--- En la ciudad de Trelew, a los días de febrero del año dos mil diez, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo J. López Mesa y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Carlos Dante Ferrari y Carlos Alberto Velázquez, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“S., E. B. c/ N., J. de la C. s/ custodia y alimentos”** (Expte. Nº 581 - año: 2009) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 185.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez expresó: ----------

--- I.- E. B. S. promovió demanda contra su esposo J. de la C. N. reclamando la custodia de los hijos menores de ambos G. A., A. A. y V. S. N., así como alimentos para ellos y la atribución del hogar familiar.----------

---------- Contestada la demanda y tras los trámites de rigor, la juzgadora de origen dictó sentencia otorgando la custodia de los niños G. A. y A. A. a su padre el demandado y la de V. S.a su madre la actora. A la vez, fijó una cuota alimentaria a favor de los dos primeros menores a ser abonada por la demandante y otra en beneficio de la niña que deberá ser sufragada por el demandado. Por último, rechazó la pretensión de atribución del hogar conyugal a la actora.----------

--- II.- Tal decisión fue apelada por la demandante, quien al fundar su recurso expuso, en síntesis, los siguientes agravios: ----------

--- A) La sentencia violó el principio de congruencia incurriendo en los vicios de extra y ultra “petita”, pues el padre demandado no peticionó en autos la custodia de sus hijos, como tampoco solicitó pensión alimentaria alguna para ellos. ----------

--- B) El demandado fue constante y continuamente denunciado por agresiones.----------

--- C) La juzgadora decretó en su día una medida cautelar a favor de la actora, con lo cual la posterior sentencia definitiva resulta contradictoria con la resolución anterior.------

--- D) La sentencia fue pronunciada allende el plazo legal fijado para ello.----------

--- E) A las audiencias de conciliación celebradas a posteriori del llamamiento de autos para sentencia no pudieron asistir los letrados de las partes, de modo que los acuerdos allí arribados carecieron de sustento jurídico.----------

--- F) No existen en la causa pruebas que demuestren ni conflicto de intereses entre la actora y sus hijos varones, ni los traumas que le causarían a ellos la continuidad de la custodia por su madre, ni los beneficios que les reportaría a los mismos la custodia del padre.----------

--- G) No fue demostrada la idoneidad del padre para ejercer dicha custodia.----------

--- H) El principio de inseparabilidad de los hermanos debe prevalecer sobre el interés de los niños.----------

--- I) La sentenciante no expresó razones que justificaran la alteración del “statu quo” respecto de la custodia de los menores. ----------

--- J) El decisorio no atribuyó a ninguna de las partes el hogar familiar, limitándose a desestimar el pedido de la actora en tal sentido.----------

--- III.- No evacuado por el demandado el traslado que de la expresión de agravios le fuera corrido, este tribunal tomó contacto personal con las partes en los términos del art. 130 de la Ley 4.347 (fs. 179), corriéndose de inmediato vista a la Asesoría de Familia e Incapaces, Ministerio Público que se expidió a fs. 183/vta. inclinándose por la confirmación del fallo impugnado.----------

--- IV.- No lleva razón la recurrente al sostener que el demandado no peticionó en la causa la custodia de sus hijos, pues éste lo hizo concretamente a fs. 48, cap. VII, pto. 4.

--- Por lo demás destacaré, así sea “obiter dicta”, que al disponer esa custodia por el padre, así como al establecer una pensión alimentaria a favor de dichos menores, la sentenciante de la anterior instancia no cayó en los vicios de extra ni de ultra “petita”, pues ellos consisten en desviaciones del principio procesal de congruencia que en el caso no rige. Desde luego que el art. 34 inc. 4º C.P.C.C. impone a los jueces el respeto del principio de congruencia “bajo pena de nulidad”, pero esa regla general cede cuando el “thema decidendum” abarca una cuestión de orden público, como en efecto lo es todo lo atinente a los derechos y garantías de los niños y adolescentes por expresa disposición del art. 2, párr. 2º, de la Ley 26.061, en plena coincidencia con el pto. 1 inc. “c” de la Reglamentación de la Ley Provincial 4.347 aprobada por el Dec. 1.631/99, que declara a los principios rectores de dicha ley “VINCULANTES” para la familia, la sociedad y el Estado.----------

--- Recuérdese que el principio de congruencia es emanación directa del sistema dispositivo al que nuestro Código Procesal Civil adhiere, mas tal adhesión no significa que el legislador haya consagrado un régimen dispositivo inflexible, porque el mismo reconoce en cambio atenuaciones. La pauta central del sistema dispositivo, raíz del principio de congruencia, es la idea de la disponibilidad del derecho material, de donde se sigue que cuando se hallan en juego derechos indisponibles -y aquí la normativa los declara “irrenunciables” (art. 2, párr. 2º de la Ley 26.061)-, ha de privilegiarse el principio opuesto al dispositivo y, en consecuencia, las facultades de las partes ceden paso a las facultades judiciales (confr.: Morello y otros, “Códigos Procesales...”, 2da. ed., I-574, “C”). De allí que con razón se haya sostenido que en los tópicos de familia, “al estar en juego intereses conectados con el orden público, es posible liberarse de la rigidez de la causa petendi” (C.N. Civ., Sala “B”, voto del Dr. Atilio A. Alterini, con adhesión de los Dres. Augusto C. Belluscio y Santos Cifuentes, E.D. 68-180, f. 28.469). En esas cuestiones no existe disponibilidad del derecho material por las partes, el sistema dispositivo es entonces severamente limitado y el principio de congruencia morigera su rigidez (este cuerpo, c. 11.016 S.D.C. 34/05, c. 268/08 S.D.C. 27/09).--------

--- V.- El padre demandado habrá sido denunciado por agresiones, pero es lo cierto que ellas no fueron en absoluto acreditadas en la causa. ----------

--- Las testigos Y. B. P. y G. M. L. hicieron mención a las mismas, mas ambas aclararon no haberlas presenciado, limitándose a referir lo que la actora les contó al respecto (fs. 70 vta./71, resp. a la preg. 3era.; fs. 74, resp. a la preg. 2da.). Han sido ellas pues "testigos de oídas", cuyas aseveraciones carecen de fuerza de convicción en tanto a su conocimiento de los datos fácticos que narraran accedieron mediante manifestaciones de otro -para colmo de la misma parte que ofreció su declaración- y no porque dichos aconteceres hayan caído bajo la directa percepción de sus sentidos (arts. 386, 456 C.P.C.C.; este cuerpo, c. 20.619 S.D.C. 60/05, c. 21.597 S.D.L. 43/06, c. 22.472 S.D.L. 83/07, c. 22.773 S.D.L. 43/08, c. 60/09 S.D.L. 24/09, c. 699/09 S.D.L. 93/09, entre muchas).---------- Tocante a la declaración de E. M. C. de A., madre de la actora según reconociera al responder la 1era. preg. que a fs. 76 le fuera formulada, es prueba que debe ser liminarmente marginada. Como pariente consanguíneo en la línea recta de uno de los litigantes, es ella un testigo excluido por imperio del art. 427 C.P.C.C. "El incontestable carácter de orden público que la prohibición legal reviste, lleva a considerarla *absoluta* y, como tal, *indisponible* para las partes" se ha señalado con toda razón, agregándose con igual acierto que "tratándose de prueba inadmisible..., corresponde rechazarla *in limine*, de oficio, aunque hubiera sido propuesta por la parte a quien presuntamente ha de favorecer. Si por error hubiera sido recibida, no se considerará en la sentencia" (Morello y otros, ob. ind., V-B-187/188, p. "c"). Verdad es que alguna tendencia jurisprudencial ha admitido como excepción a tal regla la figura del testigo necesario, esto es aquel que es único presencial de un acontecimiento (autores y opus cit., pág. 189), mas aunque, por hipótesis, adhiriéramos a tal postura, en la especie tenemos que la deponente no refirió haber presenciado las escenas de violencia verbal a las que aludiera (fs. 76, resps. a las pregs. 5ta. y 6ta.). En rigor, no expresó siquiera la deponente acerca de este punto de su declaración la razón de sus dichos y sobreabundante casi es enfatizar la importancia que para la apreciación de esta especie de prueba reviste la razón de ciencia, en tanto es ella la que informa acerca de las circunstancias de lugar, tiempo y modo de adquisición del conocimiento por el testigo de los hechos sobre los que declara, elemento esencial entonces para la adecuada crítica del testimonio; si el requisito no se cumple no puede el juez reconocerle valor probatorio al testimonio (art. 445 "in fine" C.P.C.C., su doc.; Devis Echandía, "Teoría general de la prueba judicial", 5ta. ed., II-270; este cuerpo, c. 16.485 S.D.C. 33/00, 18.175 S.D.C. 32/02, c. 18.892 S.D.C. 48/03, c. 20.619 S.D.C. 60/05, c. 42/08 S.D.C. 2/09, etc.). Así entonces, aunque diéramos acceso a esta testifical de quien en principio se halla excluido de testimoniar, no cabría acordarle credibilidad a los dichos, "los que han de evaluarse con sujeción a la reglas de la sana crítica y con la serenidad que impone esa anómala y excepcional circunstancia" (Morello y otros., ob. y loc. ind.). ----------

--- Hemos de concluir entonces que, como lo adelantara, las pretendidas agresiones no resultaron demostradas, quedando ellas pues en meras alegaciones sin sustento.

Alegaciones y pruebas son institutos distintos que por su naturaleza diferente no se confunden: mediante aquéllas se introducen al proceso datos fácticos o razonamientos jurídicos; a través de las segundas, se aportan elementos de juicio para formar la convicción del juzgador acerca de la veracidad de las anteriores justamente. Alegar y no probar entonces no pasa de ser mera gesticulación o *pedaleo en el aire,* porque para adquirir relevancia a los fines decisorios un dato de hecho necesita ser probado, ya que la sentencia debe basarse, como regla, en la prueba y no en la alegación, esto es, en los hechos comprobados de la causa (arts. 359, 360, 386 C.P.C.C.).----------

--- VI.- El hecho de que la actora hubiera obtenido el dictado de una medida cautelar en su beneficio en el primer tramo del trámite de la causa no obligaba a la Señora Magistrada “a quo” a mantener el criterio favorable a esa parte cuando, tras la substanciación del proceso, debió decidir en definitiva, ni le hizo incurrir en contradicción alguna. ----------

--- Las medidas cautelares son dispuestas sobre la base de la simple verosimilitud del derecho y no sobre la certeza del mismo, sólo alcanzable al momento del pronunciamiento de mérito, de modo que al fallar la causa bien le es dado al sentenciante hallar que esa verosimilitud fue destruida por probanzas en contrario y concluir entonces que el derecho esgrimido resulta incierto. A cuento viene recordar además los caracteres de provisoriedad y mutabilidad típicos de las cautelares, así como la caducidad de ellas con el dictado de una sentencia desestimatoria de la demanda (confr.: Podetti, “Tratado de las medidas cautelares”, 2da. ed., págs. 34/35).----------

--- VII.- A propósito del tiempo transcurrido entre el llamado de autos y el dictado del fallo, mayor que el establecido en el art. 124 de la Ley 4.347, haré notar, de un lado, que el convocar a las partes a audiencias para intentar la conciliación de ellas con suspensión del proceso entraba en las facultades de la Señora Jueza (arts. 36 inc. 2, apdo. “a” C.P.C.C. y 105 incs. “b” y “c” de la Ley 4.347); del otro, que tales providencias fueron consentidas oportunamente por la hoy recurrente, de manera que el principio de preclusión le veda a ella proferir actualmente agravios sobre ese punto.----------

--- Desde distinto ángulo, debo señalar que la objeción del apelante por el retardo en el dictado de la sentencia es desechable también por otra razón relevante: si agotado el plazo del art. 124 de la ley 4.347 la parte consintió que la causa permaneciera en espera del fallo, sin formular de inmediato cuestionamiento alguno con apoyo en el art. 167 C.P.C.C., no le es dado luego, tras conocer que la decisión le era adversa, atacarla sobre esa base, pues ello contraviene el principio general de la buena fe en el trámite de las causas judiciales (confr.: C.S.N., Fallos 298:197 y 304:769, E.D. 60-550; S.C.B.A., D.J.B.A. 117-63; este tribunal, c. 22.648 S.D.C. 9/08). ----------

--- VIII.- Atinente a la ausencia de asistencia letrada de las partes en las audiencias de conciliación, diré que ello constituiría en todo caso una irregularidad procesal y, sabido es, los vicios “in procedendo” han de ser argüidos indefectiblemente en la misma instancia en que acaecieron, por la vía incidental y antes de quedar convalidados por el

vencimiento del plazo previsto en el art. 170 C.P.C.C. (confr.: Chiovenda, “Instituciones...”, trad. de Gómez Orbaneja, ed. Rev. Der. Priv. 1940, III-287; Palacio, “Derecho procesal civil”, ed. Abeledo-Perrot 1977, IV-169; Morello y otros, ob. ind., II-C-317; Rodríguez, “Nulidades procesales”, Ed. Universidad 1983, págs. 99/101; Maurino, “Nulidades procesales”, ed. Astrea 1982, pág. 211; C.S.N., Fallos 259:362; S.C.B.A., L.L. 112-54 y 1975-A-537; C.N. Civ., Sala “B”, L.L. 1995-D-39; ídem, Sala “E”, L.L. 1994-B-142; íd., Sala “G”, L.L. 1988-A-161; C.N. Com, Sala “C”, L.L. 1998-B-756 y 2000-D-589; esta sala, c. 18.428 S.D.C. 13/03, c. 22.350 S.D.L. 76/07, c. 268/08 S.D.C. 27/09, entre otras). ----------

--- IX.- Resulta inexacto que la sentenciante no apuntara las razones que la condujeron a decidir el cambio de custodia, pues ella enumeró a fs. 156 vta., último párrafo, los elementos de juicio a que atendió. Así, las expresiones de los niños en ocasión de ser ellos oídos, el informe psicológico de fs. 121 y el pedagógico de fs. 133. ----------

--- X.- Contra lo sostenido por la recurrente, sí hay en la causa elementos de convicción que denotan la existencia de conflicto entre la actora y sus hijos varones, lo traumático de la convivencia de ellos y los beneficios que aporta a los menores su custodia por el padre. ----------

--- En efecto, en primer término he de destacar la firme y sostenida opinión de los niños en las oportunidades en que fueran oídos, tanto por la Señora Jueza del previo grado cuanto por este tribunal de alzada (fs. 118 y 179), ocasiones en las que fueron labradas las actas reservadas a la vista en este acto. En esas oportunidades ellos expresaron una notable resistencia a convivir con su madre, contra quien formularon graves y encendidos reproches acerca del tratamiento que les dispensaba, la soledad en que algunas noches los dejaba, los alimentos que les preparaba y los obstáculos que ella ponía para el contacto entre los hermanos y con el padre. Al escuchar a los menores, allende alguna posible exageración explicable por su edad de preadolescentes, me impresionaron como sinceros -las vívidas descripciones denotaban una experiencia de vida y no ser fruto de influencias de terceros- y me conmovió el vigor y tenacidad con que expusieron sus opiniones, reveladores de la existencia de un inocultable conflicto grave en la relación materno-filial. Este dato ha sido además corroborado por el informe psicológico de fs. 121. ----------

--- Esas opiniones resultan relevantes, porque los menores no sólo tienen el derecho a ser oídos (art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; arts. 3 inc. “b” y 24 de la Ley 26.061; art. 19 inc. “e” de la Ley 4.347; pto. 2 inc. “j” de la Reglamentación de la Ley 4.347, Anexo I del Dec. 1.631/99), sino a que “su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que los afecte”, cual reza el art. 27 inc. “b” de la Ley 26.061, en coincidencia con el pto. 2 inc. “g” de la Reglamentación legal indicada. ----------

--- Y los menores no se ciñeron a exponer opiniones en abstracto; las apoyaron con hechos demostrativos de la firmeza de ellas y de la desesperación que les provocaba la

convivencia con la madre. Así la huida de ellos -por voluntad propia, cual enfatizaron en oportunidad de la audiencia de fs. 180- del hogar materno para reunirse con su padre. La sentencia debe hacer mérito de tal hecho modificativo, producido durante la sustanciación del proceso y debidamente probado, aunque no haya sido invocado como hecho nuevo, según lo establecido en el art. 163 inc. 6º párr. 2º C.P.C.C. Él habla por sí mismo de la intensidad del disvalioso conflicto entre la actora y sus hijos menores. -------

--- En tal pugna entre el derecho de la madre a la custodia de sus hijos menores y el bienestar de éstos debe preponderar el último, pues se trata nada menos que del interés superior de los niños, quienes deben ser considerados como sujetos de derecho y no cual objetos de derechos de los adultos (art. 3 inc. “a” de la Ley 26.061 y pto. 2 inc. “b” de la Reglamentación de la Ley 4.347, Anexo I del Dec. 1.631/99; C.S.N., Fallos 310:2214). Planteado el conflicto entre los derechos e intereses de los menores frente a otro derecho legítimo, deben prevalecer los primeros, por expresa disposición del art. 3 “in fine” de la Ley 26.061. ----------

--- XI.- No es correcto que haya faltado en la causa la demostración de la idoneidad del padre para ejercer la custodia. El suministro por éste de tratamiento psicológico al hijo que lo precisaba (fs. 50 vta. “in fine y 121), su preocupación por la marcha de la educación del menor (fs. 74 vta., resp. a la preg. 9na.), revelan una conducta acorde a los deberes paternos. Por lo demás, la falta de idoneidad del progenitor no es presumible, sino que ha de ser acreditada en el proceso, pesando sobre quien la alegara la carga de la prueba y, por tanto, las consecuencias desfavorables de la falta de demostración. Quien afirma soporta la carga de acreditar su aseveración (art. 377 C.P.C.C.) y el incumplimiento de ella supone soportar el riesgo de dejar indemostrado el hecho afirmado, por aquello de que la carga de la prueba no es más que “la repartición del riesgo de la falta de prueba” (Carnelutti, “Lezioni...”, ed. 1933., II-346). ----------

--- Por lo contrario, si algo quedó demostrado en el subexamen fue el trato inadecuado de la madre para con sus hijos, traslucido por las manifestaciones de ellos en ocasión de entrevistarlos y, en el caso del menor G. A., por los dichos del testigo presencial M. A. S. (fs. 75/vta., resps. a las pregs. 8va. y 9na. y a las repregs. 3era. a 5ta.). ----------

--- Súmese a lo expuesto que la custodia de los menores por el demandado parece ajustarse algo más al esquema organizativo de la familia anterior a la separación de los esposos, toda vez que era el progenitor quien, dada sus mayores disponibilidades de tiempo y flexibilidad de sus horarios, preparaba a los niños para asistir a la escuela, los llevaba y retiraba de ella y les preparaba el almuerzo (v. informe del E.T.I. a fs. 50 vta., párr. 6º). ----------

--- XII.- Aventurada considero la afirmación de la apelante en el sentido que el principio de inseparabilidad de los hermanos debe prevalecer sobre el interés de los niños. Tal aseveración colisiona violentamente con los preceptos que consagran el interés superior de los menores (art. 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; art. 3 de la Ley 26.061; art. 6 de la Ley 4.347). ----------

--- El de no separación de los hermanos a la hora de decidir custodias es un criterio jurisprudencial valioso como regla general, mas aun el derecho de los menores a su pleno desarrollo en el medio familiar debe ser armonizado con los restantes incluidos en el concepto de interés superior del niño. Es menester “evitar la jerarquización, priorización y/o exclusión de derechos. Las normas constituyen un todo, un conjunto coherente cuyos elementos son indisolubles en su concepción y aplicación” establece el pto. 2 inc. “c” de la Reglamentación de la Ley 4.347, Anexo I del Dec. 1.631/99. Así pues, aquel principio jurisprudencial debe ceder en casos de excepción como el presente, en el que el interés superior de los menores varones aconseja su custodia por el padre, mientras su hermana más pequeña dada su edad ha de permanecer con la madre (art. 206 Cód. Civ.). ----------

--- XIII.- No incurrió en el vicio de “citra petita” la sentenciante de la anterior instancia al no atribuir el hogar familiar a ninguna de las partes. La petición formulada en los autos fue la de atribución de esa vivienda a la actora; por las razones expuesta a fs. 157 la juzgadora desestimó la solicitud. Dictó así “la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio,...declarando el derecho de los litigantes y...absolviendo de la demanda”, cual el art. 163 inc. 6º C.P.C.C. se lo imponía.----------

--- Tampoco parece menester el dictado de una decisión oficiosa al respecto, por cuanto ambos grupos parecen, por el momento, contar con vivienda.----------

--- XIV.- Por los motivos expuestos y en coincidencia con el dictamen de la Asesoría de Familia e Incapaces de fs. 183/vta., concluyo que la sentencia apelada merece ser confirmada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a la apelante vencida en ella (art. 68 C.P.C.C.) y regulando los honorarios de su letrado apoderado Dr. I. O. B., por sus labores de alzada y atendiendo a la extensión, calidad y resultado de ellas, en la suma de $ 500 (arts. 6, 9, 14, 30 del Dec.-ley 2.200).-

--- Me expido en esta cuestión entonces por la AFIRMATIVA. ----------

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

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

--- Ingresando al tratamiento de tales aspectos, habré de comenzar por la alegación de que el pronunciamiento de la a quo ha sido extra y ultra petita, al acordar pretensiones no introducidas debidamente en la litis.----------

---En relación a este tópico, debo decir que no acierta el apelante al manifestar que el accionado no peticionó en autos la custodia de sus hijos. Por el contrario, surge claramente de la causa que éste introdujo una petición expresa en tal sentido a fs. 48, cap. VII, pto. 4.----------

--- Es decir que el fallo no ha sido ni ultra ni extra petita, al haber sido introducida temporáneamente en autos la pretensión a que se hiciera lugar en el grado.----------

--- Es decir que la a quo 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 sustento en hechos de esta causa y en derecho aplicable al caso.----------

--- Por otra parte, igualmente si así no hubiera sido, no habría sido ello un obstáculo insalvable para la concesión de una medida de protección de menores como la adoptada por la a quo, dado que nos hallamos en un continente procesal donde el principio de congruencia se atenúa y el magistrado puede disponer de oficio medidas conducentes al bienestar de los menores, aún sin pretensión expresa de uno de sus padres o tutores.----------

--- En un voto de mi autoría, en sentencia de esta Cámara traté extensamente el tópico de la relación existente entre el principio de congruencia y el proceso de familia.----------

--- En mi voto de la causa “S., L. M. c/ L., E. G. s/ Solicita autorización” – Expte. 22828 – Año 2008” (Expte. Nº 22.828 - año: 2008), en sentencia de esta Sala del 18/9/08, dejé sentado que esgrimir el principio de congruencia como un prisma absoluto en un proceso de familia, hace 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 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.----------

--- Dije también allí que 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 (cfr. mi voto de la causa “S., L. M. c/L., E. G. s/ Solicita autorización” – Expte. 22828 – Año 2008” (Expte. Nº 22.828 - año: 2008), en sentencia de esta Sala del 18/9/08).--------

---

--- Agregué después que 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.----------

--- Y concluí de todo ello que 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 (cfr. mi voto de la causa “S., L. M. c/ L., E. G. s/ Solicita autorización” – Expte. 22828 – Año 2008” (Expte. Nº 22.828 - año: 2008), en sentencia de esta Sala del 18/9/08).----------

--- En cuanto a la conveniencia del régimen de tenencia dispuesto en la sentencia de grado, a tenor de las manifestaciones de los menores, del relato que ellos hacen en las entrevistas reservadas y del cotejo de lo existente en la causa, surge que no existe óbice alguno para disponer que los menores estén con su padre, en vez de con su madre.----------

--- Por otra parte, el padre accionado fue en su momento denunciado por agresiones, pero las mismas no fueron acreditadas en autos.----------

--- Dos testigos (Y. B. P. y G. M. L.) refirieron algunas agresiones, pero seguidamente aclararon no haberlas presenciado, limitándose a referir lo que la actora les contó al respecto (cfr. fs. 70 vta./71 y 74.).----------

--- Al tratarse de testigos de oídas ellas equivalen a la ausencia de prueba, como lo pusiera de resalto en mi voto de la causa “D. M. H. c/ T. S.R.L. s/ dif. de hab. e indem. de ley” (Expte. N° 22.899 - Año 2008), en sentencia del 2/10/08).------

--- Me explayé allí sobre la inidoneidad probatoria de los testigos de oídas o de referencia y aclaré que se entiende por testigo de referencia a aquellas personas físicas distintas de los sujetos legitimados en un proceso, que trasmiten un conocimiento relativo a un hecho al cual han accedido mediante la percepción sensorial de un tercero, verdadero testigo de lo acaecido. Es obvio que la eficacia probatoria de los dichos de estos "testigos de oídas" es sumamente restringida, desde que sólo acreditan haber escuchado un relato de boca ajena (SCBA, 5/4/06, “L.,R. c/ C.,M. s/ Disolución de sociedad conyugal”, en Juba sum. B28277).----------

--- Dije después que de aceptarse este testimonio se estaría dando una importancia decisiva a un testigo indirecto o de oídas, como es en autos esa testigo. Es dable recordar sobre este aspecto que no es lo mismo que el testigo narre lo que observó, incluyendo los juicios que sobre tales hechos tenga, o que se limite a informar acerca de lo que oyó narrar a otra persona. En el primer caso se trata de un testimonio original y en el segundo "de oídas" o indirecto. La representación, en el caso de los testimonios de oídas no es directa o inmediata, sino indirecta o mediata, se ha inclinado a considerar que los mismos no resultan convenientes. Trátase de testigos cuyas declaraciones son inatendibles ya que carecen de "declaración representativa", constituyendo un testimonio de referencia (Cám. CC Azul, Sala 2ª, 21/3/96, “Dumón c/ Lombardozzo s/ Desalojo, en Juba sum. B3100046).----------

--- Dije después que las declaraciones del testigo que conoce el hecho sobre el que depone, por referencia o indirectamente, carece de fuerza de convicción. Debe descartarse la prueba testimonial cuando el conocimiento de los hechos sobre los que referencia (testimonios de oídas), se vierten suposiciones o deducciones enteramente subjetivas que restan veracidad a la declaración (cfr. mi voto de la causa “D. M. H. c/ T. S.R.L. s/ dif. de hab. e indem. de ley” (Expte. N° 22.899 - Año 2008), en sentencia del 2/10/08; con cita de la Cám. CC Azul, Sala 2ª, 21/3/96, “Dumón c/ Lombardozzo s/ Desalojo, en Juba sum. B3100045).----------

--- Descartadas ambas testigos por su inidoneidad, al no ser testigos presenciales, la declaración de la testigo E. M. C. de A., debe también ser hecha a un lado, dada su reconocida condición de madre de la actora (cfr. fs. 76, respuesta a las generales de la ley). ----------

--- Dada la condición de pariente consanguíneo en línea recta de uno de los litigantes, se trata de un testigo que el art. 427 C.P.C.y C. excluye.----------

---Se trata de una norma de orden público la que excluye su testimonio, con lo que no se trata de si al juez le parece bien o mal, sino que un testimonio de un testigo excluido debe ser soslayado, si fue producido, pues lo fue indebidamente, ya que nunca debió citarse a un “testigo” así.----------

--- Sobre esta manda, se ha juzgado que ella es de orden público, que no juega sólo para impedir el testimonio, sino que tampoco debe tomárselo en cuenta cuando inadvertidamente la declaración del testigo excluido ha sido incorporada al proceso. En razón de su rato legis, esta interpretación tiende a evitar que la utilización de una deposición testimonial de un pariente agrave el conflicto familiar que la norma tiende a evitar (CNCiv., Sala G, 20/05/85, “P., L. A. C/ B., N. G.”, LL 1985-D-527).----------

--- Adscribo a la opinión de quien fuera mi profesor de Derecho Civil Parte General en la Universidad de La Plata, el Prof. Pera Ocampo, sobre que es inadmisible el dicho del testigo que es nieto de una de las partes, pues se encuentra alcanzado por la prohibición del art. 425 CPCC (Pcia. de Buenos Aires), la cual es absoluta, de orden público e indisponible para las partes (Cám. CC 2ª la Plata, Sala 3ª, 28/8/90, “González Orono de Venegas, Dolores Lauden c/ Besoin, Eduardo y otra s/ Acción posesoria”, en Juba sum. B350596). ----------

--- Interpretando el art. 427 CPCyC prestigiosos doctrinarios han dejado establecido que, fundada en el carácter absoluto de la norma examinada, y en las razones de orden público en que se inspira, no cabe prescindir de su aplicación aunque medie conformidad expresa o implícita de las partes. Ello, al punto de que incluso el juez, de oficio, debe dejar sin efecto la providencia de citación, aun cuando se encuentre consentida, o suspender el acto de la audiencia en el instante en que se compruebe la existencia del impedimento (PALACIO, Lino E. - ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Explicado sistemáticamente en concordancia con los códigos procesales vigentes en todas las provincias de Argentina y en el Paraguay. Anotado jurisprudencial y bibliográficamente”, Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, T. 8, p. 356).----------

--- Los autores citados explicitan luego que esta manda “se ha considerado extensiva, por lo demás, a toda clase de procesos, incluyendo a los de divorcio (Palacio Alvaradao Velloso, op cit, T. 8, p. 356).----------

--- En similar sentido se ha dicho que la prohibición de que declaren como testigos los consanguíneos o afines en línea directa de las partes, se funda en razones de orden público, ya que el propósito del legislador es el de mantener la cohesión familiar, evitando a sus integrantes ponerlos en el trance de declarar en contra de alguno de ellos, dado su deber de decir la verdad. La exclusión como testigos de las personas a que alude el art. 427 del Código Procesal, no decae por consentimiento aunque sea tácito de la parte contraria del proponente, ni se altera por la circunstancia de que el Juzgado no haya advertido oportunamente la violación de esa norma (C. Nac. Civ., sala E, 25/10/1989, “GAZZANO, NORBERTO R. v. VERDE, GREGORIO A. s/ SUMARIO”, en AbeledoPerrot online).----------

--- No cabe prescindir de la aplicación de la norma del art. 427 CPr. aunque medie conformidad expresa o implícita de las partes, e incluso el juez, de oficio, debe dejar sin efecto la providencia de citación aun cuando se encuentre consentida o suspender el

acto de la audiencia en el instante en que se compruebe la existencia del impedimento (C. Nac. Civ., sala B, 9/12/1986, “C. de R., M. del C. v. R., E. R.”, JA 1987-IV-286).-------

--- Se ha decidido en otro fallo, con acierto, que si bien en los procesos de familia son los parientes los que conocen mejor los hechos que llevan al divorcio y por ello se ha admitido el testimonio de parientes y amigos íntimos, deben excluirse a los padres e hijos de los cónyuges. ya que una norma de orden público, obliga a no ponerlos en el trance de tener que falsear la verdad o declarar en contra del hijo o del padre (Cám. CC Salta, . 22/5/91, "Garay c/ Varano", cit. por Palacio-Alvarado Velloso, op cit, T. 8, p. 456).----------

--- Los efectos de la incorporación al proceso de una prueba excluida son claros: la declaración testifical queda totalmente descalificada desde que, por razón de su parentesco con las codemandadas, se encuentra alcanzado por la exclusión prevista por la ley ritual. En consecuencia, siendo que la prueba de testigos solo puede ser valorada por el juzgador cuando es admitida por la ley, si la declaración ha sido recibida, no debe ser tenida en cuenta en el acto de sentenciar (Cám. CC 2ª la Plata, Sala 1ª, 13/3/1990, “Rodrigo de Cancio c/ Central de Ahorro SRL. s/ Inc. de nulidad”, en Juba sum. B250090).----------

--- Y no me parece que el testigo excluido por el Código Procesal Civil –sin norma que lo autorice en la Ley 4347- pueda generar convicción en un proceso. Se argumenta que en estos casos es difícil conseguir prueba; se dice que los parientes son quienes mejor conocen la situación de las partes en un conflicto de familia. Ambas cosas son verdad.--

--- El problema es lo que no se dice. No se dice que si es difícil conseguir prueba en estos procesos, ello no significa que deba admitirse cualquiera, aunque esté viciada. No se dice tampoco que si la prueba es difícil para el pariente del testigo, también lo es para su contraparte, la que al admitirse un testigo prohibido se ve absolutamente desfavorecida y en un plano inclinado en el proceso, que puede ser ilevantable, al ser casi diabólico desvirtuar los dichos de un testigo que no debió declarar. Tampoco se dice en estos casos, que la averiguación de la verdad solo puede producirse realmente a partir de testigos hábiles y no de personas que –normalmente- pondrán su afectividad en juego, al punto de serles en extremo difícil declarar la verdad, si afecta a sus seres queridos.----------

--- No se dice tampoco en este tipo de sentencias “progresistas” que el proceso de familia, aunque de características especiales, es un proceso judicial, en el que deben preservarse las garantías mínimas de todos los justiciables. No es un “proceso de peluquería”, de aquellos de los que se quejaba amargamente el maestro Morello, que decía que estos procesos no son a veces ni orales ni escritos, sino “conversados” y en exceso y en los que se echa mano a arcanos inasibles, que impiden una mínima defensa de la parte afectada, a veces –inclusive- por cuestiones de género.----------

--- ¿Cómo revertir la declaración de un testigo excluido, justamente por tener con una de las partes una relación tan estrecha como la que normalmente presupone la misma

sangre? ¿Cómo puede tenerse por testigo hábil a uno que el ordenamiento procesal prohíbe convocar? ----------

--- No se me ocurren buenas respuestas para estas preguntas, motivo por el cual soy de la opinión que la regla de la inviabilidad de considerar los elementos probatorios incorporados en violación de prohibiciones legales, rige en este caso con todo vigor.-----

--- No desconozco que algunas sentencias dictadas en el fuero de familia, fundándose en que los parientes y amigos suelen ser quienes mejor conocen la problemática familiar, han aceptado testimonios prohibidos por el art. 427 CPCyC. Supongo que no han pensado bien el punto y sus consecuencias.----------

--- Me detendré un momento en ellas: ----------

--- 1) Una norma de orden público (art. 427 CPCyC) establece que en el proceso civil "*No podrán ser ofrecidos como testigos los consanguíneos o afines en línea directa de las partes, ni el cónyuge, aunque estuviere separado legalmente, salvo si se tratare de reconocimiento de firmas*".----------

--- 2) El artículo 205 de la ley provincial 4347 de protección integral de la niñez, la adolescencia y la familia dispone que "*Los Códigos Procesales en lo Civil y Comercial, en lo Penal y el Código Contravencional de la Provincia, serán aplicados subsidiariamente y según la índole de la materia, en aquello que no esté tratado expresamente en esta ley*".----------

--- 3) Y ninguna norma del régimen provincial de protección integral de la niñez, la adolescencia y la familia (Ley 4347) modifica, enmienda o deroga el art. 427 CPCyC) ni fija criterios distintos a los que el mismo establece.----------

--- 4) Si el art. 427 CPCyC es una norma de orden público, como indudablemente lo es, ello significa que el juez no puede hacerla a un lado, así las partes estén de acuerdo en producir prueba prohibida. Ello, justamente, porque el interés público comprometido quita de las partes el poder convalidador de la irregularidad.----------

--- 5) Ergo, el art. 427 CPCyC rige en materia de derecho de familia, no siendo admisibles los testigos que dicha norma excluye.----------

--- De todo lo expuesto debe concluirse que la testigo E. M. C. de A. nunca debió ser citada a declarar y que, citada indebidamente, su testimonio es ineficaz al extremo de tenerse por no incorporado a la causa.----------

--- Ergo, las agresiones alegadas por la actora no fueron demostradas en autos, con lo que la aptitud del padre para tener consigo a sus hijos no está cuestionada por datos objetivos obrantes en la causa.----------

--- Y que la accionante haya obtenido una medida cautelar en su beneficio en el primer tramo del trámite de la causa no generaba obligación alguna para la a quo de mantener tal criterio al momento de la sentencia de mérito, dictada luego de tramitada la causa y de incorporados otros elementos de juicio.----------

--- En mi voto de la causa "A., P. A. y otros c/ F.T.I.A. y otro s/ Acción declarativa de Certeza" (Expte. nº 488 - año: 2009), he esclarecido el tema, expresando que es

inverosímil que por la concesión de una medida cautelar, en los umbrales mismos del proceso, se pretenda luego que exista preclusión respecto del fondo del asunto. La verosimilitud que debe apreciar el juez de la cautela no puede condicionar el pronunciamiento de mérito posterior. Ello, pues de otro modo, bastaría con el dictado de una cautela para vaciar de contenido a una litis, lo que como principio es inadmisible.----
-- La verosimilitud del derecho apreciada al conceder una cautelar puede luego ser deshecha por la prueba colectada en la causa, con lo que no condiciona la cautela a la sentencia de mérito, ni en este ni en otros casos.----------
--- En cuanto al retardo en la emisión de la sentencia de grado, allende los términos establecidos en el art. 124 de la Ley 4.347, ello obedeció entre otras cosas a la convocatoria a las partes a audiencias de conciliación –con el efecto de suspender el proceso-, decisión que se encuentra dentro de las facultades de la Jueza de grado (cfr. Art. 105 incs. "b" y "c" de la Ley 4.347). Por lo demás, la queja deviene tardía, por cuanto en su momento la parte no objetó las citaciones, con lo que dichas providencias fueron consentidas oportunamente por la apelante, hallándose precluso el cuestionamiento.----------
--- En lo tocante a la alegación de que la falta de asistencia letrada de las partes en las audiencias de conciliación realizadas en el grado invalida el trámite cumplido alli, ello en absoluto es así, por cuanto tales irregularidades procesales –que sí lo fueron- se hallan consentidas, no solo por la falta de planteo del incidente de nulidad dentro de los cinco días que contempla el art. 170 CPCyC, sino por el llamamiento de autos para sentencia, que sanea cualquier irregularidad in procedendo producida en una instancia.----------
--- Pretender en esta instancia y tardíamente revertir los efectos de la convalidación de irregularidades procesales relativas en la instancia anterior deviene inatendible en esta instancia.----------
--- Bien se ha resuelto que el recurso de nulidad está comprendido en el de apelación (art. 253 CPCCN.) y procede únicamente contra los defectos formales de la sentencia misma y no contra los errores in iudicando, hallándose exclusivamente enderezado a obtener la invalidación de un pronunciamiento que no se ajuste a los requisitos de tiempo, lugar y forma prescriptos por la ley (cfr. Palacio, L. E., "Derecho Procesal Civil", t. V , 1993, n. 562, b y c; Fenochietto, C. E. y Arazi, R., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. I, p. 793, n. 3). Cabe advertir que los vicios que pudieron haber existido en el curso del procedimiento, debieron dar lugar -para ser solucionados- a la articulación de un incidente de nulidad en la misma instancia en que se produjeron. La omisión de esa vía conduce a concluir, inevitablemente, en que los eventuales vicios quedaron convalidados (arg. arts. 170 y 172 CPCCN.; conf. esta sala, causas 8309 del 28/10/1980; 1120 del 15/12/1982; 5695 del 15/4/1988; 6736 del 30/6/1989; 8872/92 del 30/4/1993 y sus citas; 842/94 del 24/3/1995; 113 del 10/2/1998; etc.; C. Nac. Civ., sala G. LL-1988-A-161; Palacio, L. E., ob y loc. cits.; Fenochietto, C. E. y Arazi, R., ob. y loc. cits.); correspondiendo añadir que el consentimiento del llamado de autos para

sentencia sanea todos los vicios anteriores que pudieran afectar al procedimiento (conf. esta sala, causas 8388 del 29/7/1980; 8309 del 28/10/1980 y sus citas; 1120 del 15/12/1982; 6736 del 30/6/1998; 742/93 del 18/5/1993; 113/97 del 10/2/1998; entre otras) (C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 16/11/2004, “VAGGI, ORESTES J. v. TANQUE ARGENTINO MEDIANO S.E. s/INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO”, en AbeledoPerrot online).----------

--- Siendo principio procesal inveterado que los vicios in procedendo –como la falta de asistencia letrada de las partes en una audiencia- deben indefectiblemente ser planteados por vía de incidente de nulidad, dentro del plazo de cinco días de su acaecimiento, esto es antes de quedar convalidados por el vencimiento del plazo previsto en el art. 170 C.P.C.C. y en la misma instancia en que se produjeron. El cierre de una instancia hace fenecer el derecho de la parte afectada a plantear esas irregularidades relativas y convalidables. No habiéndose planteado la nulidad de la manera correcta y en tiempo oportuno, deviene en esta instancia una queja postrera, que resulta inaudible.----------

--- En cuanto a la alegación de que la magistrada a quo no brindó los motivos que la llevaron a disponer el cambio de custodia, ello no es correcto, ya que a fs. 156 vta. in fine la misma indicó los elementos de juicio que la llevaron a tomar tal decisión.----------

--- La actora aduce que no hay en la causa elementos de convicción que denoten la existencia de conflicto entre la actora y sus hijos varones, lo traumático de la convivencia de ellos y los beneficios que aporta a los menores su custodia por el padre. Estas afirmaciones, interesadas y parciales, no son correctas y se encuentran desmentidas por los hechos de la causa.----------

--- La declaración de los niños en la causa daba perfecta base a la decisión de la magistrada a quo de asignar su tenencia al padre. Los menores en las audiencias que tuvieron en autos, tanto en el grado como en alzada, expresaron en un discurso sólido, bien sostenido y que no evidenciaba manipulación sino su opinión y preferencia, que ellos no vivían bien con su madre, que pasaban hambre porque la madre no se ocupaba de hacer la comida o hacía comidas especiales para ella –dada su condición de celiaca-, pero a ellos los hacía comer siempre huevos, que eran dejados en soledad algunas noches, etc (cfr. actas reservadas, que tengo a la vista en este acto). Elementos todos que iluminan la cuestión con un color bien distinto al que propone el apelante.----------

--- En las entrevistas que los menores tuvieron con la jueza de grado, así como con esta Sala, ellos fueron irreductibles en cuanto a resistirse a convivir con su madre, a la que cuestionaron firmemente por diversos hechos como dejarlos solos de noche, para irse a bailar con su novio (de nombre O.), no dedicarse a preparar buenos y suficientes alimentos para los menores, ponerles obstáculos para el contacto entre los hermanos y con el padre. También declaró uno de los menores que se fue del hogar de la madre por voluntad propia (cfr. acta reservada de la audiencia de fs. 180) para reunirse con su

padre. Ello acredita que su padre no los sustrajo de la casa de su madre como ésta alegara.----------

--- La declaración de los menores evidencia un serio disgusto materno- filial, el que se encuentra ratificado por el informe psicológico de fs. 121. Sumo también a los elementos corroborantes de la decisión de grado, el hecho grave de que la actora desoyese la citación de esta Sala de traer al tribunal a la niña menor que vive con ella, lo que impidió que este Cuerpo tomara contacto con ella y pudiese saber su opinión, la que pese a su escasa edad, hubiera sido ilustrativa. Y las excusas que se dieron para no traer a la menor son pueriles y no resultan atendibles, con lo que adjudico la responsabilidad de tal ausencia a una decisión voluntaria de la madre, para impedir que este Cuerpo verifique per se la opinión de la pequeña.----------

--- Quien ha actuado debidamente y tiene de su lado la razón no actúa de esa manera, con lo que este es un hecho corroborante de todo lo anteriormente reseñado: falta de prueba de las alegaciones de violencia, recurso a testigos prohibidos y de oídas de sus alegaciones, una conducta no clara en el proceso, evitación de contacto de esta Cámara con la niña menor, pésima opinión de los menores varones sobre la madre, etc. Todos estos déficits deben adjudicarse a la madre, no hallándose probados los que ella le adjudica al padre y habiéndose evidenciado en el discurso de los menores que con su padre viven bien, que él se ocupa de ellos, que les hace practicar deportes, que uno de ellos ha tenido muy buenos resultados en remo, actividad que la madre ha dificultado, por ejemplo negándose a entregar los documentos de los menores, lo que impidió que ellos participen en una competencia de remo de cierto relieve. Este hecho fue corroborado por esta Sala, dado que el documento fue entregado en los estrados de este Cuerpo, por la madre al padre por indicación de esta Sala.----------

--- Se decida lo que se decida en definitiva respecto de la tenencia de los menores, lo cierto es que no se justificaba en modo alguno que su madre retuviera sus documentos, mientras ellos estén con su padre, pues ello les ocasiona inconvenientes en actividades donde deben los niños acreditar su identidad, en actividades escolares o deportivas.-----

--- Todos estos elementos, sumados a la opinión de los menores, que es indudable respecto de la preferencia por permanecer co su padre, definen la situación en perjuicio de la actora. Es que, las opiniones de los menores en casos así resultan importantes, ya que ellos tienen el derecho a ser oídos.----------

--- En un voto reciente de mi autoría, dejé sentado que el derecho del menor a ser oído es bastante más que un mero formalismo. La cuestión se encuentra regida por diversas normas; entre ellas, la Convención de los derechos del niño (art. 12), los arts. 3 y 24 de la Ley 26061 y el art. 185 de la Ley provincial 4347 (cfr. mi voto en sentencia de esta Sala del 15/12/2010, in re "V. R. O.c/ R., A. C. s/ T." (Expte. 220 - Año 2009 CANE).----------

--- Recordé allí que el art. 24 de la Ley nacional 26061 establece que "*Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:* ----------

--- a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; ----------

--- b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.---

--- Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo".----------

--- Aduje después que a tenor de esta norma queda claro que resulta valioso oír al menor, teniendo en cuenta su edad, en el proceso judicial que lo afecta personalmente; ello, claro, sin que dicha opinión se constituya en el fundamento de la sentencia (C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 08/07/2002 -C., M. A. v. C., M. A.) JA 2003-I-661).----------

--- Bien se ha dicho que la voluntad del menor, libremente expresada en entrevistas desarrolladas sin la presencia de sus progenitores, reviste particular importancia para la decisión del Tribunal, quien debe garantizarle a aquél, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez (C. Nac. Civ., sala K, 29/11/1995 -M. de C., S. E. v. S. de S., R. N. s/régimen de visitas) JA 1999-IV-síntesis, RDF 1998-12-222).----------

--- Y en un voto anterior de mi autoría (cfr. mi voto, en sentencia de esta Sala del 18/9/08 in re "S., L. M. c/ L., E. G. s/ Solicita autorización" – Expte. 22828 – Año 2008" (Expte. Nº 22.828 - año: 2008), sostuve que 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 d'une meilleure défense en justice de l'enfant», en Recueil Dalloz 1993, sec. Chroniques, p. 103).----------

--- Claro que el derecho del menor a ser oído no debe llevarse a extremos inconvenientes, como sería tornar a ese solo elemento en el único factor dirimente de disputas que los involucren. No se trata de establecer en el proceso de familia una dictadura del menor, ni la supremacía absoluta de la voluntad de éste. Pero, en aquellas ocasiones en que se aprecia en el menor a un ser juicioso, bien plantado, cuyo juicio no aparece como manipulado o inducido, debe tenerse en cuenta su preferencia, máxime cuando objetivamente aparece ella como la solución más conveniente a sus intereses (cfr. mi voto en sentencia de esta Sala del 15/12/2010, in re "V., R. O. c/ R., A. C. s/ Tenencia" (Expte. 220 - Año 2009 CANE).----------

--- En el caso de autos la opinión de los menores adquiere una importancia fundamental en razón de ser ellos, salvo la más pequeña, niños con un grado de madurez y de opinión crítica que hace que su juicio no sea fácilmente influenciable, conforme se

constatara en la audiencia respectiva. Los motivos que los niños dieron para fundamentar su preferencia por habitar con su madre en el hogar familiar no se relacionan con caprichos, ni con inducciones o influencias de los mayores, siendo el deseo de ellos el de vivir juntos entre hermanos y con la protección de su madre, evitando algunos momentos difíciles que han relatado como ocurridos mientras convivían con su padre. Lo propio ocurre en este caso.----------

--- Dije después que si se llegase al extremo de que los derechos de los padres y el interés superior del niño estuvieran en conflicto, el interés del niño puede motivar legítimamente la limitación del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de sus padres (cfr. mi voto en sentencia de esta Sala del 15/12/2010, in re "V., R. O. c/ R., A. C. s/ Tenencia" (Expte. 220 - Año 2009 CANE) y mi voto, en sentencia de esta Sala del 18/9/08 in re "S., L. M. c/ L., E. G. s/ Solicita autorización" – Expte. 22828 – Año 2008" (Expte. Nº 22.828 - año: 2008), con cita de COURTIN, Christine, "L'intérêt de l'enfant et les droits et libertés fondamentaux des parents", en Recueil Dalloz 2001, sec. Jurisprudence, p. 422).----------

--- Agregué en ese voto que en un artículo doctrinario argentino se postuló atinadamente que "El principio de sustentación de los derechos es el interés superior del niño, según el art. 1 de la ley 26.061, definido en su art. 3 como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos" en la ley. Lo puntualiza el mismo artículo cuando se refiere a aquello cubierto por el deber de respeto: la condición de sujeto de derecho de todo niño y adolescente, el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en consideración, el pleno desarrollo personal de sus derechos en el medio familiar, social y cultural, su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, el equilibrio entre sus derechos y garantías y las exigencias del bien común, su centro de vida (el lugar donde hubiese transcurrido en condiciones legítimas, la mayor parte de su vida). Está dispuesto que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de niñas, niños o adolescentes y otros derechos e intereses igualmente legítimos prevalecerán los primeros" (MÉNDEZ COSTA, María J. - MURGA, María Eleonora, "Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Encuadre internacional latinoamericano y provincial argentino", LA LEY 2006-A, 1045).----------

--- Ergo, lo fundamental, al momento de resolver la cuestión sub lite es tener en cuenta el interés superior de los niños que se encuentran involucrados en esta disputa (art. 1,3 y cctes, Ley 26061).----------

--- En mi "Código Civil anotado" he espigado algunos fallos reveladores en esta materia. Ellos son: a) La necesidad de una "protección especial" enunciada en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3°, brindan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio (CSJN, 28/8/07, " S.,

L. E. c. Diario El Sol", en LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia", Edit. Lexis Nexis SA, Buenos Aires, 2008, t. V, p. 1097, dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hizo suyo).----------

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

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

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

--- A ello deben sumarse tres pautas extraídas de otros fallos de la CSJN: ----------

---a) el interés material y moral de los niños debe tener una relevante prioridad sobre cualquier otra ponderación (Corte Sup., 1/6/04, "Q., M. J. y otros v. C., J. y otros", JA 2004-IV-754); ----------

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

--- c) Pero es claro que el alcance del art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño es el de priorizar el "interés superior del niño" en el marco de interpretaciones y aplicaciones jurídicas posibles; no, en cambio, el de subvertir todo derecho (público o

privado) en aras del aludido interés (Corte Sup., 3/4/01, "S., V. v. M., D. A.", voto en disidencia del Dr. Petracchi).----------

--- Establecido que el interés superior de los niños involucrados en esta disputa habrá de ser la pauta axial para resolverla, debe también descartarse que tal interés superior tenga en autos una función subversiva, ya que no lleva su aplicación a consecuencias jurídicamente inaceptables, como no lo es que los hijos de una persona habiten con su padre, quien se ha revelado apto para tal fin y se ocupa de sus necesidades, les hace practicar deporte, actividad sana si las hay y los lleva por buen camino, lo que nos es difícil de apreciar, viendo que se trata de niños educados, bien dispuestos, proactivos y que trasuntan una buena formación y valores.----------

--- Sobre el "interés superior del niño" se han volcado muchos adjetivos, pero pocas sustancialidades. Parece existir en derecho una regla o proporción inversa entre adjetivación y sustancia: a mayor adjetivación, menor sustancia. ----------

--- Sobre este concepto jurídico indeterminado, abierto al extremo, se ha dicho con agudeza que "será difícil encontrar otro concepto dentro del Derecho que, como el interés superior del menor, haya tenido tantos calificativos dotados de una variedad tan extrema y de naturalezas tan diferentes. Alfa y omega del derecho de familia" (CHABERT, Cyril. «L'intérét de l'enfant et les conflits de lois». Aix Marseille. 2001. pp. 17, 18, 25 y ss.).----------

--- Sobre el concepto se ha dicho también que se trata de una "noción proteiforme; bolsa donde todo cabe; noción funcional y operatoria; instituyente; rebelde o subversiva contra los mecanismos jurídicos tradicionales; noción fluida; comodín; atrapatodo; ratio legis del derecho de familia; condición de oportunidad; argumento de equidad; factor de aproximación entre sistemas jurídicos; delegación del poder normativo o una abdicación del legislador; obsesión paidocéntrica; noción mágica" (Ruben Santos Belandro, "El Interés Superior del Menor en el Derecho Internacional Privado", p. 1).----------

--- Resulta innegable que el interés superior del niño no puede terminar convirtiéndose en un "muñeco de ventrílocuo" que se utilice para colocar como elemento visible de una voluntad judicial inasible o esquiva; ni puede este concepto ser el sustituto de una motivación suficiente o adecuada de una resolución judicial atinente a menores.----------

--- Agudamente se ha expuesto que "tantos adjetivos -muchas veces provenientes del mismo intérprete- generan la duda acerca de si es posible encontrar algún núcleo compartido entre todos los estudiosos, como forma de que el tan recurrido "interés superior del menor" pueda ser un concepto realmente operativo en el campo del Derecho. Muchos de ellos –la mayoría- reflejan una actitud de simpatía en cuanto a adoptar una actitud favorable hacia la minoridad. Otros, dan la impresión de recelo, de reserva, cuando no de displicencia. Pero, más allá de las actitudes subjetivas de cada quien, lo que asombra es la diferente naturaleza que esas expresiones reflejan en cuanto a un concepto que para convertirse en universal –como es su aspiración- debería tender a la mayor uniformidad posible en su inteligencia. El realce de cada

cualidad repercute en su forma de funcionamiento: concepto abstracto y general y, por tanto, inmutable; noción concreta y específica y, por ende, cambiante; precisión material o sustantiva, regla formal, actitud ética; expresión de los derechos fundamentales del ser humano; técnica de actuación del juez; constituyen en forma resumida algunos de los abordajes que el intérprete podría realizar. Parecen demasiados atributos para una sola idea" (Ruben Santos Belandro, "El Interés Superior del Menor en el Derecho Internacional Privado", p. 1).----------

--- Compartiendo muchas de estas sagaces observaciones, y no siendo esencial la determinación de un concepto de interés superior del niño que sea eterno, inmutable y aplicable a todos los casos, debe dejarse de lado la pretensión de identificar un concepto absoluto, aplicable sin cortapisas a todos los casos y adoptar una pretensión menor, más asequible y menos cuestionable: la de determinar en este caso particular y concreto por qué meridiano pasa el mentado interés superior.----------

--- Ergo, debe uno preguntase ¿cuál es en este caso el interés superior de los niños involucrados en la disputa?. La respuesta no es demasiado compleja, dadas las particularidades del caso. Esa respuesta no es otra que dicho interés es que se les permita continuar con su vida actual, en compañía del progenitor que, a falta de acuerdo entre ellos, el Poder Judicial encontró más apto para estar con ellos, su padre.-

--- En la puja entre el derecho de la madre a la custodia de sus hijos menores y el interés superior de ellos debe prevalecer el interés superior de los menores (art. 3 inc. "a" de la Ley 26.061 y Convención de los derechos del niño).----------

--- Y este interés superior se ve mejor satisfecho estando los menores con su padre, quien en virtud de sus mayores disponibilidades de tiempo y flexibilidad de sus horarios, se ocupa más eficientemente de las necesidades de los niños, los lleva a remar al río, les prepara la comida, los prepara para asistir a la escuela, comparte más tiempo con ellos, no los deja solos de noche (cfr. fs. 50 vta., párr. 6° y actas de audiencias reservadas).----------

--- En cuanto al recurso al principio de inseparabilidad de los hermanos que efectúa la actora apelante, el mismo no tiene juego en este caso, pues el mismo se encuentra en pugna con el principio del interés superior del niño: no es cuestión de que los hermanos estén juntos, si van a estar mal atendidos. Desafortunadamente por propia declaración de los niños varones ha quedado acreditado en la causa que así sería, si se les ordena volver con su madre. Por otra parte, no puede negarse algo evidente: uno de ellos ya se escapó de ese hogar, por resultarle intolerable vivir allí, según declarara a esta Sala.-----

--- La no separación de los hermanos es un criterio atendible en ciertos casos –no en este-, pero en cualquier caso no es un criterio absoluto, como sí lo es el del interés superior de los niños. Encontrándose ambos en pugna en este caso, debe prevalecer el último.----------

--- Creo que lo expuesto hasta aquí es suficiente para demostrar la carencia de asidero de lo alegado por la apelante en su recurso, no siendo necesario seguir a la recurrente

en todas sus alegaciones, dado que las restantes que formulara carece de incidencia para la correcta resolución de la litis.----------

--- Por tales fundamentos, y de conformidad con el dictamen de la Asesoría de Familia e Incapaces de fs. 183/vta., habré de acompañar la propuesta del Dr. Velázquez de confirmar el decisorio impugnado en cuanto fuera materia de recurso y agravios, imponiéndose las costas de alzada a la apelante vencida en esta instancia (cfr. art. 68 CPCyC). También propiciaré la regulación de los emolumentos del Dr. I. O. B. por sus labores de alzada en la suma de pesos quinientos, determinación que se justifica en atención a la extensión, mérito, calidad y resultado de las tareas cumplidas en la alzada (art. 6, 7, 9, 14, 19, 47, Ley 2.200).----------

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

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

--- Frente al acuerdo alcanzado, corresponde confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a la apelante y regulando los honorarios de su letrado apoderado Dr. I. O. B., por sus labores de alzada, en la suma de $ 500. ----------

--- ASÍ LO VOTO. ----------

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

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

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

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

--- Trelew, de febrero de 2010.----------

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

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- CONFIRMAR la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios; ----------

--- IMPONER las costas de segunda instancia a la apelante y regulando los honorarios de su letrado apoderado Dr. I. O. B., por sus labores de alzada, en la suma de $ 500.----------

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

REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.010 – SDF.- Conste.-

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA