por cuanto es la única escuela bilingüe en la zona, con un proyecto educativo intercultural y permite a los educandos acceder a escolaridad internacional reconocida válidamente por el País de Gales y realizar intercambios y pasantías en dicho país. Su método de enseñanza produce un cambio profundo en las personas al convertirlas en bilingües. Las teorías sobre la adquisición de una segunda lengua se relacionan estrechamente con las teorías sobre la adquisición de la primera lengua y para ello la edad del alumno o estudiante es clave, un factor decisivo, pues los niños pequeños aprenden de un modo diferente del de los mayores o adultos. Cita doctrina. Afirma que S. está en la edad en la edad apropiada para iniciarse en ese camino que sin duda le será beneficioso. La combinación de los diversos métodos de este proyecto educativo en un ambiente de inmersión –sostiene– es el método más eficaz para alcanzar la fluidez y llegar a ser bilingüe, abriendo las puertas para los niños a una nueva cultura y a todo tipo de oportunidades. 2) Existe un convenio con el Departamento de Educación de Gales para que los alumnos puedan rendir exámenes internacionales y realizar viajes, intercambios y pasantías de perfeccionamiento en ese país. Este proyecto depende de “Cylch Cymraeg”, entidad sin fines de lucro cuyo objetivo es el mantenimiento, desarrollo y extensión de la cultura galesa en la zona. En síntesis –dice– este proyecto es auspicioso porque los alumnos podrán validar sus estudios internacionalmente, continuar sus estudios superiores y obtener una inmediata salida laboral para lo cual dispondrán de otras herramientas útiles (inglés, informática, etc.). 3) La escolaridad obligatoria en la Escuela “H. ” cumple con los encuadres formativos, tanto institucionales como curriculares que el Estado determina, pero desde una perspectiva ampliada y con métodos pedagógicos de probada eficacia. El apelante efectúa una detallada descripción de la metodología educativa empleada en dicho establecimiento. Detalla más tarde las actividades especiales y extracurriculares de la escuela, pone énfasis en la preparación de los alumnos para participar en los eventos culturales de la región, destacando que la producción artística y literaria de los galeses configura la identidad local de nuestra región, por lo que además de las instancias curriculares obligatorias se incorporan otras. Menciona el taller de inglés, el de computación, el de

danza galesa, el literario, y los talleres opcionales de coro y de teatro. Señala, en conclusión, que la Escuela “H. ” es una institución abierta y participativa, pluralista, con atención personalizada de los niños, de modo que la sentencia ha sido arbitraria al prescindir de dicho proyecto educativo y curricular, causándole agravio, por cuanto su hija tiene derecho a recibir una mejor educación acorde a las posibilidades económicas del padre. 4) El juez –afirma el apelante– pretende sostener el fallo con la opinión de S. , de seis años, sobre la cuestión litigiosa. Esta postura absurda e ilógica –según su calificación– “vulnera los derechos de la menor a quien reenvía la facultad de tener que elegir”. Se pregunta qué pensará su hija cuando, adulta, tome conciencia de la responsabilidad y carga que le asignó el juez, conjeturando que “podría resultar perjudicada, con el consiguiente riesgo que quede sometida a un conflicto psíquico por sentirse responsable de la decisión”. Objeta que el juez no haya tenido en cuenta la edad de la niña ni su grado de desarrollo intelectual y psicológico para poder entender los alcances de su opinión. La cuestión –afirma– está ligada al discernimiento del niño, por lo que el sentenciante no cumplió la directiva de evaluar las condiciones de madurez y desarrollo de la menor, de manera que el fallo carece de motivación suficiente y debe ser descalificado como acto jurisdiccional válido. Tras relatar los esfuerzos económicos realizados a fin de demostrar cuánto le preocupa el bienestar presente y futuro de su hija, sostiene que “el criterio paterno debe prevalecer cuando el hijo es impúber. En particular en la iniciación de estudios o labores que lo encaminan en una especialidad profesional o técnica o que lo inclinan hacia artes o deportes determinados.” La jurisprudencia –agrega– considera pacíficamente que la opinión de los niños merece ser tenida en cuenta a partir de los 10/12 años, atendiendo a su grado de desarrollo, por lo que le causa agravio la convicción del juez en la presunta voluntad de su hija y sus expresiones como fundamento de la decisión recurrida. 5) Bajo el título “El centro de vida de S. ” el recurrente cuestiona la consideración del *a quo* acerca de que es irrazonable trasladar a la niña hasta la escuela “H. ” porque ello afecta su continuidad espacial y social. Dice que esa afirmación del juez también es una falacia, que puede disculparse “en atención a su origen foráneo.” Argumenta al respecto que las ciudades del valle constituyen un

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

núcleo integrado, que se retroalimenta con vínculos recíprocos; que Trelew es la cabecera de la región, el centro de comunicaciones y de importantes eventos culturales; que los habitantes de Rawson concurren habitualmente a dicha ciudad por variadas razones y que en ambas ciudades se encuentran familiares y amistades de S. , haciendo mención de una amiga de su hija también residente en Playa Unión y alumna de la escuela “H. ”, con quien ha compartido tiempo durante los años 2005 a 2007 en un jardín y en una guardería, y de un primo de S. que también concurre a la mencionada escuela. Añade que los viajes a Trelew no impiden que la niña conserve sus amigos en Rawson, pues terminadas sus actividades escolares continuará viviendo en Rawson, con la posibilidad de encontrarse con ellos sin cambiar su “centro de vida”. Manifiesta que el inicio de la escolaridad primaria implica abandonar el estrecho marco intrafamiliar e iniciar una etapa de socialización más amplia, favorable para el desarrollo saludable de los niños, y la escuela “H. ” permite cumplir este objetivo, enriquecido con el aporte de la cultura galesa. 6) En cuanto al derecho aplicable, afirma que el plexo formativo internacional de jerarquía constitucional encuentra en el proyecto educativo de la escuela “H. ” su molde más perfecto. Hace hincapié en que el criterio rector es el interés superior del niño; cita el art. 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el art. 11 de la Ley 26.206 a fin de remarcar el objeto de la educación primaria y el derecho de su hija a que el mismo le sea garantizado de modo suficiente por la escuela “H. ” y no así por el Instituto “D. B.”. Insiste en que la sentencia recurrida le causa gravamen, en tanto desconoció y violó los derechos de la patria potestad que le asisten como padre, constituyendo una injerencia indebida y una intromisión ilegítima en aspectos no sometidos a conocimiento del juez. Asegura que ello afecta normas de orden público por cuanto niega, conculca y entorpece la titularidad de la patria potestad y su ejercicio. Expresa que al concurrir al Instituto “D. B.” pese a la oposición paterna, su hija lo desobedece, cuando la misma Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 266 del Código Civil mandan inculcar a los hijos el debido respeto a sus progenitores. La decisión judicial que admite sin razón su desobediencia es arbitraria porque el juez se atribuyó funciones y potestades legítimas, privativas y autónomas en la titularidad del ejercicio de la patria potestad que le asiste –asevera el

apelante– con claro agravio constitucional, sin haber sido requerida su intervención. Añade que el art. 265 del Código Civil encomienda a los padres la función de educar a sus hijos según su condición y fortuna, y la decisión recurrida vulnera este derecho, al ser obligada la menor a recibir una educación primaria básica cuando el recurrente está en condiciones de proporcionarle una formación e instrucción más completas; para ello –afirma– trabaja arduamente, pero el decisorio frustra este objetivo. 7) Se agravia luego de que se haya omitido en el fallo el tratamiento de cuestiones conducentes alegadas por su parte que son pertinentes para decidir el resultado del pleito. Son ellas: a) el tácito consentimiento de la madre, quien, habiendo conocido que el 23/10/2007 el actor inscribió a la hija en la escuela “H. ”, no expresó oposición alguna, quedando consentido el acto porque tuvo efectos desde entonces y a partir del pago de la matrícula dicha escuela se comprometió a educar a su hija durante el año 2008. b) no tuvo en cuenta el *a quo* la oposición del actor a que su hija pase dos horas y media diarias en una guardería, cuando dicho tiempo es mejor aprovechado y redistribuido al realizar actividades formativas en la escuela “H. ”, que además atrae las actividades que realizaba en horario vespertino, y queda entonces liberada con tiempo libre para sus juegos, deportes y entretenimientos a partir de las 15:30 los días lunes a miércoles, a partir de las 14:30 los jueves y desde las 12:00 los viernes. 8) Bajo el título “La igualdad de los padres” expresa que dicha igualdad no resulta vulnerada porque se reconozca la capacitación especial del apelante, que es Profesor de Filosofía y Ciencias de la Educación, habiendo reconocida la demandada su capacidad como docente. Afirma que hay circunstancias en que uno de los dos padres se encuentra en mejor posición para tomar la decisión que les compete a ambos. 9) Para finalizar, señala que la demora impuesta por el trámite sumarísimo a la presente acción, cuando debió resolverse de modo verbal y actuado, no justifica mantener la escolaridad provisoria de la menor en el Instituto “D. B.”, porque se trata de un breve período en consideración a los años que restan para completar el ciclo de educación primaria. Afirma que la escuela “H. ” dispone de personal y recursos afectados a la atención de S. para recuperar el tiempo perdido sin que ello importe un retraso perjudicial o una injerencia, como lo califica con desatino el juez, en la vida de su hija. Destaca además que la

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

Asesora de Familia carece de imparcialidad toda vez que su propio hijo es alumno del Instituto “D. B.”, por lo que el tribunal debe tomar recaudos especiales para asegurar el desempeño autónomo del funcionario.---------- Solicita, en definitiva, se revoque la sentencia recurrida, con costas.---------- V. A fs. 345/350 la demandada responde la pieza de agravios a través de la cual refuta las argumentaciones del recurrente y solicita se rechace el pedido de autorización judicial para que S. concurra a la escuela “H. ”, continuando en el Instituto “D. B.”, tal como lo planteara al contestar la demanda, debiendo confirmarse el decisorio apelado, con costas.---------- VI. Efectuada la síntesis precedente, abordaré a continuación los planteos del recurrente, comenzando por el de nulidad del fallo atacado.---------- **El planteo de nulidad:** ---------- En mi opinión, la sanción de nulidad solicitada por el recurrente con base en una hipotética demasía en el decisorio debe ser liminarmente desestimada. Al respecto, ha sostenido ya esta Cámara en reiterados casos análogos que, comprobada la existencia de algún vicio en el pronunciamiento –en el caso, la alegada afectación del principio de congruencia (arts. 34, inc. 4° y 253 del C.P.C.C.)– ello solo conduce al escenario de una hipotética falencia intrínseca del decisorio, es decir, de un supuesto defecto de juzgamiento perfectamente subsanable por la vía apelativa.---------- En efecto, conforme lo viene sosteniendo reiteradamente este Cuerpo, aun en el supuesto de que se constatara una falla de estas características, la misma no justificaría la solución requerida, por cuanto que el recurso de nulidad contemplado en el art. 253 C.P.C.C. está circunscripto a los vicios extrínsecos que, al quebrantar intolerablemente las formas y solemnidades legales, descalifican insanablemente una sentencia como acto jurisdiccional; mientras que las deficiencias de juzgamiento basadas –como se pretende en la especie– en virtuales extralimitaciones de juzgamiento respecto del *thema decidendum*, constituyen en cambio típicos supuestos reparables a través del recurso de apelación (conf. MORELLO y otros, "Códigos Procesales...", t. III, pág. 264, ss. y conc. - Ed. Platense - Ab. Perrot, 1988). Por tanto, en la hipótesis de comprobarse la configuración del vicio referido por la parte nulidicente, ello no podría dar lugar al severo mecanismo impetrado,

