



Expte. 10273 R.I. 101 (S)

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial-Necochea.

En la ciudad de Necochea, a los 07 días del mes de octubre de dos mil quince, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, en acuerdo ordinario, a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: “**H., A. W. c/H., C. R. I. s/Autorización**” habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y el art. 263 del Código Procesal Civil y Comercial, resultó del mismo que el orden de votación debía ser el siguiente: Señores Jueces Oscar Alfredo Capalbo y Fabián Marcelo Loiza.

El tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1a ¿Es justa la sentencia obrante a fs. 52/55vta.?

2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ

DOCTOR CAPALBO DIJO:

I) Conforme surge de las constancias de autos a fs. 52/55vta. el Sr. Juez de grado dicta sentencia en la que resuelve: I) Autorizar la salida del país del joven B. W. H., DNI 51.701.719 nacido el 01 de agosto de 2001, en compañía de su padre Sr. A. W. H., DNI 92.875.181 supliendo el consentimiento materno con destino a Australia, conforme documentación obrante en autos. Dicha autorización alcanza desde el día 23 de julio de 2015 hasta su regreso el día 28 de diciembre de 2015; II) El progenitor



Expte. 10273-250.

deberá garantizar el contacto permanente del joven con su madre y demás familiares en Argentina a través de los medios electrónicos disponibles. Haciéndole saber que deberá restituir al joven a la Argentina inmediatamente si ese es el deseo del joven. Asimismo, deberá acreditar en autos la escolarización de B. durante el período que dure el viaje; III) Imponer las costas en el orden causado; IV) Regular los honorarios del Dr. H. S. G. en la suma de PESOS . (\$) con más los aportes legales correspondientes. Y los del Dr. D. S. en la suma de PESOS . (\$) los cuales se harán efectivos cuando su patrocinada mejore de fortuna.

Contra dicho pronunciamiento a f. 80 interpone recurso de apelación la demandada, solicitando se conceda con efecto suspensivo.

A f. 81/vta. la Sra. Jueza de grado concede el recurso de apelación en relación y con efecto devolutivo; obrando los agravios a fs. 141/146.

II) 1. En su memorial solicita la recurrente se declare nula la sentencia atacada “por la existencia de vicios ‘in procedendo’ y asimismo se revoque en su totalidad en cuanto la misma resulta incorrecta y contraria a derecho como así también se analizó de manera absurda y errónea los extremos de autos, y de igual modo se interpretó las normas aplicables.”

Expresa que “existen elementos más que suficientes para declarar la nulidad de la sentencia dictada en autos, ello en tanto ha existido una omisión en el previo y debido tratamiento de la prueba ofrecida.”



Expte. 10273-250.

Aduce que “el A quo ha dictado sentencia en forma prematura, sin antes haberse pronunciado respecto de la admisibilidad o no de la prueba ofrecida por la accionada –sin declarar el asunto como de puro derecho, etc.-, constituyéndose su accionar en un vicio ‘in procedendo’ en tanto los defectos acusados se dieron en el procedimiento anterior –y coetáneamente- al dictado de la sentencia”.

Añade que “esta parte jamás convalidó o subsanó los defectos de la sentencia, pues jamás tuvo oportunidad de conocerlos antes de la misma. Así el A quo durante el proceso jamás se pronunció respecto de la procedencia o improcedencia de la prueba, cuestión que se limitó a hacer con el dictado de la sentencia misma. Un dislate.”

Solicita en consecuencia se declare la nulidad de la sentencia y reenvío a primera instancia, para que, una vez sustanciado el trámite y producida la prueba, dicte sentencia.”

2.1. Al fundar su apelación, se agravia en primer término en cuanto “el A quo considere que la autorización requerida no resulte abusiva, ello en tanto pretende desnaturalizar las circunstancias, disfrazando a una tenencia con un vestido de autorización de viaje, absurdo. Pues bien sabido es que es muy diferente un viaje de vacaciones o recreación a un viaje de 6 meses a un país forastero.”

Sostiene que “el A quo ha desnaturalizado los procesos, dando



Expte. 10273-250.

una tenencia provisoria del niño por 6/7 meses dentro de un proceso acotado como el de autorización y sin que se haya dispuesto un cambio judicial de tenencia, lo que de por sí resulta un despropósito inadmisibles, y un manejo de las instituciones y proceso cuestionable.”

2.2. Agravia en segundo término a la recurrente que “el A quo considere que no están en riesgo y comprometido la estabilidad y armonía espiritual de B..”

Expresa que “la autorización pone en riesgo aspectos elementales objetivos y subjetivos de niño. En efecto objetivamente no se sabe dónde vivirá el niño, no se sabe a qué colegio concurrirá, no se sabe si existe incompatibilidad curricular, no se sabe cómo se sostendrán sus gastos. Así se ha puesto en riesgo la educación del niño, sin que el a quo haya tomado nota de ello. También en el aspecto subjetivo no se ha evaluado el desarraigo y a diferentes costumbres que representa Australia para el niño.”

Y añade: “Ha obviado el A quo que B. se trasladó a Argentina no (SIC) en sus primeros años de vida, y que aquél no abreva la cultura anglosajona. B. pierde amistades, pierde contacto con su hermano, pierde contacto con todos sus familiares.”

