

En la ciudad de General Roca, a los 5 días de Octubre de 2011, se reúnen en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en ésta ciudad, para dictar sentencia en los autos caratulados: "T.,S.M.L. C/B.,A.S. S/VARIOS (TESTIMONIO DE APELACION)" (Expte.nº 20.720-CA-11), venidos del Juzgado de Familia nro.DIECISEIS, y previa discusión de la temática del fallo a dictar, se procede a votar en el orden de sorteo practicado, la siguiente cuestión:

CONSIDERANDO: Fundamentos del Dr.JOSE J.JOISON: Que se elevan estos autos a este Tribunal a los fines de resolver el recurso de apelación concedido a la actora en el recurso de queja en autos "T.S.M.L. C/B.A.S. S/ Incidente aumento cuota alimentaria s/ Recurso de queja" ( Expte. Nº 20636-CA-11 ) conforme testimonio de fs. 33.-

La apelación otorgada a la parte actora por esta Cámara se debió a la oposición formulada por el demandado a la declaración testimonial del Sr. Simón Eduardo Tosunian en razón de ser éste último padre de la actora, por estar ello prohibido expresamente por el art. 427 del CPCC..-

Ello es exacto pero tratándose de una cuestión que afecta al incremento requerido en relación a la obligación alimentaria de un niño y considerando que se trata de casos cuyo conocimiento está íncito en las relaciones familiares, son precisamente estos los que están en mejor conocimiento de las cuestiones relacionadas con la cuestión planteada.-

Asimismo es sabido que en las cuestiones de familia en que se encuentra involucrado un menor, la decisión deber estar siempre subordinada al interés superior del menor porque así lo establecen los arts. 2; 3; 5 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño, incorporada a la Constitución Nacional con jerarquía superior a las Leyes (art.75, inc. 22) y de la que nuestro país es signatario. En orden al cumplimiento acabado de ese fin, y entendiendo el derecho del menor en cuanto a alimentos como un derecho subjetivo primordial se estima que es conveniente receptar la declaración testimonial del padre de la actora, Simón Eduardo Tousunian, lo que así se ordena, sin perjuicio de corresponder al Juez la crítica de la declaración, el grado de verosimilitud de los hechos narrados o su posible contradicción con los hechos normales.-

Fundamentos del Dr.JORGE O.GIMENEZ: Habré de disentir con lo propuesto por el primer votante, Dr. José Joison. La doctrina procesal, sin fisuras, sostiene que "El incontestable carácter de orden público que la prohibición legal reviste, lleva a considerarla absoluta y, como tal, indisponible para las partes. Condición, como lo ha

enfaticado la doctrina igualmente –y con mayor razón- ha de reconocerse en los procesos de familia. Aunque, en este último aspecto cabe formular la salvedad de que la jurisprudencia ha admitido desde antiguo la declaración de los llamados testigos necesarios, especialmente en las cuestiones de aquel linaje, sin perjuicio de la apreciación de esos testimonios conforme a las reglas de la sana crítica.-...Tratándose de prueba inadmisibles corresponde rechazarla in limine, de oficio, aunque haya sido propuesta por la parte a quien presuntamente ha de favorecer. Si por error se la hubiera recibido, no será considerada en la sentencia, por que el acto adolecería de nulidad manifiesta (art. 172)” Morillo y Otros, CPCComt. T. V-B, pág.187/188, el destacado le pertenece). He aquí lo que sintetiza la razón y el criterio aplicable respecto de la exclusión que manda el art. 427 del rito. El impedimento es de orden público, lo que lo hace indisponible a la subjetividad de las partes, es absoluta, lo que lo excluye de la admisibilidad jurisdiccional, y la única excepción que ha construido alguna jurisprudencia, se limita a los casos de los llamados testigos necesarios y vinculados a su condición excepcional de ser no sustituibles o incanjeables, por la forzosa situación de conocimiento del caso, que reclame ser admitido, pues de lo contrario, se frustraría la posibilidad probatoria. Es en este excepcional caso, en donde el principio de amplitud de la prueba, como forma y garantía del debido proceso, se erige por encima de la regla procesal, que en lo usual niega la admisibilidad del testigo parental. En el proceso de las acciones de estado de familia, tal insustituibilidad (y por ende necesidad) para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, recae en el conocimiento fáctico que sólo tienen alguno de estos parientes excluidos, con lo que si se negare recibirlos, se negaría la prueba conducente “con la consiguiente perspectiva de una sentencia injusta” (ob. cit. pág. 190, y doc. citada a pie de pág.). En la especie, tal como juzga el grado, no se ha invocado razón de insustituibilidad alguna que haga procedente la excepción para actuar contra lo que manda el plexo procesal vigente. No es el interés superior del niño amparado por las Convenciones vigentes, ni la naturaleza alimentaria del derecho ejercido en la especie, lo que aporta el criterio jurídico que debe ilustrar la solución debida. Voto por la negativa.-

Fundamentos del Dr.OSCAR H.GORBARAN: Llamado a dirimir la disidencia entre los dos Vocales preopinantes, voy a inclinarme por la solución dada por el Dr.Giménez,compartiendo los sus muy bien sustentados fundamentos, a los que agrego: Parto de la base que la prohibición legal tiene origen en razones de orden público, que es indisponible, salvo excepciones que ha forjado doctrina y jurisprudencia, para los

casos de familia en que los testimonios requieren la necesidad de su recepción por los motivos que enuncia el segundo votante.- No es el caso por más que los alimentos integren una litis familiar, y esté en juego los intereses de menores.- Al ofrecerlo no ha invocado causal alguna que permita apartarse del principio general, y las razones que aduce luego no son suficientes para receptar el testimonio, desde que se quiere probar una ayuda por demás importante de parte de su progenitor que supliría en parte la obligación alimentaria del padre.- Lo que por su entidad, necesita de otros medios de demostración, siendo la declaración del progenitor inidonea a tal fin, sin perjuicio de su legal prohibición.-

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería, POR MAYORIA, RESUELVE: Rechazar el recurso de apelación deducido por la actora, y en consecuencia confirmar, en lo que ha sido materia de agravio, la interlocutoria de fecha 16-6-2011.- Con costas, debiendo diferirse la regulación de honorarios a los de la instancia previa.-

Regístrese y vuelvan.-

Dr.José J. JOISON Dr.Jorge O. GIMENEZ

Vocal Vocal

Dr.Oscar H. GORBARAN

Presidente

Ante mi:

Se deja constancia que el Dr.JOISON no firma la presente Resolución por encontrarse a la fecha en uso de Licencia por Comp.de Feria (art.70 Reg.Jud.), habiendo emitido su voto en fecha 21-9-2011.- Conste.-

nvp