reservado como está para aquellos casos en que los defectos de la sentencia conducen indefectiblemente a invalidarla como acto jurisdiccional, por no admitir otro remedio procesal idóneo para su reparación (art.cit., su doctrina; conf. mis votos en Exptes. 14615; 15420; 17041 – entre muchos otros).---------- ---------- Por otra parte, debo decir que, en mi opinión, la circunstancia de que el sentenciante haya plasmado su decisión del modo en que lo hizo no afecta en ningún aspecto el principio de congruencia. Por el contrario, desde el punto de vista lógico-sistemático, la decisión de autorizar que la menor continuara su ciclo lectivo en el Instituto “D. B.” –aun dejando de lado por ahora el análisis acerca de su eventual acierto o irrazonabilidad– no ha sido sino la necesaria consecuencia emergente del rechazo de la pretensión actoral. Por consiguiente, la tesis sustentada por el apelante según la cual la sentencia “decide una cuestión ajena a la presente litis” me parece francamente insostenible. Daré razones.---------- En el contexto en el que se plantea la cuestión litigiosa, resulta claro que nos hallamos frente a uno de los supuestos de desacuerdo entre progenitores previstos genéricamente en el art. 264 *ter* del Código Civil, que en la especie se refiere a la elección del establecimiento escolar al que ha de asistir la hija menor de la pareja desavenida. El conflicto planteó desde su inicio dos opciones claras y concretas: mientras el padre sostenía la conveniencia de inscribir a S. en la escuela “H. ” de Trelew, la madre manifestó su preferencia por el Instituto “D. B.” de Rawson. Estos datos fácticos surgen con prístina claridad tanto de la lectura de la demanda (fs. 38 vta.; fs. 40 vta.; fs. 42 vta./43) cuanto de su contestación (fs. 63 y vta; fs. 64 fs. 65 y fs. 69). A la vez, en dichas piezas ambos litigantes pusieron de manifiesto los argumentos para sustentar sus respectivas posturas. De tal suerte, lo concreto es que a la solicitud de autorización formulada por el actor se opuso la negativa de la demandada, quien solicitó “se rechace el pedido de autorización para que S. concurra a la Escuela H. y continúe en el Instituto D. B.” (textual, fs. 69 *infra).*---------- ---------- Con esto en claro, puede observarse que el contenido de la oposición formulada por la demanda cumplió con el requisito procesal básico, cual era “reflejar de modo completo y suficiente toda la materia defensiva con que el opositor quiere integrar su declaración de

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

voluntad", por lo que a partir de entonces, empleando las ilustrativas palabras del maestro Guasp, "introducida la oposición en el proceso, su efecto fundamental es el que se deduce de su concepto: el de *delimitar el objeto procesal,* con imposibilidad, en principio, de un cambio ulterior, estableciendo los límites dentro de los cuales la pretensión procesal ha de ser correctamente manejada, **lo que vincula al juez**, que no podrá desconocerlos, **positiva** o **negativamente**, sin incurrir en incongruencia" (conf. Guasp, Jaime, "Derecho Procesal Civil" – tomo Primero – págs. 240/241 – Instituto de Estudios Políticos – Madrid, 1968).---------- Lo expresado precedentemente no sólo revela la improponibilidad del planteo efectuado, sino que, muy lejos de transgredir el principio de congruencia, el juzgador de primera instancia, al decidir del modo en que lo hizo, dio cabal cumplimiento a este imperativo jurídico. El juzgamiento de los casos conforme a la ley es un deber-facultad de la magistratura determinado por los arts. 34, inc. 4º y 163 inc. 6º, C.P.C.C. que, en correlato con la regla liminar del art. 15 del Código Civil, obligan a los jueces a pronunciarse acerca de las pretensiones y defensas deducidas, para lo cual deben enmarcarlas dentro de la ley, es decir, realizar ese proceso de selección y subsunción dentro del orden jurídico, aún con independencia del encuadre propuesto por los litigantes o el silencio, insuficiencia u oscuridad de las leyes. En el caso bajo examen, el sentenciante, al interpretar los hechos y cuestiones sometidas a su decisión para luego seleccionar entre las dos alternativas planteadas, no solo no incurrió en ninguna extralimitación procesal, sino que, muy por el contrario, actuó con estricto apego al ordenamiento procesal vigente (arts. 34, inc. 4° y 163, inc. 3°, C.P.C.C.).----------
Por otra parte, no se advierte que el derecho de defensa del recurrente se haya visto afectado en modo alguno al evaluar el juez como solución preferente la matriculación en el Instituto D. B., ya que el actor sabía, incluso de antemano – tal como él mismo lo relatara en su demanda, según las fojas ya citadas–, que esa era la opción elegida por la madre. Como incontrastable evidencia de esta conclusión, puede observarse que todos los argumentos del actor estuvieron destinados a sustentar la superioridad del proyecto educativo de la escuela "H. " en contraposición a la oferta del Instituto "D. B.", según se desprende de

manera inequívoca de las constancias causídicas, llegando hasta el punto de solicitar un reconocimiento *in situ* de ambos establecimientos (conf. demanda, fs. 42 vta./43).---------- Por las consideraciones vertidas, opino que el planteo de nulidad debe ser rechazado, y así lo dejaré propuesto en este acuerdo.---------- VII. Abordaré a continuación los agravios del apelante en el mismo orden en que fueran expuestos en la pieza recursiva.---------- 1) Calidad educativa de la Escuela H. : ---------- La crítica del recurrente se asienta sobre la idea de que el sentenciante no habría ponderado debidamente la superioridad del proyecto educativo de la escuela “H. ”, remarcando que dicho establecimiento es único en su tipo y no admite una equiparación con el Instituto “D. B.”, arguyendo al efecto las razones que ya se han reseñado con anterioridad.---------- Sin embargo, la lectura de los fundamentos del decisorio pone de manifiesto que ello no es así. Por el contrario, el *a quo* declaró su convicción en sentido favorable a la postura del demandante, expresando ni más ni menos que “encuentro en esta instancia que el proyecto educativo que ofrece la escuela H. merece que se lo califique objetivamente como superior al del Instituto D. B.” (textual – fallo, fs. 308 vta., *infra*). No ha sido entonces puesta en duda en ningún momento la calidad educativa de dicho colegio, ni constituyó por cierto un motivo determinante para el rechazo de la pretensión entablada. Más aún: el juzgador efectuó una cuidadosa valoración de los variados aspectos que ofrecía esta escuela en la formación espiritual e intelectual de la menor, considerando y teniendo **“especialmente en cuenta** que la enseñanza de la cultura e idioma galés podría contribuir indudablemente no sólo a aumentar la aptitud intelectual de la niña sino que, además, dadas las raíces profundas que tiene la comunidad galesa por su carácter fundacional y pionero de la Provincia del Chubut, permitiría a S. que a través de la relación pedagógica pueda adentrarse en una cultura diferente a la suya, pero a la vez consustancial y sentida en toda la región, respetando así que el propósito de su educación guarde la relación directa con el marco cultural y social que pretende el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 1, y favoreciendo el respeto a la diversidad cultural como manera de fortalecer la

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

identidad nacional, según lo establece el art. 11 inc. d) de la ley 26206” (textual – fallo, fs. 308).---------- El párrafo transcripto pone de manifiesto una ponderación netamente favorable a las alegaciones actorales acerca de este tópico, expresando una ferviente declaración acerca de los méritos del instituto educativo y su eventual proyección beneficiosa sobre S. , de manera que dichas apreciaciones, lejos de causar gravamen al apelante, le han concedido decididamente la razón en uno de sus argumentos centrales.---------- Lo que ocurre, en verdad, es que el núcleo del juicio discursivo desplegado en el fallo no reposa sobre el mero cotejo de las calidades educativas de uno y otro establecimiento; este factor, con ser de indudable importancia, fue sólo uno de los que el sentenciante tuvo en cuenta a la hora de adoptar su decisión. Como se desprende del sumario ya efectuado, el *a quo*, tras señalar que debía “analizarse el panorama educativo de la niña sin caer en la reducción propia de comparaciones parciales entre ambos colegios” (fallo, fs. 309, *infra*) tuvo asimismo en consideración, atendiendo siempre al “interés superior del niño”: a) la opinión de S. ; b) la influencia de la elección sobre el “centro de vida” de la niña –es decir, su residencia actual y el entorno social y afectivo– y la posible repercusión psicológica de una modificación en ese ámbito; c) las actividades extraescolares de la menor y su compensación con la oferta educativa integral de la escuela “H. ”; d) el desplazamiento injustificado que implicaría un cambio de colegio a mitad del año escolar, evaluándolo como “una injerencia arbitraria en la vida privada de la niña”. Así, pues, sopesando todos estos elementos, el juzgador arribó a la conclusión acerca de la inconveniencia de la propuesta paterna, para decidir en consecuencia el rechazo de la pretensión entablada.---------- Debo concluir, a mérito de lo expresado en los párrafos anteriores, que no tiene caso ahondar en el análisis acerca de los méritos y beneficios del proyecto educativo de la escuela “H. ”, ya que de ningún modo han sido puestos en duda dentro del proceso de razonamiento desplegado por el sentenciante, por lo que estimo más productivo abordar en cambio los restantes motivos de agravio planteados, en la medida en que hayan gravitado decisivamente sobre la resolución del caso.---------- 2) El

derecho de la menor a recibir educación según posibilidades económicas del padre: ----------

--- A título preliminar debo decir que, en mi opinión, tal vez no sea precisamente lo más acertado focalizar el examen de racionabilidad sobre esta peana argumental. El factor económico no debiera ser, a mi criterio, un agente privilegiado en la selección de las mejores alternativas para conformar los intereses superiores del niño. De considerarlo así, deberíamos admitir *a priori* que un alto porcentaje de la población infantil argentina habría de quedar relegada a un inexorable plano de inferioridad en relación a un sector minoritario aventajado en términos socioeconómicos, en el contexto de nuestra realidad actual.---------- En este ámbito no es ocioso recordar que el art. 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al regular el "Principio de igualdad y no discriminación" establece: "**Las disposiciones de esta ley se aplicarán por igual a todos las niñas, niños y adolescentes**, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, **posición económica, origen social o étnico**, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento **o cualquier otra condición del niño o de sus padres** o de sus representantes legales".---------- Por otra parte, cabe destacar que en ningún momento se ha puesto en duda la capacidad económica del padre para afrontar los costos de una matriculación en la escuela “H. ” de Trelew, ni ha sido su solvencia un elemento que incidiera sobre la suerte adversa al reclamo incoado. Está claro y fuera de toda discusión que el actor cuenta con los recursos patrimoniales necesarios a este fin. Sin embargo, el análisis acerca de la solución más conveniente para S. no está centrado en ese aspecto; por el contrario, se ha focalizado primordialmente sobre los beneficios y/o desventajas de una u otra propuesta, en relación directa e inmediata con los intereses superiores de la niña que, como se ha visto, distan de pasar en la especie por cuestiones de índole pecuniaria, justipreciándose en cambio todos aquellos factores que hacen a su mayor conveniencia personal, no tan sólo en el ámbito educativo, sino además en su proyección sobre los planos social, psicológico y afectivo de la niña. Desde ese punto de vista, tanto daría que los padres pudieran costearle sus estudios en Rawson o en Trelew, o en algún

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

colegio prestigioso del país o del extranjero: el *quid* pasaría de todos modos por un eje muy diferente, cual es la conveniencia o no de alejar a la menor de su entorno social y familiar en exclusiva consideración a un mejor estándar de calidad educativa y aun contrariando los propios deseos de S. .---------- Entre las aspiraciones y posibilidades económicas del padre y las razones de conveniencia y oportunidad que planteaba el caso, ha sido una vez más el interés superior de la hija, en suma, el que ha definido la decisión del conflicto.---------- 3) La opinión de S. : ---------- No deja de sorprender el fuerte cuestionamiento acerca de este aspecto del fallo, teniendo en cuenta la calificada formación profesional del demandante y hallándonos ante una normativa tan clara en punto a esta facultad judicial (art. 264 *ter*, segundo párrafo, Código Civil – art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Oír a la menor con el fin de conocer su opinión acerca de temas que le son tan propios y con directa repercusión sobre su vida cotidiana –cómo se siente en el ámbito escolar, cómo es su comunicación con el entorno, etc.–, aun sin llegar a erigirse en un factor concluyente para decidir el caso, aquilata indudable importancia y de ningún modo podría soslayarse dentro del marco probatorio destinado a formar convicción sobre el punto litigioso, atendiendo razonablemente al grado de madurez y desarrollo propios de la edad de la niña.---------- Advierto asimismo que las objeciones del apelante a este respecto no se condicen con las propias alegaciones expresadas en la postulación inicial, pues en dicha pieza refirió como uno de los argumentos en sostén de su pedido ni más ni menos que la propia opinión de su hija sobre este asunto, relatando que ella le habría dicho de manera espontánea “papi, yo quiero ir a la escuela galesa...” (ver demanda, fs. 39). Cabe preguntar entonces: en el supuesto de haber ratificado la niña esa manifestación ante el juez en ocasión de ser oída, ¿sostendría hoy el recurrente de todos modos tan enfática oposición acerca de este medio informativo?---------- Por otra parte, en la audiencia preliminar el tribunal tuvo ocasión de conocer y conversar con S. y pudo comprobar que, pese a su corta edad, en esa breve charla la menor ha exhibido una notable inteligencia y percepción de la realidad, demostrativas de un raciocinio más que

suficiente para expresar una opinión propia referida a aspectos que incumben a sus relaciones sociales y familiares.---------- De todos modos, cabe reiterar que la circunstancia de que la niña expresara su preferencia por continuar cursando estudios en el Instituto “D. B.” no ha sido el elemento único y decisivo, sino uno más, dentro del contexto de probanzas valoradas por el sentenciante conforme a las reglas de la sana crítica (art. 386 y conc., C.P.C.C.) para adquirir certeza acerca de la solución más conveniente a sus intereses.---------- Es útil recordar los términos del art. 12, primera parte, de la Convención sobre los Derechos del Niño en relación a este tópico: “1. Los estados Partes **garantizarán** al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de **expresar** su **opinión libremente** en **todos los asuntos que afectan al niño**, teniéndose **debidamente** en cuenta las opiniones del niño, **en función de la edad y madurez** del niño”. De los términos de la norma queda de manifiesto:1) que escuchar al niño no es tan sólo una facultad del juez, conforme a lo previsto en el art. 264 *ter* C.Civil, sino que obra como una **garantía** para el menor, por lo que sólo en caso de que las circunstancias demostraran en forma inequívoca su incapacidad intelectual o inmadurez o la inconveniencia para sus propios intereses, la regla debe ser **oírlo** y **conocer su opinión**; 2) que tratándose de **asuntos que lo afectan** –y en el caso no cabe duda alguna de que la decisión en ciernes involucra su interés personal y directo– debe permitírsele **expresar su opinión con total libertad**; 3) que la valoración de esa opinión debe ser **tenida en cuenta de manera debida**, esto es, considerando su edad y grado de maduración respecto del asunto de que se trate.---------- En el *sub lite*, si bien es cierto que S. nunca podría estar en condiciones serias y objetivas de decidir cuál de los dos establecimientos en pugna es el más conveniente a sus intereses, sí puede referir a su edad, con total libertad y discernimiento, si se siente cómoda y feliz en un determinado ámbito escolar, por qué razones, y si desea o no afrontar un cambio en tal sentido. Y su parecer sobre estos aspectos debe ponderarse **debidamente**, como uno más de los elementos a tener en cuenta y sopesar para la decisión: podrá tener mayor o menor grado de influencia en la misma, pero **nunca podría ser omitido ni resultar indiferente**

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

en la formación del juicio por parte del magistrado.---------- Argumenta el recurrente la decisión del juez de oír a la niña sin reparar en el grado de desarrollo intelectual y psicológico de la misma para poder entender los alcances de su opinión. Con franqueza, creo que la objeción no se compadece con el grado de avance intelectual y afectivo mostrado por S. . En este orden de ideas, al referirse a las pautas de “edad y madurez del niño”, María M. Alcaro de Risolía ha señalado con meditado criterio que “Tales giros de lenguaje no deben relativizar ni atenuar el vigor de un postulado que supone aceptar que el niño no es un objeto de amparo o compasión, sino un sujeto de protección con derecho a la debida intervención y a ser oído en todos los asuntos en que sea parte o en los que –sin revestir tal carácter– se refieran a materias que lo afecten” (autora citada, “La opinión del niño y la defensa de sus Derechos”, “Los derechos del niño y la familia – Discurso y realidad” – pág. 257 y ss. – Ed. Universidad, 1998).----------

--- En sentido concordante, se ha sostenido que “El niño no debe escapar a la protección constitucional que su derecho a opinar merece, mucho menos cuando se dirimen cuestiones que le son propias, debiendo considerárselo como protagonista de su propia vida y no como un mero espectador que se beneficiaría, en el mejor de los casos, con las decisiones acertadas que podrían tomar sus mayores” (conf. Naid Cuomo, M. De los A., “Convención sobre los Derechos del Niño”, directora: Weinberg, Inés M., pág. 190 y ss. – Rubinzal_Culzoni, 2002).---------- En suma, considero que la decisión del sentenciante de oír a la menor y tener en cuenta su opinión, además de ser legítima, ha sido sin duda plausible, de manera que votaré por la desestimación de este agravio.---------- 4) <u>El “centro de vida” de S.:</u> ----------

--- Al cuestionar este fundamento del fallo, el recurrente ha manifestado que cabe dispensar el supuesto desacierto del sentenciante por su condición de “foráneo”. No quisiera pasar por alto ese aparente gesto de cortesía dirigido en verdad a desmerecer el concepto –al que ha calificado además como una “falacia” – del magistrado.----------

--- Es un hecho público y notorio– tanto que cualquier persona de paso podría

advertirlo sin mayor esfuerzo– que la localidad de Playa Unión, donde residen la menor y su madre y la ciudad de Trelew, donde se asienta la Escuela “H. ”, media una distancia de algo más de 22 kilómetros. En este escenario, considero que la afirmación del actor referida a que “las ciudades del valle constituyen un núcleo integrado, que se retroalimenta con vínculos recíprocos”, expresa una visión primordialmente idealista, ya que en la realidad cotidiana cada uno de dichos centros urbanos tiene su propia vida social e independiente. Una cosa es que existan lazos sociales y culturales, generadores de ciertas actividades interurbanas más o menos frecuentes, y otra muy distinta es el marco de vida personal y familiar de cada individuo. En los hechos, conforme a las máximas de la experiencia, integrantes de las reglas de la sana crítica (art. 386, C.P.C.C.; su doctrina) es sabido que las personas se interrelacionan diariamente dentro de un marco geográfico y social reducido, y mucho más tratándose de una menor de seis años de edad, cuyas rutinas se ciñen normalmente a concurrir a la escuela y realizar actividades extraescolares en ámbitos cercanos a su domicilio. Es en esos ámbitos, que conforman su concreto “centro de vida” –según la adecuada expresión empleada por el *a quo*–, donde los niños entablan además sus relaciones de amistad y de trato frecuente.---------- Con esta convicción, advierto que el enfoque del sentenciante al ponderar este factor responde a un sólido apego a la realidad y no a una descaminada visión del entorno local, como procura sostenerlo en cambio el apelante. Si bien el inicio de la vida escolar implica, en efecto, comenzar el tránsito por una etapa de mayor socialización de los niños, extendiendo las fronteras reducidas del hogar y del barrio para abrir camino a nuevas relaciones y experiencias sociales, lo cierto es que ese proceso debe ser gradual, paulatino, adecuándose a la edad del menor y a sus propias etapas de desarrollo físico y emocional.----------

--- Al atender a este tópico, debe recordarse que el art. 3 de la ley 26.061 al respecto dispone que "A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a. Su condición de sujeto de derecho; b. El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c. El respeto al

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d. Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e. El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f. **Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.** Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros". Como puede advertirse, la disposición legal impone al juez en forma expresa el **deber de respetar** este factor, labor analítica que, en mi opinión, ha sido cuidadosamente atendida pro el sentenciante de primera instancia.---------- ---------- Por la misma razón y atendiendo a un criterio basado en estas premisas, la jurisprudencia ha sostenido: “Dado que el entorno de un menor consiste en su vida familiar, escolar y social, y cualquier modificación a este sistema exige una readaptación por parte del niño, la nueva situación debe ser mejor o igual a la anterior, a efectos de evitar que se vea perjudicado” (conf. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II • 09/06/2005 • G.L.E. c. C.M • LLBA 2006, 1021, con nota de Susana Beatriz Antelo; Leonardo Pérez Hegi - DJ 15/11/2006, 774, con nota de Susana Beatriz Antelo; Leonardo Pérez Hegi).--------

--- No tengo dudas, pues, de que el desplazamiento diario de S. a otra ciudad –con abstracción de otros hipotéticos beneficios o perjuicios– implicaría alejarla de su medio social y afectivo habituales.---------- ---------- A mérito de todo ello opino que el agravio acerca de este concepto vertido en el fallo también merece ser desestimado, y así lo dejo propuesto.---------- ---------- 5) Derecho aplicable – el ejercicio de la patria potestad y la intromisión judicial: --- Tras reseñar interesantes conceptos acerca de lo que debe interpretarse por el “interés superior del niño” y sobre los “propósitos de la educación” con cita de los arts. 29 de la Convención sobre los Derechos del

Niño y 11 de la Ley 26.206, el apelante asevera que “desde un punto de vista preeminente, el derecho a la educación de mi hija se encuentra garantizado de un modo suficiente por la Escuela H. , no así por el Instituto D. B.”. Ante esta doble afirmación, debo decir que si bien lo primero puede considerarse probado –y así lo estimó el juez de primer grado en su sentencia al reconocer la calidad educativa de la escuela “H. ”–, no existen evidencias en cambio acerca de la segunda aserción, esto es, que el Instituto “D. B.” no garantice una adecuada educación para la menor. Más aún, opino que se trata de una afirmación sin correlato probatorio en la causa. Los recortes periodísticos acompañados sólo trasuntan las opiniones críticas de algunos particulares que ni siquiera fueron citados al proceso a deponer como testigos bajo juramento, a fin de poder controlar sus declaraciones y ser libremente interrogados por el juez y también por la parte contraria, garantizando así su derecho de defensa en juicio (art. 18, C.N., art. 442 y conc., C.P.C.C.), por lo que tales manifestaciones, meramente subjetivas, no podrían ser válidamente ponderadas en autos.---------- Las únicas probanzas útiles al respecto consisten en el reconocimiento judicial del que se da cuenta a fs. 148 y en la prueba informativa de fs. 264/283.---------- El acta de reconocimiento permite comprobar que las características y situación actual del establecimiento no se condicen con la descripción inicial del demandante, quien refirió un estado de cosas un tanto alarmante, mencionando inclusive la existencia de un “estado de riesgo” (fs. 36 vta./37). Sin embargo, en la visita judicial se comprobó que las instalaciones “son amplias, acordes a la edad de los niños y cuentan con entradas diferenciadas para nivel primario y secundario. Los espacios son luminosos. Poseen salidas de emergencia y matafuegos en buenas condiciones. El edificio consta de dos plantas, por lo que hay escaleras, no así ascensor”; agregando más tarde: “Cuentan con gabinete psicopedagógico, integrado por una psicóloga y una psicopedagoga. El trabajo es institucional, con el docente, dentro del curso. Los alumnos poseen cobertura médico asistencial brindada por PROME” (acta, fs. 148).---------- En cuanto al informe ya aludido, del mismo se desprenden los contenidos de la propuesta educativa (folleto de fs. 264/279), los horarios y actividades programadas, la cantidad de alumnos en los

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

respectivos cursos y niveles, la nómina del personal en actividad (fs. 280/282) y un informe docente acerca de la adaptación de S. a la vida escolar, en el que se destacan, como dignos de mención, los siguientes aspectos: “S. es una nena alegre, afectuosa y entusiasta”, características “observables tanto en el aula como en los recreos”. Agrega asimismo que la niña: “Mantiene una muy buena relación con el resto de sus compañeras y compañeros. Su actitud sociable hace que pueda integrarse e interactuar con ellos tanto en las actividades recreativas como en el trabajo diario sin ninguna dificultad”. Destaca además que “es muy participativa, aporta sugerencias y opiniones sobre las diferentes decisiones y reflexiones de situaciones cotidianas que se presentan en el aula. Además, es muy creativa y expresiva. Disfruta mucho de actividades tales como la recreación oral de cuentos y las dramatizaciones. Desde el comienzo, en sus aprendizajes y hablando en términos de proceso, fue evolucionando notoriamente, resaltando que lo vive como un desafío diario” (fs. 283).---------- ---------- Los elementos reseñados brindan una adecuada convicción acerca de la aptitud del establecimiento, tanto en lo edificio como en su propuesta educativa, y por sobre todas las cosas, respecto de la excelente adaptación y consustanciación de S. con el ambiente escolar.---------- A partir de este contexto, las objeciones fundadas en una “intromisión judicial” en el ejercicio de la patria potestad, a esta altura del proceso, bordean lo inaudito. En primer lugar, ha sido el propio actor quien instó la vía jurisdiccional para encaminar su pedido, y en su condición de letrado, debió saber mejor que nadie que su pretensión podía o no obtener satisfacción, a resultas de las incidencias del proceso. Por otra parte, la ley ha establecido este mecanismo precisamente en supuestos como el presente, cuando los progenitores no logran ponerse de acuerdo en asuntos referidos al ejercicio de la patria potestad. El art. 264 *ter* del Código Civil determina en tal sentido que : “En caso de desacuerdo entre el padre y la madre, cualquiera de ellos podrá acudir al juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del Ministerio Pupilar. El juez podrá, aun de oficio, requerir toda la información que considere necesaria, y oír al menor, si éste tuviere suficiente

juicio, y las circunstancias lo aconsejaren...". De modo que lo que el apelante califica como una "injerencia judicial indebida", en los hechos, ha sido ni más ni menos que la respuesta jurisdiccional –en el caso, adversa a su reclamo– requerida a su propia instancia, en pleno y legítimo ejercicio de las facultades que la ley le confiere al magistrado actuante.----------
---------- Por otra parte, en el caso los progenitores manifiestan llevar adelante una patria potestad y custodia compartidas, si bien la pareja no convive y, en los hechos, la niña cohabita con la madre en la localidad de Playa Unión, salvo los viernes y los lunes, en que pernocta con el padre (conf. demanda, fs. 37). Este ejercicio compartido por voluntad de los progenitores pese a no existir convivencia no debe considerarse una transgresión a las reglas genéricas establecidas en el art. 264, inc. 2 y 5, C.Civil, por cuanto bien se ha dicho que además de responder a "un derecho implícito amparado por la Constitución, con la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a la Carta Magna actualmente los hijos tienen el derecho expreso a ser educados por ambos progenitores en un sistema que permita el ejercicio de la coparentalidad, sin condicionarlo o no a la convivencia de los cónyuges" (Polakiewicz, Marta – "El drecho de los hijos a una relación con ambos padres" – en "Los Derechos del Niño en la Familia – discurso y realidad" – Dir. Marta Grossman – pág. 190 – Ed. Universidad, 1998). La cita viene al caso por cuanto en su apelación el padre afirma que la decisión habría interferido en su ejercicio de la patria potestad, con aparente olvido de que la misma no está siendo ejercida por él en forma exclusiva sino compartida, y que dentro de ese esquema, un principio elemental de lógica indica que la "supervisión de la educación" (art. 264, inc. 2°) también debe ser materia de gestión conjunta.----------

--- No encuentro en la crítica formulada, por tanto, razones que ameriten corregir los aspectos cuestionados en este acápite por el apelante. En consecuencia, voto por la desestimación del agravio.----------
---------- 6) <u>Igualdad de los progenitores – la opinión más calificada del padre:</u> ---------- El recurrente insiste en sostener que en su condición de Profesor de Filosofía y Ciencias de la Educación, aquilata una capacitación especial que le confiere una situación más ventajosa que la de la

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

madre para decidir la mejor alternativa respecto del tópico en conflicto.---------- ---------- Debo decir que la situación de privilegio que el actor pretende reivindicar, además de carecer de todo respaldo normativo, es una manifestación a contrapelo de toda la doctrina y la jurisprudencia actuales.---------- Para comenzar, si se atendiera al razonamiento desplegado, el padre tendría potestades casi omnímodas e irrevisables en un aspecto de la vida de su hija respecto del cual se considera en inmejorables condiciones para adoptar una decisión, sin que quepa atender a la opinión de la madre ni permitir la "injerencia" – tal el término empleado en su pieza recursiva– del órgano judicial. El argumento se inspira en una visible afiliación al principio de "autoridad paterna", sobre todo cuando el apelante desliza que la decisión judicial comporta la consiguiente "desobediencia" de la hija a la voluntad del progenitor.---------- ------- Sin embargo, el recurrente parece haber olvidado que en el estado actual de la legislación vigente prevalece en cambio el sistema de "relatividad de los derechos" –genéricamente contemplado en el art. 1071 del Código Civil–, principio de cuño antiguo, ya contemplado en la doctrina francesa por Josserand y por Ripert, y que, naturalmente, es aplicable a la patria potestad, a fin de prevenir y/o evitar cualquier posible abuso en su ejercicio (conf. Laquis, M.A., "El abuso del derecho en el ejercicio de la patria potestad" – pág. 27 y ss., A. Perrot, 1963).---------- La aplicación de este principio de relatividad respecto al ejercicio de la patria potestad, ha motivado que se expresara: "el contenido actual del art. 1071 del Código Civil permite a los tribunales contar con el elemento necesario para corregir las extralimitaciones paternas y garantizar los derechos de los hijos menores cuando ellos concuerden con las pautas de su normal y pleno desarrollo personal" (D´Antonio, "Derecho de menores", pág. 195 – Astrea, 1986), y en concreta referencia a la educación de los hijos, se ha sostenido asimismo que "ese derecho debe ser ejercido en el interés mismo del menor y dentro del sentido ´altruista´ de la institución de la patria potestad" ("Convención sobre los Derechos del Niño" Directora: Weinberg, Inés, ob. ya cit.,pág. 226).---------- ---------- Por otra parte, el antiguo concepto de preferencia de la autoridad paterna en el ejercicio de la patria potestad que consagrara la ley

10.903 al modificar el art. 264, segundo párrafo, del C. Civil –propia del esquema familiar de hace algunos decenios– quedó atrás con al reforma introducida por la ley 23.264, introduciendo el ejercicio compartido, que no hizo sino recoger el papel que la mujer ha asumido en el ámbito de la sociedad y la familia actuales (ver, en este sentido, Bossert-Zannoni, “Régimen legal de filiación y patria potestad – Ley 23.264”, pág. 263 y ss. – Astrea, 1986). Del mismo modo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer justamente menciona que la expresión —discriminación— denotará toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (art. 1°). A su vez —art. 16— obliga a Los Estados partes a adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos los intereses de los hijos serán la consideración primordial, y f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional. En todos los casos, el interés de los hijos será la pauta de consideración primordial para la resolución de los eventuales conflictos que se presenten en esta materia.---------- En síntesis, por encima de todo criterio de autoridad paterna, rige hoy el principio interés “superior” del niño, que se expresa asimismo como pauta de decisión para “poner una valla a las reivindicaciones de los adultos cuando amenazan las necesidades propias del niño. Es decir, alienta la idea de que frente a un conflicto de intereses, se consideran de mayor jerarquía aquellos que permiten la realización plena de los derechos del niño” (conf. Grosman, Cecilia P., “Los derechos del niño y la familia – Discurso y realidad” – pág. 40 – Ed. Universidad, 1998).----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

---------- 7)

Cuestiones omitidas: ----------

En mi opinión, los aspectos que el apelante señala como omitidos en el pronunciamiento no han tenido real gravitación para decidir el tema en conflicto. Bien se ha dicho en este sentido que “los jueces no están obligados a ponderar todas las probanzas producidas en el juicio, ni a seguir a las partes en todas sus alegaciones y argumentos, bastando que se hagan cargo de aquéllos que sean conducentes a la decisión del litigio.” (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación • 03/03/1981 • Lupo, Estrella • LA LEY 1982-B, 102, con nota de Fernando De la Rúa - ED 993, 716 - JA 982-I, 370; id. Corte Suprema de Justicia de la Nación • 20/02/1975 • Compañía General Fabril Financiera S.A. • REVISTA IMPUESTOS, XXXIII-642; id. Corte Suprema de Justicia de la Nación • 24/03/1988 • Schoklender, Sergio M. y otro, causa S, 634-XX • LA LEY 1988-D, 63 - DJ 1988-1, 51 – La Ley Online).----------

---------- En relación al “tiempo muerto” que pasa S. en la guardería, aunque el sentenciante no haya hecho expresa alusión al respecto, es indudable que al analizar las ventajas y desventajas de desplazar a S. de su centro de actividades efectuó una meditada ponderación de todas las actividades extraescolares de la niña, y si nada manifestó al respecto, cabe inferir que no consideró que ese período de transición fuera pernicioso para los intereses de la menor.---------- Por otra parte, no puede sostenerse que la actitud de la madre ante la manifestación del actor acerca de su propósito de inscribir a S. en la escuela “H. ” implicara una tácita admisión, ni mucho menos con efecto vinculante para el caso. Claro está que no se trató de una intimación extrajudicial que obligara a un pronunciamiento en los términos del art. 919 del Código Civil. No se trataba aquí de ninguno de los supuestos en que, conforme a la ley, existiere obligación de explicarse por las relaciones de familia, por lo que mal podría inferirse de su silencio una expresión tácita de la voluntad de consentir esa elección por parte de la demandada.----------

---- En consecuencia, opino que el juez no estaba obligado a tratar estos elementos de juicio en forma expresa, ya que en la consideración general del asunto, atendiendo a los principales factores en juego, ellos carecían de

trascendencia para la decisión del conflicto, por lo que no puede sostenerse que haya existido la omisión de pronunciamiento planteada por el recurrente.----------

--- 8) La demora del trámite judicial – su incidencia para resolver el caso: ---------- La necesidad de una disposición cautelar y la demora provocada por el trámite judicial constituyeron en la especie circunstancias propias del recurso a la heterocomposición judicial para resolver los conflictos que las partes no logran solucionar por sus propios medios. Además, aduce el apelante que esta causa "debió resolverse de modo verbal y actuado", cuando consintió el trámite sumarísimo conferido a estas actuaciones (fs. 45) que, implica el tránsito por las etapas establecidas por la normativa procesal (arts. 87, 98, 122 y conc., Ley 4347 – art. 498, C.P.C.C.), por lo que su queja resulta un tanto desconcertante.---------- Desde otro ángulo, sometida la cuestión a juicio, bien hizo el *a quo* en adoptar *ab initio* una medida transitoria para brindar rápida respuesta jurisdiccional al problema suscitado, pues como lo ha sentado la Corte Suprema de la Nación en situaciones análogas, "en los casos en que se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (Fallos: 324:975 y 327:5210)" - conf. CSJN, Quintana, Norma B., 18/07/2006 – Fallos: 329:2929 – JA. 2006-IV, 564).---------- Por último, es preciso destacar que si bien el sentenciante ha hecho mérito de la inconveniencia de un cambio de colegio a mitad del ciclo lectivo, es preciso aclarar que esta circunstancia no constituyó, en rigor, la motivación principal para denegar el pedido actoral. Como resulta de la reseña ya efectuada, el *a quo* hizo mérito de una serie de razones concomitantes para concluir, en base a dicho cuadro de situación, cuál era la salida más conveniente a los intereses de la menor. De todas ellas, la inevitable prolongación del *statu quo* durante el trámite de la causa sólo ha sido un factor adicional que, a no dudarlo, se suma a los motivos ya analizados en los apartados precedentes. En consecuencia, si bien le asiste razón al apelante en cuanto remarca que dicha demora no justificaría por sí misma mantener la escolaridad en el Instituto "D. B.", se impone puntualizar

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

que la decisión de confirmar lo decidido en la anterior instancia –cual habré de proponerlo al acuerdo– no responde a este motivo, sino a las razones de fondo ya expresadas con anterioridad.----------

---------- **Conclusiones:** ----------

---------- Considero que por encima de las argumentaciones del apelante destinadas a reivindicar sus derecho en orden al ejercicio de la patria potestad, en la especie se ha planteado una controversia entre ambos progenitores que requería la necesaria intervención judicial –solicitada, dicho sea de paso, por el propio demandante- y que en la decisión del caso ha primado, como corresponde, el interés superior de la niña involucrada, sin que ello implicara favorecer la postura de uno u otro litigante.----------

---------- Como bien se ha sostenido, el interés superior del menor es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (SCBA, Ac. 92.267 sent. del 31-10-2007). Así como que “La atención primordial al "interés superior del niño" a que alude el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado. La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para la menor. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño” (SCBA, Ac. 87.832 sent. del 28-7-2004).----------

---

--- Como corolario de todo lo expresado, propondré la confirmación del fallo en lo que ha sido materia de agravios, con costas al apelante (art. 68, C.P.C.C.).----------

---------- De compartirse esta solución, propongo fijar los honorarios de los letrados actuantes en esta sede como sigue: a) para la Dra. H. R. T. , en la suma de $ 180.- y b) para la Dra. S. A. B. , en la suma de $ 170.- (arts. 6, 14, 47 y

conc., Dec.Ley 2.200).---------- Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTION**, el Dr. López Mesa dijo: ---------- Que a fs. 301/313vta. el juez de grado dictó sentencia de mérito en esta causa, siendo rechazada la pretensión entablada por el actor, autorizando a la niña S. S. L. a continuar su ciclo lectivo en el Instituto D. B. de la Ciudad de Rawson e imponiéndole al actor las costas del juicio.---------- --- Que contra dicha sentencia interpone el actor a fs. 315 recursos de apelación y nulidad, los que siendo otorgados en relación y con efecto devolutivo a fs. 316, son fundados en el extenso memorial que luce a fs. 324/342.---------- Respecto del recurso de nulidad, el impugnante manifiesta que la sentencia de grado deviene nula, al decidir una cuestión ajena a la presente litis, lo que se habría producido al autorizar a la niña S. S. L. a continuar su ciclo lectivo en el Instituto D. B. de la ciudad de Rawson; aduce el actor que ello habría vulnerando su derecho de defensa en juicio. Indica que dicha temática no fue articulada en el trámite de la presente acción y su decisión vulnera el debido proceso y el principio de congruencia, resultando el decisorio nulo de nulidad absoluta, al afectar la garantía constitucional de la defensa en juicio.---------- Expone el apelante que no ha podido oponer como defensa la conflictiva situación que vive el Instituto “D. B.”, la cual sin duda afecta la labor educativa, y que no pudo ofrecer la prueba que hace a su derecho para acreditar en juicio las razones de su negativa. Enumera un largo rosario de extremos que dice no haber podido esgrimir en la causa en abono de la alegada situación de crisis del Instituto “D. B.”, la que dice es insostenible, adjuntando unos recortes periodísticos para ilustrarla.---------- Luego afirma que el principio *iura novit curia* autoriza al juez a calificar la acción pero no a cambiarla por otra, por lo que el fallo apelado en su concepto es nulo por violación del principio de congruencia. Apontoca después que el cometido por el juez de grado es un vicio ritual gravísimo, no superable por vía de la apelación.----------

---- En basamento de su recurso, el apelante expone diversos extremos que ha

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

reseñado suficientemente el Dr. Ferrari en su voto, a cuyo racconto me remito por razones de brevedad. Solicita se revoque la sentencia impugnada, con costas.---------- Que corrido traslado del memorial de la actora a su contraria, es respondido por ésta a fs. 345/50, solicitando el rechazo de ambos recursos con costas.---------- De los hechos de la causa surge claro que el desacuerdo planteado en autos está referido a la diferencia de criterio entre los progenitores de la niña S. , respecto de a qué establecimiento educacional debe ella asistir, en el inicio de sus estudios primarios. La madre prefiere el Instituto “D. B.” de la ciudad de Rawson, donde vive la niña, mientras el padre se inclina por la escuela “H. ” de la ciudad de Trelew.---------- Esa es la índole de la disputa dirimida en estos autos, siendo llamativa la alta conflictividad evidenciada en las actuaciones cumplidas en esta causa, que no guardan proporción con la cuestión sub lite, que debió haberse resuelto de manera rápida y sencilla, lo que fue impedido por la complicación de la causa en base a la interposición de peticiones, impugnaciones, recusaciones, una caducidad, nulidades, etc, por parte del progenitor de la niña.---------- Sentado lo anterior, iniciaré sin más el abordaje de las cuestiones traídas a decisión de esta Alzada. Quisiera sí, previamente, dejar claramente establecido que el apelante ha actuado en varios aspectos en franca violación a sus actos propios anteriores; cabe indicar, entre otras contradicciones, que el apelante cuestiona la larga duración de este proceso, cuando ha sido su parte la que multiplicara las incidencias procesales; que es también la actora quien planteara la violación al principio de congruencia, cuando su parte ha solicitado expresamente al juez de grado que resuelva el desacuerdo existente entre los padres sobre a qué escuela enviar a la niña, etc.. No puedo actuar con neutralidad exiológica en estos casos, dejando sin señalar estas contradicciones a una derivación directa y necesaria del principio general de la buena fe, como es la doctrina de los actos propios, que emana sin esfuerzo del principio general contenido en el art. 1198 C.C., que actúa a la manera de un sol que irradia por completo el ordenamiento jurídico argentino---------- Ello aclarado iré directamente al tratamiento del recurso. Razones metodológicas aconsejan analizar en primer término la impugnación atinente a la nulidad del fallo de

grado pues, de prosperar este cuestionamiento, se volvería abstracto dar tratamiento al resto de los agravios.---------- El padre de la menor imputa al juzgador de grado haber incurrido en una demasía decisoria, al exceder –en su criterio- el objeto litigioso planteado por las partes. Anticipo que dicha pretensión es inacogible, tanto procesal como sustancialmente y, por ello, debe ser desestimada.---------- En primer lugar, el planteo que hace el nulidiscente es procesalmente inacogible. Ello, por cuanto “la declaración de nulidad del fallo sólo procede cuando adolece de vicios o defectos de forma que lo descalifican como acto jurisdiccional válido. Es decir cuando se ha pronunciado sin sujeción a los requisitos de tiempo, lugar o forma prescriptos por la ley adjetiva. Los errores "in iudicando", en cambio, pueden ser reparados por medio de los recursos de apelación, hipótesis en que el tribunal de alzada puede examinar los hechos y el derecho con plena jurisdicción” (esta Sala, 14/6/05, "SAIGG, Eduardo c/ LLOYDS BANK s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", registrada bajo el Nº 17 DE 2.005 - SDC.-, voto del Dr. Manino). Lo alegado por el actor apelante no encaja en ese molde. ------- Si no se imputan a la sentencia de grado vicios o defectos de forma o construcción que la descalifiquen como acto jurisdiccional, sino que se ataca el fondo de la decisión, sosteniendo que se ha violado el derecho constitucional de defensa y se ha llegado a una conclusión en extremo grave para la afectada sin elementos suficientes para ello, imputándose un verdadero error "in iudicando" que encuentra solución dentro del ámbito del recurso de apelación, en el que el Tribunal de Alzada puede examinar los hechos y el derecho con plena jurisdicción, deviene improcedente la nulidad pretendida (cfr. Cám. CC 2ª La Plata, Sala 1ª, 17/3/92, “G., M. A. s/ Fuga de Hogar s/ Guarda”, en Juba sum. B250582).---------- 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

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

Rubén c/ Municipalidad de Florencio Varela", en juba sum. B2903267).----- Surge claro de tal modo que, si la sentencia cuestionada hubiera vulnerado el principio de congruencia y, por ese carril, afectado el derecho de defensa del nulidiscente, no sería la vía del recurso de nulidad la pertinente para canalizar tal cuestionamiento.---------- Pero un paso más allá, resulta manifiesto que la alegación del nulidiscente es también sustancialmente inaudible, porque la decisión de grado en modo alguno vulnera o conmueve el principio de congruencia. El actor parece –también en esta materia- adherir a un criterio asaz personal sobre este principio. En su opinión, parece ser que si su parte solicitó una autorización para que la niña fuera a determinado colegio, eso y sólo eso, constituía la materia litigiosa sobre la que podía expedirse válidamente el juez. No se trata de un criterio sustentable en derecho ni en los hechos de esta causa, desafortunadamente para el apelante.---------- Y tan es ello así que a fs. 34 de autos, en el escrito inicial presentado por el actor, bajo el rótulo "Objeto" se lee textualmente que *"Vengo por la presente a peticionar que resuelva V.S. el desacuerdo existente entre ambos progenitores, y autorice el inicio del ciclo lectivo 2008, primer grado, de mi hija S. .... en la escuela H. de la ciudad de Trelew, donde ha sido inscripta con fecha 23 de Octubre de 2007. La autorización solicitada se funda en vía prevista por el art. 264 ter del Código Civil al existir desacuerdo porque la madre Sra. E. G. L., con domicilio.... con posterioridad procedió a inscribir a nuestra hija en el Instituto D. B. de la Ciudad de Rawson, sin tener mi autorización ni conformidad"*.---------- A la luz de tan concreta petición es llamativa la alegación posterior, introducida en los agravios, de violación del principio de congruencia. A mi ver, conforme la petición contenida en el pórtico del escrito inicial del actor, y bajo el rótulo de "Objeto" fue el propio actor quien habilitó al juzgador a pronunciarse sobre a qué escuela debía ir la niña, hija del matrimonio. No otra cosa puede concluirse cuando el actor pide expresamente al juez de grado que "***resuelva V.S. el desacuerdo existente entre ambos progenitores"***, identificando luego en qué consistía tal desacuerdo, explicitando que la niña había sido inscripta en dos escuelas diferentes, cada una por uno de sus padres, siendo en tal caso la petición de que

“autorice el inicio del ciclo lectivo 2008, primer grado, de mi hija S. .... en la escuela H. de la ciudad de Trelew”, una especie del género ***resolución del desacuerdo existente entre ambos progenitores,*** inicialmente solicitada por el actor antes de tal autorización.---------- Fue la mano del propio actor la que introdujo en ese escrito inicial la petición genérica de resolver el desacuerdo, con anterioridad incluso a la solicitud específica de autorizar a que la menor concurra a la escuela H. . Ello así, no puede ahora el actor, sin contrariar de sus propios actos anteriores, quejarse de que se ha violado el principio de congruencia, cuando su propia petición no sóo habilitó al juez a resolver el desacuerdo, sino que lo pidió expresamente.---------- El juez al inclinarse por una de las dos escuelas en que la menor había sido inscripta, lo que el actor incluso le informó a fs. 34 expresamente, no ha vulnerado en modo alguno el principio de congruencia, lo que así debe declararse, rechazándose sin más la alegación en contrario, al carecer la misma de todo sustento en hechos de esta causa y en derecho aplicable al caso.---------- Por otra parte, los términos en que el actor introduce la cuestión de la violación del principio de congruencia, hacen 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.---------- Cuadra poner de resalto 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

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

reclamo desmedido (cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón”, Editorial Trotta, 2ª edic., Madrid, 1997, pp. 135, 136 y 183, nota 30). ---------- 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.---------- El actor olvida 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.---------- Es así que, sustancialmente tampoco es acogible la pretensión del actor que aquí analizo. Ello, por cuanto, 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.---------- El actor pretende comportarse –aún cuando manifiesta lo contrario- con el absolutismo de un pater familias romano en lo sustancial, y como un litigante medieval en una liza dispositiva clásica. Ambos extremos son inaceptables, porque no estamos ni en Roma ni en el medioevo ni, finalmente, en una temática civil y comercial ordinaria en la que imperen en estado puro las formas del rito clásico y sus principales columnas de sustentación, el principio dispositivo y el de congruencia.----------

------- 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 familla", en Recueil Dalloz 1993, sec. Chroniques, p. 259).---------- Evidentemente el actor no ha registrado 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. 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).------- Concretamente el actor parece no haber entendido que el principio de congruencia en 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

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

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.---------- Bien se ha dicho que el juez tiene la autoridad legítima para tomar las decisiones relativas a la educación de un niño que mejor se compadezcan con el interés de éste, incluso en contra de la opinión de ambos padres, como ocurrió en un caso francés que anota Nathalie DESCAMPS (cfr. DESCAMPS, Nathalie "Prérogatives résultant de lexercice de lautorité parentale : choix de létablissement scolaire et intérêt de lenfant", en Recueil Dalloz 1992, sec. Sommaires commentés, p. 64). Felizmente no hace falta llegar tan lejos en este caso. ---------- Y, 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).---------- Y por si alguna duda quedara, que no queda, la Convención de los derechos del niño, que establece el derecho de éstos a ser oídos y su recepción en el art. 3 y cctes. de la ley 26061, pueden juzgarse utilizando una aguda expresión del Prof. Yves BENHAMOU quien dijera que "Este instrumento internacional no hace más que poner en ejercicio en su art. 12, premisas de una nueva ciudadanía, el derecho de expresión del niño quién ahora cada vez que es dotado de un discernimiento suficiente debe ser oído, entendido y defendido en todos los procedimientos contenciosos o administrativos que le conciernan" (BENHAMOU, Yves, « Réflexions en vue dune meilleure défense en justice de lenfant », en Recueil Dalloz 1993, sec. Chroniques, p. 103).---------- Si ello es así, ¿dónde estaría el grave vicio que el apelante denuncia airadamente? A estas alturas la declamada violación del principio de congruencia en autos se ha desdibujado fatalmente.---------- Resulta menester ahora recordar una frase pronunciada por el profesor español Ignacio GUTIÉRREZ ALVIS y ARMARIO, quien ha dicho que el proceso es un arma de dos filos, que sirve tanto al que tiene razón como al que simula tenerla, al que busca justicia y al que dilata malamente el trámite (GUTIÉRREZ ALVIS y ARMARIO, Ignacio, "Derecho Procesal Civil", Zaragoza, España, 1978, pp. 23 y ss.).---------- Por tanto 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

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

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. En autos, el actor ha infringido reiteradamente ese límite con sus idas y venidas, con sus incidencias, sus contramarchas, sus pretensiones en muchos casos contrarias a la ley vigente o a la Constitución. Y, si bien comprendo que el carácter de padre ha confundido o nublado al abogado que actúa como actor, no puedo dejar de remarcar que el Dr. S. , en ambos caracteres –como padre y letrado- ha convertido esta litis en un laberinto, del que es necesario salir aquí y ahora, en primer término con la declaración del carácter manifiestamente inconducente de su recurso de nulidad, el que debe rechazarse..---------- Por tales argumentos y los dados por el Dr. Ferrari en su voto, concuerdo con su propuesta de rechazar la nulidad planteada por el actor de autos.---------- Dejando atrás la temática nulidiscente articulada, pasaré a analizar la apelación deducida por el actor, por lo que pasaré revista y daré tratamiento a sus agravios.------ Comenzaré por tratar el cuestionamiento de que el fallo de grado no ponderó debidamente la supremacía educativa de la escuela “H. ”, por sobre el Instituto “D. B.”. Soy de la opinión que este agravio no resiste no ya un análisis serio sino ni siquiera una lectura detenida de la sentencia apelada. ---------- Si el actor se hubiera parado a analizar con cuidado la sentencia que atacó innecesariamente en varios aspectos, especialmente en este, habría advertido que expresamente el Sr. Juez de grado acepta a fs. 307vta, cuarto párrafo que “encuentro en esta instancia que el proyecto educativo que ofrece la escuela H. merece que se lo califique objetivamente como superior al del instituto D. B.”, continuando posteriormente el juez en las fojas siguientes, hasta fs. 308vta. encomiando las bondades de la escuela H. , pasando revista a las mismas y teniendo por

probada su superioridad educativa frente al otro colegio involucrado en el caso.---------- Lo que ocurre es que, luego de ello, el magistrado de primera instancia, correctamente manifiesta que la decisión a tomarse en esta causa no puede ni debe basarse únicamente en el mero cotejo de las calidades educativas de una y otra escuela; aun cuando ello sea un factor trascendente. Otros factores adquieren importancia para la correcta resolución de ese caso, lo que no implica que ni el juez de grado ni yo cuestionemos o soslayemos el proyecto educativo de la escuela “H. ”, ni sus méritos, que los tiene y le han sido reconocidos. ---------- Sin embargo, soy de la opinión –y esto es estrictamente personal- que una institución, para ser juzgada atinada y correctamente, requiere de cierta trayectoria y perdurabilidad en su desempeño, lo que le confiere estabilidad a sus éxitos y perfiles, como para poder juzgarla con algo más tangible que sus objetivos y búsquedas, que pueden truncarse luego de un tiempo, aún con las mejores intenciones y máximos esfuerzos. La estabilidad y la persistencia en un rumbo, para muchos, resultan superiores a las innovaciones, algunas veces, ciertamente connotativas de importantes riesgos.---------- Bajo ese criterio, enviar a la niña a una escuela recién iniciada, con una matrícula ciertamente muy limitada, podría ser tildado de prematuro y hasta de aventurado, pues un emprendimiento tan innovador y reciente carece de bases que aseguren el desenvolvimiento estable del establecimiento y su perdurabilidad en el tiempo. Pero, felizmente, no hace falta pronunciarse sobre estos aspectos, puesto que aún reconociendo la superioridad de la escuela H. , aún así, el criterio correcto es el marcado por el juez de grado, al existir otros intereses en juego, los que tienen prevalencia sobre las bondades que pudiera tener la escuela elegida por el padre, llamativamente sin tener él o su familia raíces étnicas galesas ni una aproximación comprobable a esa cultura, que torne más explicable tanto ahínco de su parte.---------- Como sea, al no haber sido cuestionada por el juez de grado, sino por el contrario, tenida por probada la superioridad educativa de la escuela H. , carece de agravio el actor en este punto, debiendo rechazarse este primer agravio, al no haber tenido incidencia sobre la decisión apelada.----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

---------- Otro agravio del apelante se basa en que la sentencia de grado se habría basado para decidir el tema sub discussio en la opinión de su hija, menor sin discernimiento. Este agravio vuelve a significar un serio conflicto con actos y manifestaciones propias anteriores del actor, hallándose éste nuevamente en contra de la doctrina de los actos propios, que por reiteradamente acogida por esta Sala me abstendré de explicitar en sus alcances. Baste referir para marcar el contraste entre los agravios y la demanda iniciada por el actor que en esta última señaló en apoyo de su solicitud de autorización, la opinión de su hija sobre este asunto, relatando que ella le habría dicho de manera espontánea "papi, yo quiero ir a la escuela galesa..." (cfr. fs. 39). Manifiesta es la contradicción de quien primero basa en los supuestos deseos de su hija su solicitud y luego pretende que éstos sean desoídos, cuando la niña ha tenido ocasión de manifestarse libremente ante las autoridades judiciales y lo ha hecho sin el menor asomo de duda en contra del parecer de su padre.----------

---------- Haciendo ello a un lado por un momento, aún así el agravio sería inacogible, pues no puede soslayar el actor, dado su carácter de abogado, que el art. 27 de la ley 26061 establece que *"Los organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:* ---------- *a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;*----------

b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;…----------

------- *d) A participar activamente en todo el procedimiento*;…".----------

---------- Si la niña tiene derecho a ser oída, a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta y a participar activamente en todo el procedimiento que atañe a derechos suyos, ¿cómo puede el padre cuestionar que su voluntad haya sido tenida en cuenta?¿cuáles son las normas que apoyan o basamentan una oposición así? Nuevamente nos encontramos en esta temática ante una

actitud ultramontana del actor, que no se compadece con los textos legales vigentes y que, por si fuera poco, contraviene sus propios actos anteriores.---------- Indudablemente el juez tenía el deber de escuchar a la niña y de tener en cuenta sus manifestaciones, a tenor de la Convención de los derechos del niño (GOUTTENOIRE, Adeline - BRUNET, Laurence, “Droits de lenfant”, en Recueil Dalloz, Número del 13 de Septiembre de 2007, p. 2197) y las normas jurídicas nacionales que la han receptado.---------- Por otra parte, en ningún segmento de la sentencia apelada surge que la opinión de la niña haya sido ni la base ni la columna de apoyo del pronunciamiento, ni tampoco que ella haya desplazado a otros factores trascendentes para la toma de la decisión; antes bien, dicha opinión se encolumna o refuerza otros factores que militan en pro de la conveniencia de que la niña siga en la escuela del lugar donde vive, en vez de realizar peregrinajes diarios a una ciudad vecina, distante a varios kilómetros para asistir a una escuela nueva.---------- --- De tal manera, la predilección de la niña en favor de continuar cursando estudios en el colegio “D. B.” fue un elemento más tenido en cuenta por el juez a quo al momento de resolver y no ha sido el único ni el decisivo, careciendo de razón las afirmaciones del apelante en sentido contrario, debiendo rechazarse su agravio por ser el mismo inaudible sustancialmente, a tenor de sus manifestaciones anteriores.---------- Coincido de tal modo con el parecer del Dr. Ferrari sobre que oír a la menor y tener en cuenta su opinión por parte de los sentenciantes –tanto de grado como de alzada-, además de ser un deber legal y por tanto una práctica legítima, ha sido además prudentemente ejercitado por el juez de grado, sin apreciarse agravio alguno al interés del apelante, por lo que comparto la propuesta del colega preopinante a favor de la desestimación de este agravio.---------- Luego el apelante cuestiona que el fallo de grado ha tenido en cuenta el “centro de vida” de S. y que se considere que el mismo es la Ciudad de Rawson y no la zona de Rawson-Trelew-Playa Unión, a su juicio un conglomerado urbano único.----- Creo menester en este estado realizar una consideración previa a tratar este agravio. La cuestión sub lite tiene por eje o cuestión axial la determinación del interés superior de la