2.3. Agravia en tercer lugar a la recurrente que “el A quo mencione que con la autorización de viaje se haya completado el interés



Expte. 10273-250.

superior del niño. Olvida el A quo que proteger el interés del niño no es solamente oír la voluntad del niño, sino que también resulta trascendental ver si existen pautas y parámetros que permitan sostener dicho interés. La voluntad del niño no es un bill de indemnidad que permita soterrar cualquier argumento que a él se le oponga. Existen parámetros objetivos que el a quo no ha tenido en cuenta a la hora de decidir la conveniencia en el interés del niño. Así se expone al niño a la pérdida del año escolar, sin siquiera hacer mención de ello.”

2.4. Cuestiona seguidamente la sentencia recurrida en cuanto “el A quo desestima la prueba ofrecida en el momento de dictar sentencia, todo ello conforme he expresado en el planteo de nulidad. El A quo no ha dado mayores explicaciones, no dando entidad a la oposición, y a la prueba ofrecida, sin dar más argumentos que acusar una infundada improcedencia. Un despropósito inadmisibile.”

2.5. En quinto término se agravia en cuanto “el A quo considere que existen garantías de retorno y comunicación con el niño cuando hasta hace dos meses el niño estuvo incomunicado con su madre, conforme se hubiese acreditado con la instrumental –cuestión no considerada a la hora de fallar-, la que el a quo considera improcedente.”

2.6. Por último critica que “el A quo no se haya entrevistado con las partes antes ni tomado conocimiento directo de las formas y modos en que se realizaría tal residencia.”



Expte. 10273-250.

“Que no existiendo pautas ni parámetros objetivos, ni una evaluación seria de las pretensiones y bolsicones (SIC) de las partes, como así también habiéndose violado elementales derecho de defensa y prueba, desnaturalización de las instituciones que implican un cambio de residencia del niño, es que debe revocarse la sentencia en cuanto materia de agravio, dejándose sin efecto.”

A fs. 151/159vta. contesta el memorial el actor y a f. 161 evacua la vista conferida la Sra. Asesora de Incapaces, reiterando el dictamen obrante a fs. 32/33.

A fs. 178/188vta. el actor adjunta documentación y fotografías.

A fs. 193/194, f. 196/vta. y 222/vta. obran actas de audiencias celebradas ante este tribunal.

A los fines del tratamiento del recurso, se aclara que las remisiones que se efectúen se harán citando las fojas del expediente principal, salvo aclaración en contrario.

III) 1. Como aclaración liminar ha de subrayarse que la presente causa arriba a esta instancia habiéndose ya efectivizado la autorización de viaje dispuesta a fs. 52/55vta.

Que tiene como antecedente una autorización anterior sustanciada en el expediente 12595 que se tiene a la vista y cuya declaración de haber caído en abstracto (ver f. 44) originó un nuevo pedido



Expte. 10273-250.

que el a quo decidió sustanciar en esta causa separada (v f. 74/75). Ello originó diversos planteos de las partes, principalmente del demandado, en orden a señalar irregularidades en el trámite.

Sin embargo, para lo que ahora importa y que aún mantiene vigencia en virtud de los agravios vertidos, ha de considerarse que del nuevo pedido de autorización obrante a fs. 5/8 se ordenó traslado por cinco días a la contraparte, imprimiéndose el trámite del art. 496 del CPC. Dicho traslado fue evacuado a fs. 17/21, pidiéndose el rechazo de la autorización y ofreciéndose prueba testimonial, confesional, instrumental y pericial.

A fs. 38/39vta. la demandada denuncia hecho nuevo y acto seguido se dicta nueva providencia de traslado de la demanda, v. segundo párrafo (esta vez por tres días) y se corre traslado del denunciado hecho nuevo (fs. 40/vta.).

A fs. 43/45vta. el actor contesta traslado del hecho nuevo dando nuevas informaciones sobre el alcance de la autorización que requiriera; en tanto, a fs. 46/50vta. la demandada renueva su contestación de demanda ante el nuevo traslado que se le confiriera, reiterando el ofrecimiento de prueba que ya fuera enunciado.

Acto seguido, a f. 51 y sin que ninguna de estas presentaciones fueran proveídas autónomamente, se presenta el actor requiriendo la habilitación de la feria judicial en razón de que la fecha prevista para el viaje



Expte. 10273-250.

cuya autorización se requiriera era el día 23 de julio de 2015.

Es así que con fecha 20 de julio la Sra. Jueza de grado dicta sentencia haciendo lugar a la autorización solicitada, desestimando en dicho resolutorio tanto los argumentos de la progenitora como la prueba que ofreciera en apoyo de su negativa a la autorización requerida.

Es en tales términos que esta parte requiere la nulidad de dicho resolutorio por resultar prematuro al no haberse expedido el Juez respecto de la prueba ofrecida, y sin haber declarado la cuestión de puro derecho.

Al respecto, debe señalarse que si bien ello no se encuentra expresamente regulado, la doctrina ha señalado que en este tipo de procesos en virtud de la remisión que efectúa el artículo 496 del CPC corresponde dictar el llamamiento de autos para sentencia y aún de modo previo, que la declaración de puro derecho no sólo ha de dictarse sino aún notificarse por cédula (conf. Highton-Arean, Código Civil Procesal Civil y Comercial de la Nación, T. 8, Hammurabi, pág. 750; Palacio, Derecho Procesal Civil, T. VI, parág. 896, fs. 5022/503 y parág. 898, pág. 505).

Amén de ello el inciso tercero del citado artículo prescribe la celebración de una audiencia de prueba, la que se ha soslayado en autos, omitiéndose aún dictar proveído alguno tendiente a hacer saber a la parte la desestimación de su prueba y la innecesariedad en consecuencia de celebrar dicha audiencia.



Expte. 10273-250.

Dichas omisiones hacen encuadrar el planteo en lo que Hitters enuncia como “Providencia dictada, sin que la causa haya estado en condiciones, siempre que las partes no hayan consentido el llamamiento de autos.” (conf. “Técnica de los Recursos Ordinarios”, 2 ed., Librería Editora Platense, 2004, pág. 533 pto. 6).

Sin embargo, como señala este mismo autor, “carece de sentido enunciar causales de nulidad, cuando todos esos vicios tienen reparación a través de la apelación” (pág. cit).

Así entonces lo que cabe analizar es si esa resolución prematura implica para la parte un perjuicio actual ya que como también cita el mismo autor “rigiéndose el recurso de nulidad por los mismos principios que resultan de aplicación en materia de nulidades, no cabe declararlas en sólo interés de la ley.” (pág. 538); insistiendo en “que para que tenga cabida este recurso –como cualquier otro-, es preciso que el impugnante tenga un interés, esto es un agravio (pág. 539). Y es aquí donde falla el recurso.

Por ende, en virtud de la absorción que ejerce el recurso de apelación respecto del de nulidad (art. 253 CPC), ha de analizarse la queja en lo que respecta al ofrecimiento de prueba que fuera preterido por el judicante de grado.

Al respecto, lo cierto es que la lectura del memorial revela que el apelante ni siquiera enuncia cuál fue la prueba de cuya omisión de



Expte. 10273-250.

sustanciación se agravia. Menos aún realiza un desarrollo argumental eficaz –indispensable para que este tribunal pueda abocarse a la cuestión– explicando de qué modo la prueba desestimada en la sentencia hubiera incidido en la decisión final de la causa.

La mera expresión de afirmaciones genéricas y de su disconformidad con lo resuelto carece de entidad en esta instancia como para revertir el trámite, lo cual por lo demás, introduciría al expediente en un cauce de aún más incierto desarrollo. En efecto, se limita el recurrente a finalizar esta parcela solicitando se declare “la nulidad de la sentencia y el reenvío a primera instancia, para que, una vez sustanciado el trámite y producida la prueba, se dicte sentencia.” (v. pto. III, f. 144).

De tal modo, la parte no sólo omite hilar razonadamente de qué manera la prueba iba a sustentar los hechos que consideraba relevantes –lo que como se dijo, por sí mismo, conlleva su deserción– sino que también omite asumir un factor que en el caso resultaba imprescindible de abordar si el eje insoslayable a considerar es el supremo interés del adolescente. Y es el factor tiempo. Sabedor el recurrente de que aquello a resolver tiene como norte el principio citado (art. 3.1. Convención sobre los Derechos del Niño) omitir analizar las consecuencias de su pedido, es decir, de anular y remitir a la instancia para que se sustancie la prueba, acarrea un déficit argumental que no se puede ignorar, y que conspira contra su pedido tornándolo lábil. Es que en efecto, no propone el recurrente qué sería razonable que ocurra



Expte. 10273-250.

en el mientras tanto. Si el adolescente permanece donde se encuentra residiendo, la sustanciación que pide consumiría un lapso sustancial del tiempo de viaje que se autorizara. Si en cambio, aunque no lo diga, su intención es que anulada la sentencia el hijo retorne de manera inmediata, se someta a alguna de las pruebas desestimadas, y aguarde el dictado de un nuevo resolutorio que decida si se lo autoriza o no a efectuar el viaje, puede fácilmente advertirse que ese supremo interés quedaría fulminado en su misma base. Y ello, como se viera, en el sólo interés de la ley (arts. 169, 253, 260, 261 CPC).

No es que se adopte aquí la teoría de los hechos consumados ni mucho menos, por lo que ha de insistirse en el punto. Para provocar el trastorno procesal que propone, el recurrente debió dar razones lo suficientemente graves como para que pudiera considerarse que decretar la nulidad era el mal menor frente a la alternativa que aquí se propicia. Y ello, no sólo no fue cumplido sino que ni siquiera permitió adentrarse en ese análisis.

La irregularidad del trámite que denuncia y se advierte, no es por sí sola suficiente para el dictado de la nulidad, máxime cuando el recurrente no asume cabalmente las consecuencias que su pedido ha de acarrear en el adolescente cuya autorización, hasta aquí, ha sido dada y efectivizada legalmente (v. resolución obrante a fs. 147/vta. del expte. 159.789 “H., A. W. c/H., C. R. I. s/Autorización s/Recurso de queja”).



Expte. 10273-250.

2.1. Ingresando ahora al resto de los agravios, cabe en primer lugar señalar que arribados los autos a esta instancia se encuentra vigente el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que en lo que interesa a la presente causa resulta de aplicación inmediata (art. 7 de dicho plexo normativo; v. al respecto Kemelmajer, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas en curso de ejecución”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2015, Número extraordinario, parág. 24.6, pág. 190 y sgtes.).

De manera general, pero con marcada incidencia en la cuestión en examen, como ha señalado Elena I. Highton, este nuevo código “toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre éste, la Constitución y el derecho público.” (“Los jóvenes adolescentes en el Código Civil y Comercial”, La Ley 13-04-2015, 1, La Ley 2015-B, 901; íd. “Título Preliminar del Código Civil y Comercial. Principios generales del Derecho argentino, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2015, Número extraordinario, Claves del Código Civil y Comercial, págs. 11 y sgtes.).

Como también señala en el primero de los artículos citados, “La constitucionalización del derecho civil y la incorporación de los tratados de



Expte. 10273-250.

derechos humanos en el bloque constitucional (art. 75, inc. 22 Constitución Nacional) han tenido fuerte impacto en el derecho en general, en particular en el de familia y en la transformación del concepto y reconocimiento de mayores aptitudes de la persona joven.” Ilustra la jurista a continuación las distintas normas que revelan este último principio.

De modo coincidente Graciela Medina expresa: “Otro de los principios que ha recogido el Código Civil y Comercial es el de la capacidad progresiva de las personas que se ve plasmado fundamentalmente en las normas del derecho de familia.” Y continúa: “El Código Civil y Comercial otorga una capacidad diferenciada a los niños de los adolescentes, dándoles a éstos mayor autonomía en orden a las decisiones personales e inclusive otorgándoles capacidad jurídica plena en algunos supuestos, como por ejemplo en la adopción los adolescentes pueden iniciar una acción autónoma para conocer sus orígenes.” Y concluye este acápite “Por otra parte en el sistema propuesto se propugna reiteradamente el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.” (“Claves del derecho de familia en el Código Civil y Comercial”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2015, Número extraordinario, Claves del Código Civil y Comercial, págs. 332/333).

Luego, a partir de la vigencia del nuevo Código que recepta de manera expresa los principios citados, es que ha de alumbrarse el análisis de la presente causa (arts. 23, 25, 26, 51, 638/642 y 645 entre otros) en



Expte. 10273-250.

consonancia con las normas de rango superior pertinentes.

2.2. En ese marco entonces y aún dando relevancia al principio de oficiosidad que prescribe el art. 706 del Código Civil y Comercial, se advierte que el memorial en examen carece de una argumentación eficaz que facilite su tratamiento.

En el esfuerzo de dar respuesta, máxime dada la índole de la cuestión debatida y en tanto el apuntado déficit no permite descuidar una seria indagación respecto del superior interés del menor (art 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 3 Ley 26.061; art. 4 ley 13.298), y principiando por lo que concierne a que se habría desnaturalizado el proceso “disfrazando a una tenencia con un vestido de autorización de viaje”, cabe señalar, en primer lugar, que la queja otorga la oportunidad de apreciar que la aplicación de las normas del nuevo Código Civil y Comercial resultan de aplicación inmediata y también aquello que señala Highton en el sentido que “el lenguaje tiene valor simbólico y pedagógico e incide en las actitudes con que las personas enfrentan cada situación.” (“Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial”, La Ley 13/04/2015, 1, La Ley 2015-B, 901).

En efecto, el nuevo Código Civil y Comercial reemplazó el clásico y anterior término ‘tenencia’ –que significa ‘ocupación y posesión actual y corporal de una cosa’-, por no resultar acorde a la consideración del niño como una persona, por la expresión ‘cuidado personal del hijo’ (art. 648)



Expte. 10273-250.

(conf. Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras, Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014, T. IV, Rubinzal-Culzoni editores, pág. 103). Además como allí se señala, de acuerdo a los nuevos lineamientos en la materia el cuidado personal de los hijos corresponde a ambos padres –compartido- y excepcionalmente se puede atribuir a uno de ellos.

Aunque esto último puede ser convenido por los progenitores, lo que viene a enseñar su espíritu es a favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores, conjugando el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la responsabilidad familiar. Lo cual se mantiene como principio rector, salvo situaciones excepcionales. Ello así en tanto el principio del interés superior de los menores de edad, encuentra de ese modo su mejor realización al exigir que ambos progenitores perciban que su responsabilidad continúa, a pesar de la ruptura de la convivencia, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de sus deberes para con los hijos lo cual responde de modo más orgánico con las directrices de la convención (art. 9 CDN).

Así entonces y tornando al agravio, ha de señalarse que del texto del inciso c) del artículo 645 del CCyC, pueden darse dos situaciones: “autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia



Expte. 10273-250.

permanente en el extranjero;”. En la sentencia dictada se ha autorizado al adolescente para salir de la República hasta el día 28 de diciembre de 2015, con lo cual el resolutorio se encuadra claramente en el primer supuesto (contemplado aún por las partes en el punto 6) del acuerdo obrante a fs. 180/181vta. del expediente Nro. 1398 “H., C. R. I. c/H., A. W. s/Divorcio contradictorio), y el hecho de que el mismo se haya extendido a alrededor de cinco meses no le quita en principio ese carácter. Debe observarse que en la actualidad B. cuenta con catorce años, ha sido inscripto en una institución educativa en el país de destino en la que se encuentra cursando tercer año (v. audiencia de fs. 196/vta. e instrumental de fs. 182/186 y 208/214) y reside temporariamente junto a su progenitor y su tía, que viven en dicho país (v. acta de fs. 193/194).

2.3. Cabe agregar que en la autorización otorgada resultaba de análisis un elemento esencial: el derecho constitucional de comunicación, esto es, en palabras de Molina de Juan, la posibilidad de acceder, ejercitar y obtener la ayuda y colaboración necesarias para mantener y preservar –en el caso- el vínculo paterno-filial (Tratado de Derecho de Familia, según el código civil y Comercial de 2014, T. II, Rubinzal Culzoni, pág. 372). Cuestión ésta que el recurrente omite palmariamente referir y cuya raigambre constitucional es indudable (art. 10 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 23 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).



Expte. 10273-250.

Así es cierto que la autorización otorgada excede lo vacacional, pero ello lejos de resultar en el caso un argumento para tachar de abusiva la sentencia, supone como se dijo, un elemento esencial que no podía ser descuidado por el recurrente.

Como ha señalado la Corte Nacional en palabras de la Procuradora Fiscal que el Tribunal hace suyas, el superior interés de la infancia es un concepto abierto, consecuentemente, en el desenvolvimiento de su ministerio –eminente práctico-, los jueces están llamados a asignarle contenidos precisos (C.S.J.N. 14/09/2010, V.M.N., J.A., Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2011-1, págs. 79/83), y son justamente éstos los que en el caso se vienen evaluando y que no atiende el recurso.

2.4. En ese sentido, y abordando lo que agravia al recurrente “en segundo término”, no puede éste desconocer ni ignorar en su argumentación que el país de destino, lejos de ser ‘forastero’ resulta ser ni más ni menos su país de origen, en el que vivió sus primeros años, en el que se ha reencontrado con su familia paterna (ver audiencia de fs. 196/vta), con lo que para un adolescente de catorce años significa. De ese modo, antes que perder sus afectos encuentra la posibilidad de restaurarlos y ampliar los que ya tiene. Antes que evaluarse el temor a un desarraigo y a padecer “diferentes costumbres” debiera reflexionarse sobre la sabia disposición contenida en el artículo 18.1. de la CIDN “Los Estados partes pondrán el



Expte. 10273-250.

máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño... su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”

Y puntualmente el artículo 29.1. que dispone: “Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: ...c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;”.

2.5. Máxima relevancia adquiere en el caso aquello que se refiere en tercer término, es decir, la voluntad de B.. Amén de lo que expone en otros pasajes de su memorial aquí vincula el recurrente lo que considera el yerro de la autorización otorgada a que el interés de B. no puede sostenerse sólo en su voluntad sino en parámetros objetivos, aludiendo a que “se expone al niño a la pérdida de año escolar, sin siquiera hacer mención de ello.”

Respecto de esto último, a fs. 181/186 y fs. 208/215 de la presente causa obran las constancias de ingreso a una institución educativa sin que ello haya sido negado. Por el contrario lo que observara a fs. 200/vta. es que el niño fuera de procedencia católica e ingresara a una institución luterana.



Expte. 10273-250.

Más allá de que ha de tenerse en cuenta el respeto y fortalecimiento de la educación recibida, que si bien no se encuentra acreditada se concede, lo cierto es que si dicha educación fue ejercida hasta ahora, difícilmente pueda la misma ser arrasada por su ingreso, por tan breve lapso, a dicho establecimiento.

2.6. Cabe acá hacer un breve paréntesis. A lo largo de todos los expedientes que se tienen a la vista y que han sido detenidamente estudiados (v. en particular, expte. 159.789 “H., A. W. c/H., C. R. s/Autorización s/Recurso de queja”, fs. 147/vta; expte. 12.595 “H., A. W. c/H., C. R. I. s/Autorización”, fs. 4/9, 12/14vta., 15/vta., 19/25vta., 40/41, 43, 82/83; copias certificadas IPP 6357/14 “Incumplimiento de deberes de asistencia”; expte. 12.566, fs.5/vta.; expte. 11.311 “H., A. W. c/H., C. R. I. s/Ejecución de sentencia”, fs. 19, 32, 33/vta., 39/41; expte. 1398 “H., C. R. I. c/H., A. W. s/divorcio contradictorio”, fs. 27, 48/49, 180/181vta., 197/199vta.; expte. 7681 “H., A. W. c/H., C. R. I. s/Autorización”, fs. 10/15vta., 24, 25, 26, 30/33, 35, 49/vta., 50, 55, 61vta., 63, 64, 81/82, 83/91, 95, 99, 101/104vta., 105/vta., 106/vta., 107/110, 111/vta., 139/vta., 145/vta., 148/151; expte. 1416 “H., C. R. I. c/H. A. W. s/Homologación de convenio”, fs. 31, 32/vta., 46/55vta., 64/66, 101/107, 108/111, 119/123, 131, 133, 134, 135, 137/138, 139/140, 141/vta., 142/145, 146/151, 155/156vta., 161/162, 164/vta., 168/169, 170, 172/173, 175/176, 178, 180, 182, 183/184, 188, 190, 191, 193/194vta., 197, 199, 200, 201, 203/204vta., 207, 208, 213vta., 218/220, 225/226, 229, 231, 236/vta., 241/vta., 254, 259, 268; expte. 12.488 “H., A. W. c/H., C. R. I.



Expte. 10273-250.

s/Tenencia de hijos”; expte. 1394 “H., C. R. I. c/H., A. W. s/Alimentos”; expte. 2942 “H., C. R. I. c/H., A. W. s/Incidente de alimentos”; expte. 11922 H., C. R. I. c/H., A. W. s/Incidente de alimentos”; expte. 12489, “H., A. W. c/H., C. R. I. s/Incidente de alimentos”; expte. 1458 “H., A. W.c/H. C. s/reintegro de hijo”, expte. 10112 “H., A. W. c/H., C. R. s/Ejecución de sentencia s/Recurso de Queja”; expte. 9360 “H., A. W. c/H., C.I.R. s/Autorización s/Recurso de queja”, -actuaciones estas ultimas de trámite ante esta alzada que propicio se agreguen por cuerda-, piezas en las que resalta el grave nivel de litigiosidad entre los progenitores, lo que incluye denuncias penales recíprocas y cierta desatención al principio de lealtad procesal), se trasunta un resquemor que si bien es comprendido, no puede dar sustento para acoger la posición del recurrente. Se reitera, nos hallamos ante la presencia de un adolescente de catorce años, con todas las connotaciones que ello implica.

Como sostiene Highton, “En el nuevo Código, la adolescencia se consume o comienza a los 13 años y es esencialmente una época de cambios. Es la etapa que marca el proceso de transformación de “Niño” en adulto, es un período de transición que tiene características peculiares. Se llama adolescencia, porque sus protagonistas son jóvenes que aún no son adultos pero que ya no son niños. Es una etapa de descubrimiento de la propia identidad psicológica, sexual y autonomía individual. Los jóvenes experimentan un gran interés por cosas nuevas, el conocimiento y la búsqueda de independencia.” (v. “Los jóvenes o adolescentes en el Código



Expte. 10273-250.

Civil y Comercial”, La Ley 13/04/2015, 1, La Ley 2015-B, 901).

No es que ya no necesite ningún acompañamiento ni que sus decisiones, huérfanas de todo contexto, puedan ser el único fundamento para la decisión judicial, pero sostener como único o principal argumento la posibilidad de que pierda su año escolar –lo cual no sólo es incierto sino que además habría que estimar si no cayó en abstracto luego de la presentación de fs. 181/186 y fs. 208/215 y lo que surge del acta de fs. 196/vta.,- aparece como una cuestión menor comparada con lo que está en juego. El respeto a su decisión de concluir su año escolar en su país de destino, fortalecer sus lazos con su familia paterna, conocer y disfrutar nuevas costumbres –aún alimenticias, v. acta citada- involucrarse en la práctica deportiva y en la formación como guardavidas (surf life service), da muestras de estar asumiendo un tramo de su vida que debiera ser observado antes que riesgoso y desestabilizante de su personalidad, como un concreto ejercicio de las normas citadas de la Convención en cuanto a asegurar su desarrollo, su formación, su responsabilidad como fundamento de su libertad y dignidad, en aras de una progresiva autonomía en la cual no ha de ponerse el acento en riesgos conjeturales sino en la confianza en que sus decisiones, aún a riesgo de equivocarse, serán las que coadyuven a vertebrar su personalidad. Cabría entonces preguntarse si en lugar de focalizar esas circunstancias como riesgosas y desestabilizantes no queda implicado más bien un proyecto saludable en el que el joven, aún equivocado, será confrontado con las consecuencias vitales y experienciales de su decisión, y



Expte. 10273-250.

en tanto no existen circunstancias que puedan constatarse ni en esta causa ni en todos sus agregados, con una historia judicial de más de seis años, riesgos de una incidencia tal como para dejar de lado su voluntad y no convertir la manda constitucional en una expresión de contenido hueco.

2.7. Esa voluntad expresada según relato de f. 13 del expediente 12595; audiencia obrante a fs. 16 de este expediente 13301, y audiencia celebrada ante esta alzada obrante a fs. 196/vta. del expedientillo formado para el tratamiento del recurso, en la que este tribunal tuvo oportunidad de ponderar la voluntad de B., que se expresó de manera diáfana, segura y concreta.

Así, a diversas preguntas que se le hicieran, señaló que “vive con su tía y su papá”; que “le quedan dos partidos más y termina la temporada de rugby, que después va a empezar surf life service que sería como prepararte para guardavida”; que “los fines de semana tiene los partidos y se junta con los primos o amigos de su papá a comer; que “se lleva bien con su tía, que con el idioma se desenvuelve bien”, que “está contento y se siente cómodo”; que “la comida es rica y que ha probado un montón de cosas que no conocía”.

En forma particular no puede ser desatendida esta reiterada voluntad que conforme consigna este acta en la que declara B. con claridad y firmeza su voluntad de permanecer en Australia hasta el 28 de diciembre próximo: “que sabe que se puede volver cuando él quiere pero que por



Expte. 10273-250.

ahora se quiere quedar hasta diciembre como establece el acuerdo y después decidir bien”, que “extraña a la familia y a los amigos pero que lo que él quiere es quedarse hasta diciembre como pactaron y después ver.”

2.8. En esa senda, el máximo Tribunal de nuestro país dirimió la causa ya citada (C.S.J.N. 14/09/2010, V.M.N., J.A., Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2011-1, págs. 79/83) dando preeminencia a la voluntad del hijo, aún tratándose en el caso de un preadolescente.

De igual modo nuestro Tribunal Superior ha considerado que “emitir un pronunciamiento judicial en un caso de restitución internacional de menores sin conocer y oír previamente al niño involucrado, importa auspiciar su cosificación y –por tanto- constituye una clara vulneración de sus derechos humanos básicos (conf. arts. 31.1, 3.9, 12.1 y 12.2., Convención sobre los Derechos del Niño y la Observación General 2 el Comité de los Derechos del Niño; 13, Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y su doctrina; 14, ap. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Observación General 13 del Comité de Derechos Humanos; 8, 19 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 1, 18, 31, 33, 75 inc.s 22 y 23, y ccdtes. Const. Nacional; 11, 15, 36.2. y ccdtes. Const. Provincial; art. análog. Arts. 167, 264 ter, 314, 321 y ccdtes. Cód. Civil; 1, 2, 3, 5, 19, 24, 27, 29 y



Expte. 10273-250.

ccdtes, ley 26.061; 4 y ccdtes. Ley 13.298: 3 y ccdtes. Ley 13.634), situación procesal que quita todo sentido y eficacia a cualquier decisión judicial que se adopte a su respecto.” (C 117.351, “P. C. contra S. B. d. P., M. Exhortos y oficios”, 16-04-2014; íd. C. 99.273, “F., M. B. contra R. L. Venia supletoria”, 21-05-2008).

Y en ese sentido el memorial deja incólume un punto central del fallo apelado cuando señala que “no hay prueba alguna en autos que haga suponer riesgo potencial del menor en la realización del viaje” (v. f. 54vta.), aspecto basal a confrontar con esa voluntad explícita. O en otros términos, que el viaje signifique colocar a B., parangonando conceptos de la Corte Suprema en “un extremo de perturbación emocional” o en “una situación delicada” (Fallos 333:604 y sus citas).

No resulta tampoco desdeñable advertir que resulta público y notorio que en el medio social en el que se ha desarrollado hasta ahora B., ha tenido experiencia de personas de su edad que han realizado viajes de intercambio y similares que abarcan todo un ciclo lectivo, viajando desde y hacia nuestro país; y si bien es cierto que ello normalmente va acompañado de trámites previos, tanto concernientes al establecimiento donde se educa como a aquel que los recibe, es notorio que esos trámites necesitan del concurso de los progenitores que en el caso resultaba prácticamente inexistente. Mas ello no puede utilizarse ahora para restringir su voluntad de realizar el viaje.



Expte. 10273-250.

2.9. En lo que concierne a los agravios enunciados en cuarto y sexto término, los mismos se refieren a cuestiones previas al dictado de la sentencia que ya fueron analizadas en el punto 1., lo que exime de abordarlos.

2.10. En síntesis, por las razones expuestas y aún con la provisionalidad ínsita en la autorización otorgada no sólo por la voluntad del causante sino aún por la acreditación de circunstancias que así lo ameriten, adelanto que propicio la confirmación del fallo recurrido, el cual contó con dictamen favorable de la Sra. Asesora de Incapaces en ambas instancias (fs. 32/33 y fs. 161 del presente), sin perjuicio de lo que a continuación se señalará.

2.11. Resta analizar lo concerniente a la falta de garantías de retorno y comunicación de la recurrente con B., cuestión que se expone en el quinto agravio.

Si bien es cierto que de las constancias del expediente el progenitor ha cumplido hasta el presente con el deber de restituir a sus hijos en los viajes que pudo realizar con ellos, también es cierto que ha iniciado un juicio para obtener el cuidado de B. (expediente nro. 12.488), lo que justifica que la progenitora desee garantizar tanto la restitución como la fluida comunicación con su hijo mientras permanezca en Australia.

En tal sentido ha de asumirse la intervención de la Sra.



Expte. 10273-250.

Asesora en la audiencia cuya acta obra a fs. 222/vta., en el sentido de favorecer esa regular comunicación en sede del Ministerio Público. Si bien se exhorta a las partes a procurar que esa comunicación fluida pueda viabilizarse fuera de los ámbitos institucionales, la reiterada manifestación de la recurrente en el sentido que son escasos sus contactos con B., lleva a propiciar que por la instancia de origen se procure regularizar dicha comunicación dando intervención de ser necesario al equipo interdisciplinario.

En cuanto a garantizar el retorno resulta plausible requerir al progenitor que acredite en el término de quince días hábiles de quedar firme la presente sentencia la compra del pasaje para que B. retorne antes de la fecha en que expire la autorización concedida.

Asimismo, en el mismo plazo propicio que se requiera al progenitor acreditar la condición de estudiante regular en el establecimiento al que concurre.

Ello sin perjuicio de toda otra medida que pueda adoptar la Señora Jueza de grado y que amerite el curso de los hechos que se desprendan de los elementos de juicio que se recepcionen.

En estas medidas deberá la Sra. Jueza de la instancia proceder de conformidad con las pautas de razonabilidad y eficacia que emergen de los artículos 557 y 642 in fine del CCyCN.



Expte. 10273-250.

Concluyendo esta parcela, si mi voto es acompañado, propicio que por la instancia de origen se proceda a: 1. Requerir al actor que en el término de quince días hábiles de quedar firme la presente sentencia acredite la compra del pasaje aéreo correspondiente para que B. W. H. arribe a este país el día 28 de diciembre de 2015 o con anterioridad; 2. Requerir a la misma parte que acredite en idéntico plazo la condición de estudiante regular de B. W. H. en el establecimiento al que concurre; 3. Procurar, a la mayor brevedad, una fluida comunicación entre la progenitora y su hijo con intervención de la Sra. Asesora de Incapaces y de ser necesario del equipo interdisciplinario de ese tribunal; 4. Adoptar toda otra medida que amerite el curso de los hechos que se desprenda de los elementos de juicio que se recepcionen a raíz de estas medidas y en su caso a la designación normada en el artículo 26 segundo párrafo, segundo supuesto del Código Civil y Comercial de la Nación y por la ley provincial 14.568.

2.12. Atento la naturaleza del debate, las costas de esta instancia se imponen en el orden causado (art. 68 2º párr. y 274 CPC).

2.13. En cuanto a los honorarios, por los trabajos aquí resueltos, se fijan los honorarios del Dr. H. S. García, en su carácter de letrado apoderado del actor en la suma de PESOS (\$) y al Dr. D. S., en su carácter de letrado patrocinante de la demandada en la suma de PESOS . (\$), ambos con más los aportes legales correspondientes (arts.1, 9, 16, 31 y



concs. dec. ley 8904).

Por las consideraciones expuestas, y con las modificaciones propiciadas, a la cuestión planteada, voto por la **AFIRMATIVA**.

A la misma cuestión planteada el señor Juez Doctor Loiza votó en igual sentido por análogos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ

DOCTOR CAPALBO DIJO:

Corresponde l) Confirmar la sentencia obrante a fs. 52/55vta., con las siguientes modificaciones que se instrumentarán por la instancia de origen: 1. Requerir al actor que en el término de quince días hábiles de quedar firme la presente sentencia acredite la compra del pasaje aéreo correspondiente para que B. W. H. arribe a este país el día 28 de diciembre de 2015 o con anterioridad; 2. Requerir a la misma parte que acredite en idéntico plazo la condición de estudiante regular de B. W. H. en el establecimiento al que concurre; 3. Procurar, a la mayor brevedad, una fluida comunicación entre la progenitora y su hijo con intervención de la Sra. Asesora de Incapaces y de ser necesario del equipo interdisciplinario de ese tribunal; 4. Adoptar toda otra medida que amerite el curso de los hechos que se desprenda de los elementos de juicio que se recepcionen a raíz de estas medidas y en su caso a la designación normada en el artículo 26 segundo párrafo, segundo supuesto del Código Civil y Comercial de la Nación y por la ley provincial 14.568; procediéndose a agregar por cuerda los expedientes



Expte. 10273-250.

10112 “H., A. W. c/H., C. R. s/Ejecución de sentencia s/Recurso de Queja” y 9360 “H., A. W. c/H., C. R. s/Autorización s/Recurso de queja” II) Imponer las costas en el orden causado (arts. 68 y 274 CPC); III) Se fijan los honorarios del Dr. H. S. G., en su carácter de letrado apoderado del actor en la suma de PESOS (\$) y al Dr. D. S., en su carácter de letrado patrocinante de la demandada en la suma de PESOS (\$), ambos con más los aportes legales correspondientes (arts.1, 9, 16, 31 y concs. dec. ley 8904).

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión planteada el señor Juez doctor Loiza votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

SENTENCIA

Necochea, 07 de octubre de 2015.-

VISTOS Y CONSIDERANDO: Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo se confirma la sentencia obrante a fs. 52/55vta., con las siguientes modificaciones que se instrumentarán por la instancia de origen: 1. Requerir al actor que en el término de quince días hábiles de quedar firme la presente sentencia acredite la compra del pasaje aéreo correspondiente para que B. W. H. arribe a este país el día 28 de diciembre de 2015 o con anterioridad; 2. Requerir a la misma parte que acredite en idéntico plazo la condición de estudiante regular de B. W. H. en el establecimiento al que concurre; 3. Procurar, a la mayor brevedad, una fluida



Expte. 10273-250.

comunicación entre la progenitora y su hijo con intervención de la Sra. Asesora de Incapaces y de ser necesario del equipo interdisciplinario de ese tribunal; 4. Adoptar toda otra medida que amerite el curso de los hechos que se desprenda de los elementos de juicio que se recepcionen a raíz de estas medidas y en su caso a la designación normada en el artículo 26 segundo párrafo, segundo supuesto del Código Civil y Comercial de la Nación y por la ley provincial 14.568; procediéndose a agregar por cuerda los expedientes 10112 “H., A. W. c/H., C. R. s/Ejecución de sentencia s/Recurso de Queja” y 9360 “H., A. W. c/H., C. R. s/Autorización s/Recurso de queja” II) Imponer las costas en el orden causado (arts. 68 y 274 CPC); III) Se fijan los honorarios del Dr. H. S. G., en su carácter de letrado apoderado del actor en la suma de PESOS (\$) y al Dr. D. S., en su carácter de letrado patrocinante de la demandada en la suma de PESOS (\$), ambos con más los aportes legales correspondientes (arts.1, 9, 16, 31 y concs. dec. ley 8904). Notifíquese a las partes personalmente o por cédula (art. 135 CPC) y a la Sra. Asesora de Incapaces interviniente (art. 47/8 ley 5827). Devuélvase.

Dr. Oscar A. Capalbo

Juez de Cámara

Dr. Fabián M. Loiza

Juez de Cámara

Dra. Daniela M. Pierresteguy



Expte. 10273-250.

Secretaria