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

menor S. , hija de ambas partes de autos. A esta litis se aplica por sobre todas las normas la ley 26061, cuyo art. 3 dispone –en lo que aquí interesa- que *"A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.... Debiéndose respetar:...f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia".*---------- Respecto de dicho interés superior del niño adscribo al criterio de que "nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, que 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" (Cilero Bruñol, Miguel, "El interés del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en autores varios, "Infancia, Ley y Democracia en América Latina", p. 77) (C. Nac. Casación Penal, Sala 3ª, 11/12/2007, "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ recurso de casación" (causa n° 7537), registrada al Nro. 1749/07, voto de la Dra. Angela Ester Ledesma, al que adhirieron los Dres. Tragant y Righi, transcripta en LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, Tomo V, p. 1099).---------- No tengo dudas, pues, de que el desplazamiento diario de S. a otra ciudad –con abstracción de otros hipotéticos beneficios o perjuicios– implicaría alejarla de su medio social y afectivo habituales y someterla a una serie de presiones y exigencias, tanto síquicas, como de tiempo y esfuerzo, desmedidas para los beneficios que se busca obtener. Ello sumado a la gran inestabilidad que el esquema educativo propuesto por el padre conllevaría, al depender la niña de que la lleven y la traigan a lo largo de muchos kilómetros y durante toda su escolaridad.---------- Y además, adscribo al criterio de la Corte de Casación francesa sobre que las decisiones que implican cambios trascendentes en la vida de niños y menores deben ser tomadas con toda prudencia y evaluadas suficientemente las ventajas del

cambio antes de decidirlo (Corte de Casación, 2ª Sala civ., 25 de Mayo de 1993, en Recueil Dalloz 1993, sec. Informations rapides, p. 163).---------- Conceder la autorización pedida por el padre obligaría a la niña no sólo a ir diariamente a un colegio distante a 22 km de su centro de vida, sino que la obligaría también a todas las actividades que la escolaridad conlleva, si no necesariamente, sí en la práctica; entre ellas, asistir a cumpleaños de sus compañeritos de curso, a actividades extracurriculares, a aceptar –o rechazar- invitaciones de amiguitos a sus casas, o verse privada de participar de una faceta social tan importante para una niña en edad escolar como integrarse con amiguitos del colegio fuera de clases, en actividades recreativas, ver televisión, tomar la leche, etc. Toda esa importante faceta social que se cumple no en la escuela ni en horario escolar, pero sí vinculada a ella. ---------- Admitir que la niña concurra a una escuela tan distante de su casa insumiría mucho más tiempo y esfuerzo del que afirma el padre, tanto para ella, como para su padre. Y, pensando en la sustentabilidad del esquema propuesto por el progenitor, para que la niña se socialice con amigos y compañeros de escuela, que en su mayoría vivirán más cerca de la escuela que ella se requeriría que el padre haga un esfuerzo descomunal para traerla y llevarla o que la niña permanezca largas horas intermedias en la ciudad de Trelew, aguardando hasta la hora de determinada actividad o invitación. Si bien es cierto que es encomiable el entusiasmo del padre en transportar a su hija durante toda su escolaridad, también lo es que este tipo de entusiasmos normalmente decae con el paso del tiempo, a la par que se van acumulando ocupaciones insatisfechas, mayores exigencias laborales, etc. Por tal motivo, interpreto que es este también un factor que conspira contra la visión idealizada que propone el padre sobre el esquema educativo de su preferencia, sin reparar o soslayando los importantes límites y complicaciones prácticas que el mismo lleva implícito.---------- Y tengo claro que el centro de vida de la niña no es un radio de 25 kilómetros de su casa como propone el padre, sino un círculo bastante más pequeño, cuyo radio no excede lo necesario para que la niña concurra a una escuela cercana a su casa, que interactúe con amiguitos del barrio, con compañeritos de la escuela, etc. Centro de vida es ese, lo demás son declamaciones que carecen de todo

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

sustento, como no sea en la voluntad del padre.---------- Y ese centro de vida, con la casa donde vive con su madre como eje y la escuela a la que concurre como radio máximo de circunsferencia debe ser respetado, a tenor de lo dispuesto por el art. 3.f) de la ley 26.061.---------- A mérito de todo ello opino que el agravio referido al alegado desacierto de la aplicación de este concepto vertido en el fallo también merece ser desestimado, y así lo dejo propuesto.---------- Luego el actor expone otro agravio que implica –cuando no- otra clara contravención con sus actos propios anteriores, al cuestionar que la sentencia apelada implica una intromisión judicial en el ejercicio de la patria potestad por parte de él, cuando fue su parte la que solicitó que el juez de grado resuelva el desacuerdo existente entre los padres sobre la educación de la hija. Quien se presenta en sede judicial a requerir un pronunciamiento para zanjar un desacuerdo, no puede luego cuestionar que se lo resuelva en perjuicio suyo, lo que constituye lógicamente una de las posibles alternativas ab initio admisibles, a tenor de lo dispuesto por el art. 264 ter C.C.---------- Además, este agravio colisiona de lleno con lo dispuesto por el art. 264 ter del Código Civil, el que dispone textualmente que *“En caso de desacuerdo entre el padre y la madre, cualquiera de ellos podrá* ***acudir al juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo,*** *por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del Ministerio Pupilar. El juez, podrá, aun de oficio, requerir toda la información que considere necesaria, y oír al menor, si éste tuviese suficiente juicio, y las circunstancias lo aconsejaren... ”*.---------- Si una vez convocado a resolver un desacuerdo por los padres del menor, el juez está expresamente facultado por la norma a resolver lo más conveniente para el interés del hijo, directamente el agravio es ya no solo improcedente sino contrario a derecho, lo que automáticamente sella su suerte.---------- Por otra parte, como bien se resolviera en un precedente, 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, 11/12/2007, “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/recurso de casación” (causa n° 7537), registrada al Nro. 1749/07, voto de la Dra. Angela Ester Ledesma, al que adhirieron los Dres. Tragant y Righi, sentencia transcripta en LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia”, cit, Tomo V, p. 1098).---------- En tal situación, no cabe otra solución que el rechazo del agravio, el que directamente no debió haber sido propuesto por el apelante, abogado a la sazón.------- Y, como una especie de muestra, de que los desaciertos se han venido potenciando en el proceso de autos y en el escrito de expresión de agravios, llegamos a un agravio que directamente no es sólo contrario a la ley y a la Constitución vigente como los anteriores, sino que –además- es discriminatorio. El actor apelante manifiesta que la sentencia en crisis no ha tenido en cuenta en autos la opinión más calificada del padre en autos, respecto de la de la madre. --------- El recurrente afirma que su condición de Profesor de Filosofía y Ciencias de la Educación, le asigna una particular capacitación que le brinda una ventaja respecto de la madre para decidir la mejor alternativa respecto de la educación de la hija de ambos. Como primera medida debe decirse que tal situación de superioridad no está probada en autos, y surge ella sólo de las manifestaciones del actor, que reivindica para sí una particular e intensísima capacidad cognitiva y de apreciación en esta materia, la que le niega enfáticamente a la madre de la niña..------ El primer problema para el andamiento de este agravio es que las manifestaciones de parte prueban en contra pero no a favor de quien las emite, con lo que no puede tenerse por acreditada dicha supuesta superioridad por los dichos de quien se cree superior a otros. Tristes páginas de la historia de este país se han escrito por la mano de quienes reclamaban para sí mismos este tipo de superioridades; algo debemos haber aprendido de tales errores.---------- Pero, además, admitir la pretensión del actor implicaría hacer tabla rasa con todo el proceso de equiparación de derechos y obligaciones de ambos sexos, que en el derecho argentino comenzó con el dictado de la ley 11357 y siguió hasta nuestros días, jalonado por la sanción de importantes leyes, como la Ley 24632, que aprueba la llamada "Convención de Belem do Pará", cuyo

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

art. 5 establece que *"Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos"* y cuyo art. 6 reconoce a toda mujer, entre otros: *"a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación"*.---------- Si a ello se suma las disposiciones de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de rango constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.), analizada por el Dr. Ferrari, y si se tiene en cuenta que desde mediados de la década de 1980 en nuestro país, a tenor de la ley vigente (ley 23264), el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos es conjunto entre ambos padres, se tiene un panorama de lo indefendible y hasta discriminatorio de la afirmación del actor sobre su superioridad sobre la madre de la niña para decidir sobre la educación de ésta, cualquiera sea su condición o título formativo. Por otra parte, la madre de la menor, también es abogada y docente, lo que tampoco permite tenerla en menos o poner en duda sus aptitudes y capacidades de tomar decisiones o apreciar las necesidades de su hija, como intenta de rondón el actor.---------- Por otra parte, el argumento sobre la injerencia judicial en la patria potestad es curioso, planteado por quien pidió a la propia autoridad judicial que resuelva del desacuerdo existente entre ambos padres (cfr. Fs. 34 de autos).---------- Además, en caso de permitirle esgrimir dicho argumento y sumar al mismo su declamada "superioridad" sobre la madre, ello implicaría reconocerle al padre de la menor facultades prácticamente ilimitadas e irrevisables judicialmente para tomar decisiones concernientes a su hija, lo que resulta todo un despropósito, al colisionar de lleno contra todo el bloque de legalidad vigente, que establece exactamente lo contrario a lo alegado por el actor, esto es, que la patria potestad se ejerce de consuno entre los padres y que no puede discriminarse a la madre, cayéndose en estereotipos culturales como los que intenta esgrimir aquí el apelante.----------

---------- La afirmación del apelante de que la decisión tomada por el a quo implica la consiguiente “desobediencia” de la hija a la voluntad del progenitor ni siquiera sería aceptable a un padre profano, pero lo es menos colocada en boca de un abogado, que además reivindica para sí una superioridad casi absoluta, expresándose ora con suficiencia, ora menoscabando a la madre de la niña, al juez de grado, a un prestigioso colegio de esta zona, etc.---------- ------- El actor reivindica para sí el concepto de preferencia de la autoridad paterna en el ejercicio de la patria potestad; llama la atención que un abogado no esté en conocimiento que dicho concepto, consagrado antiguamente por la ley 10.903, ha dejado de tener toda incidencia en el derecho argentino, en primer lugar con la reforma del art. 264 del C. Civil por ley 23264, y más terminantemente todavía, con la derogación de la ley 10.903, producida con la sanción de la ley 26.061.--------- Ello así, el criterio de autoridad paterna que alega el actor ha dejado de ser un principio en el derecho argentino y ha dejado de serlo a tal punto que hoy reivindicarlo implica agraviar las normas de parificación de derechos y situación de la mujer y el hombre ya referidas. Aunque el actor no lo acepte nuestro país se encolumna desde hace largos años en la senda que sigue el derecho moderno de ejercicio conjunto de la patria potestad entre los padres (cfr. FULCHIRON, Hugues - GOUTTENOIRE-CORNUT, Adeline, “Réformes législatives et permanence des pratiques : à propos de la généralisation de lexercice en commun de lautorité parentale par la loi du 8 janvier 1993”, en Recueil Dalloz 1997, sec. Chroniques, p. 363).---------- Además de ello, tal antiguo principio de la supremacía paterna -ya borrado de nuestra legislación por la derogación completa de la norma que lo contenía- no podría contraponerse al principio de respeto del interés superior del niño, establecido en el art. 3 de la ley 26061, y que sirve de eje para resolver cuestiones atinentes a menores encuadrables en esta última ley.---------- Otro agravio del actor es que se ha negado a su hija el derecho a recibir educación según las posibilidades económicas del padre. El actor parece centrar su análisis sobre un enfoque crematístico, descuidando su postura otros importantes aspectos, como la faz sensible de la niña, la satisfacción de sus necesidades de socialización, de recreación con sus

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

amiguitas, de integración a un grupo a través de relaciones sustentables, etc.---------- --- El actor confunde una educación más cara con una educación mejor, lo que no siempre es así. Además, en este caso, existe un grave inconveniente que es que no solamente debe tenerse en cuenta la mejor propuesta educativa entre los dos colegios, sino otro género de elementos, como la integración de la niña a un grupo sustentable de afectos, su centro de vida, etc., aspectos que ya he desarrollado infra.---------- ---

Además de ello, el factor de la potencia económica del padre, que aduce descuidado el apelante en el decisorio de grado, no puede ser una herramienta para hacer a un lado o ensordinar el eje de decisión de todo asunto en que intervengan menores, que es el interés superior del niño. En todo caso, la potencia o poderío económico del padre, que nadie ha cuestionado en esta causa, no puede oponerse al interés superior del niño, porque el primer elemento está subordinado al último.---- Se halla en autos fuera de todo cuestionamiento que el actor cuenta con los recursos patrimoniales necesarios para mandar a su hija a la escuela H. . Pero ese no es el punto a resolver y no es ésta ni siquiera una cuestión de gran importancia para la resolución que se tome. Aquí lo genuinamente importante es tomar la mejor decisión para el presente y futuro de S. , decisión que no debe ser adoptada sobre la base de generalizaciones o idealizaciones sino sobre datos concretos y tangibles colectados en la causa. ---------- Concuerdo con el Dr. Ferrari sobre que las aspiraciones y posibilidades económicas del padre deben ser hechas a un lado, en consideración al genuino y superior interés de su hija, que la decisión de grado ha sabido interpretar y que el apelante no ha podido desvirtuar, pese a los adjetivos –muchas veces innecesarios o excesivos- que desliza en sus agravios.---------- El siguiente agravio finca sobre la omisión de tratamiento en la sentencia de grado de diversas cuestiones planteadas por el padre. Visto el recurso, la sentencia apelada y las constancias de la causa, entiendo que los aspectos presuntamente omitidos por el a quo, carecieron de verdadera incidencia en la decisión apelada. El presunto tácito consentimiento de la madre no merece que se lo trate, porque esta alegación constituye un nuevo episodio de intento de ejercicio

manu militari de poderes paternos, que la madre no tenía por qué cuestionar airadamente, no siendo su silencio equivalente a una convalidación o consentimiento de lo actuado de hecho por el padre.----------

--- En las relaciones paterno-filiales, tal y como están actualmente reguladas en nuestro sistema legal, el consentimiento tácito de uno de los padres no puede servir para convalidar el ejercicio destemplado o excesivo de facultades por el otro progenitor. La regla del art. 919 del Código Civil no puede ser invocada en este caso, amén de que tampoco encuadraría el tópico que nos ocupa en ninguno de los supuestos de esa norma; ello así, pues la mención de las "relaciones de familia" que contiene tal regla no tiene incidencia aquí, al aplicarse a otros supuestos.---------- Una mínima consideración de que el art. 919 es original del Código redactado por Vélez, en el que el padre sí tenía una incidencia definitoria en las cuestiones concernientes a sus hijos y no necesitaba anuencia de su esposa, sobre la cual tenía una especie de tutela, hace ver que no es a supuestos como el que nos ocupa a los que se refiere esa norma, pues al momento de su sanción hubiera resultado risible que se sostuviera que el padre debía consensuar con la madre del menor cuestiones atinentes a la educación de éste. Desde allí hasta nuestros días han evolucionado muchos las costumbres, las tendencias y criterios sociales y la legislación vigente en la materia. ----------

- Y desde hace muchos años la regla en esta materia es el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos padres. Todo lo que sea ejercicio individual de facultades conjuntas, debe contar con un consentimiento expreso y no tácito, máxime en el supuesto de decisiones que tienen trascendencia y perdurabilidad en la vida del niño, tales como el ejercicio de ciertos ritos religiosos que implican la adscripción del niño a una religión (al respecto vid. el magnífico trabajo de DUVERT, Cyrille, "Autorité parentale et circoncision rituelle", en Recueil Dalloz, t. 2001, sec. Jurisprudente, p. 1585), la elección de su nombre, la elección de su educación, de su domicilio o residencia (cfr. BLARY-CLÉMENT, Edith, "Conséquences du divorce : fixation de la résidence des enfants et exercice en commun de lautorité parentale", en Recueil Dalloz 1996, sec. Sommaires commentés, p. 235).----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

---------- En estas materias no hay consentimiento tácito válido. A lo sumo puede haber incidencia de facta concludentia -hechos concluyentes- del otro progenitor que atesten implícitamente, pero de modo indudable, su conformidad con lo actuado por el padre.---------- Pero el silencio no implica aquí consentimiento ni convalidación. Que no lo haya dicho el juez de grado expresamente no implica que se haya omitido tratar una cuestión que socave su pronunciamiento, porque se trata de una cuestión obvia, excepto para el recurrente.---------- Respecto de decisiones que deben ser tomadas en conjunto por dos personas, que una actúe de hecho sin requerir el consentimiento de la otra no puede llevar a considerar que el silencio de ésta implique convalidación de lo actuado unilateralmente. En un caso, la Corte de Casación francesa, no le reprochó a la madre que hubiera ejercido unilateralmente actos y tomado decisiones sobre la educación de una niña, pero se trataba de un caso distinto al de autos, dado que allí los padres estaban divorciados, pero la madre había ejercido en exclusividad la autoridad sobre su hija durante seis años, y el padre se había desentendido durante ese tiempo de la suerte de la criatura y no se juzgó establecido que el padre hubiera dado prueba de aptitudes educativas conciliables con las iniciativas y las tareas aseguradas por la madre en interés la niña (cfr. Corte de Casación francesa, 2ª Sala civ., sentencia del 27 de Enero de 2000, causa N° 96-11.410 (n° 94 P), publicada en Recueil Dalloz 2000, sec. Informations rapides, p. 96).---------- Además de todo lo expuesto, se aplica a este caso el criterio de que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones sino a tomar en cuenta sólo aquellas que estimen conducentes para la mejor solución del litigio (CNTrab., Sala I, 30/3/01, “Duarte Falcón, Oscar R. c. Indugraf S.A.”, DT 2001-B, 1685; ídem, 30/11/99, “Corzo, César J. c. Ricci, Alberto R. y otro”, DT 2000-B, 1817; ídem, Sala VIII, 31/10/94, “Segura, Floro O. c. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, DT 1995-A, 947; 9/5/93, “Morales, María I. c. Curtiembre Los Cabritos S. A.”, DT 1994-A, 637; Cám. Fed. de Mendoza, Sala A, 27/11/96, “Montesino, Segundino c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, La Ley 1998-C, 943; CN Penal Econ., Sala I, 27/3/84, “Guerrero de Louge, Susana E. T.”, La Ley 1984-

D, 186 y DJ 1985-1, 281; CNCiv., Sala D, 18/8/83, “Roitman, Mario y otro c. Otero, Alberto”, en LL online).----------

--- En cuanto a los tiempos muertos que pasa la niña en la guardería, ellos han sido parte, aunque no se lo haya expresado, de una evaluación de diversos factores, en la que al evaluarse ventajas y desventajas de cada una de las dos opciones, se ha concluido en la instancia de grado –a mi juicio con acierto- que aún con esas pausas, en las que la niña tampoco está sola sino en compañía de otros niños y bajo la supervisión de docentes, esa alternativa es mejor que autorizar el traslado diario de la menor a largas distancias de su casa. En la opción elegida por el juez, de las dos posibles, este tema está implícitamente resuelto, pese a no haber sido explicitado, lo que tampoco era necesario. --------

--- De tal modo, el agravio es también inadmisible, puesto que en primer lugar no existe perjuicio alguno para el apelante en que no se haya tratado expresamente ambos tópicos, vista la inviabilidad sustancial de ambos planteos, y a la vez dado que el juez no estaba obligado a considerar estos elementos de juicio en forma expresa, pues ellos son carentes de gravitación para la correcta resolución del sub lite, ante lo cual la eventual omisión de pronunciamiento planteada por el recurrente, que bien puede verse como un pronunciamiento implícito, al tomar decisiones que lo involucran necesariamente, carece de sustancialidad.---------- Por último, el actor apelante cuestiona la excesiva demora del trámite judicial. Como primera apostilla debo decir que su parte no ha contribuido precisamente a la rápida solución del conflicto, planteando multitud de incidencias y todo género de recursos, que no han permitido una solución fácil ni pronta de esta cuestión. ------- Pero dejando ello a un lado, el tiempo que ha insumido resolver correctamente esta causa es la lógica consecuencia de la complejidad de las cuestiones introducidas por el apelante durante toda la litis, su insistencia con diversas cuestiones, su empecinamiento con otras, la abundante prueba que ha traído, y los tiempos –no fácilmente reducibles, pese a la mejor voluntad de la magistratura- que la resolución judicial de un conflicto -que nunca debió llegar a estos extremos- requiere.----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

------- El apelante afirma llamativamente que esta causa debió resolverse de modo verbal y actuado, cuando fue su parte la que planteó incidencias y pretensiones que desbordaban largamente ese simple marco procesal, pensado para supuestos más sencillos de resolver que el grave litigio y falta de diálogo constructivo entre los padres que esta causa trasunta. Por otra parte, el apelante consintió el trámite sumarísimo conferido a estas actuaciones a fs. 45, lo que quita todo sustento a este agravio e implicaba necesariamente el paso por etapas establecidas por la normativa procesal aplicable al caso (arts. 87, 98, 122 y conc., Ley 4347 – art. 498, C.P.C.C.). Nuevamente aquí me encuentro tratando un agravio que los actos propios anteriores del apelante han despojado de sustantividad, lo que evidentemente su parte no registra, insistiendo con planteos carentes de toda posibilidad de andamiento.---------- --- En cuanto a que la demora del trámite estaría, de costado, induciendo el mantenimiento del statu quo, por la inconveniencia del cambio de colegio de la niña a mitad del ciclo lectivo, tal cuestión no ha incidido en primera instancia, ni aquí, en la decisión tomada.---------- Es claro y patente que la prolongación de la asistencia de la niña al Colegio D. B., durante el trámite de la causa –no me parece correcto hablar aquí de demora- no constituye una causa justificatoria in se ipsa para tornar dicha situación en definitiva. Pero, si no entendí mal de la lectura de la sentencia, ello en modo alguno fue tenido en cuenta para resolver, y sí en cambio se consideraron las ventajas que para la niña tenía mantener permanentemente la actual situación, de lejos la más conveniente, también a mi juicio.---------- En tal situación, también este agravio debe ser rechazado, al ser desenfocado y carente de virtualidad en autos.----------

--- Ello así, y de acuerdo a lo expuesto supra, coincido con la propuesta del Dr. Ferrari sobre la pertinencia de confirmar el fallo apelado en cuanto ha sido materia de agravios, con costas al apelante (art. 68 C.P.C.C.). Procede también la fijación de los honorarios de la Dra. H. R. T. , en la suma de $ 180. y de la Dra. S. A. B. , en la suma de $ 170 (arts. 6, 14, 47 y cctes. Ley 2.200).---------- Por las razones expuestas, a esta cuestión, voto por la AFIRMATIVA.---------- ---

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN,** el Dr. Ferrari expresó: ----------
------- En vista del acuerdo arribado precedentemente, corresponderá por tanto: I) CONFIRMAR el decisorio apelado en todo cuanto ha sido materia de agravios. II) Con costas en la Alzada a la parte apelante, fijándose los honorarios de los letrados actuantes en esta sede como sigue: a) para la Dra. H. R. T. , en la suma de $ 180.- y b) para la Dra. S. A. B. , en la suma de $ 170.----
---------- Así lo voto.----------
---------- **A LA SEGUNDA CUESTION**, el Dr. López Mesa , dijo:----------

--- En virtud de existir coincidencia con el voto del colega preopinante, corresponde en autos disponer la confirmación del fallo apelado, en cuanto ha sido materia de recurso y agravios, imponiendo las costas de Alzada al apelante. Corresponderá asimismo, determinar los siguientes honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia: 1) para la Dra. H. R. T. , en la suma de $ 180.- y 2) para la Dra. S. A. B. , en la suma de $ 170.----------
Tal mi voto.----------

--- Con lo que se dio por terminado el acto, dejándose constancia que la presente sentencia se dicta por dos miembros del Tribunal por encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Carlos A. Velázquez al efectuarse el sorteo para el estudio de la causa (art. 8 Ley 1130, To. Ley 4550).----------
----

--- Trelew, 18 de setiembre de 2008.----------
------- 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 el fallo apelado, en cuanto ha sido materia de recurso y agravios;

--- IMPONER las costas de Alzada al apelante.----------
------- REGULAR los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia: 1) para la Dra. H. R. T. , en la suma de $ 180.- y 2) para la Dra. S. A. B. , en la suma de $ 170.----------

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

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

--

Fdo: CARLOS DANTE FERRARI – MARCELO J. LOPEZ MESA

REGISTRADA BAJO EL Nº 22 DE 2.008 – SDC.- Conste.-

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA