



%08Hè!Rèptn<Š

Causa Nº 1-56734-2012 -

"B., N. C/ F., C. E. S/ TENENCIA DE HIJOS"

Causa Nº 1-57511-2012-

"B., N. C/ F. C. E. S/ AUTORIZACION"

JUZGADO DE FAMILIA Nº 1 - TANDIL

Nº Reg.

Nº Folio

En la Ciudad de Azul, a los 4 días del mes de Diciembre de 2012 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Ricardo César Bagú, Esteban Louge Emiliozzi y Lucrecia Inés Comparato, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**B., N. C/ F., C. E. S/ TENENCIA DE HIJOS** ", (Causa Nº 1-56734-2012), "**B. N. C/ F. C. E. S/ AUTORIZACION**"(Causa Nº 1-57511-2012), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Doctores LOUGE EMILIOZZI - COMPARATO** , y no hará lo propio el Dr. Ricardo César Bagú, por no encontrarse presente al momento de celebrarse las audiencias conforme fs. 177/177vta., 183/183vta., 185, 186/186vta.-

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las

siguientes:

-C U E S T I O N E S-

1ra.- ¿Es nula la resolución de fs. 95/103 de los autos “B., N. c/ F., C. E.

s/ TENENCIA DE HIJOS?

2da.- En caso negativo, ¿es justa?

3ra. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-V O T A C I O N-

A LA PRIMERA CUESTION: el Doctor **LOUGE**

EMILIOZZI, dijo:

I) En el lugar indicado al formular la cuestión la Sra. Juez de grado resolvió otorgar la tenencia de la **niña P. F.** (nacida el 07.08.08., conf. fs. 4) a su progenitora **N. B.**, manteniendo con carácter de medida cautelar el régimen comunicacional entre la menor y su padre **C. F.** en los términos que las partes habían pactado a fs. 50, con algunas pequeñas modificaciones que se explicitan en el decisorio. En segundo término, y en lo que aquí particularmente interesa, se denegó la autorización judicial supletoria requerida por la progenitora de la menor para viajar y radicarse en el extranjero junto a su hija. Finalmente, y en lo que hace a los accesorios, se impusieron costas por su orden por tratarse de un “caso difícil”, y se regularon honorarios a los profesionales intervinientes.

Para así decidir, la anterior sentenciante consideró –en lo medular, y luego de referirse extensamente a los antecedentes del caso y a las normas y principios que lo rigen- que en estos

supuestos es conveniente mantener el *status quo* existente, salvo demostración de extrema inconveniencia para la salud psíquica y física de los niños/as, y que la radicación de la menor en el exterior junto a su progenitora perjudicaría la accesibilidad de la misma con su padre, causando los consecuentes perjuicios para la niña.

II.a) La resolución mencionada en el apartado anterior fue objeto de dos embates recursivos, ya que el Dr. Rodolfo Corradetti apeló sus honorarios por bajos (conf. fs. 107) y la Srta. N. B. apeló el fondo de la cuestión, en especial en tanto se le denegó la autorización para radicarse en el exterior con su hija (fs. 108).

Concedidos ambos recursos, y una vez arribados los autos a este Tribunal, la Srta. Bellido expresó agravios a fs. 159/165, adjuntando la documental de fs. 135/158.

A modo de breve reseña del contenido de esta pieza, cabe consignar en primer término que la recurrente solicita la nulidad de la resolución en crisis por vulneración del principio de congruencia. El planteo se funda en que su pedido de radicación en el exterior junto a su hija ha sido resuelto en este expediente, donde solo se discutía sobre la tenencia de la menor, y, como contrapartida, no se lo hizo en la causa n° 1626 que es donde sí se ventilaba dicha cuestión.

Dejando atrás tal planteo, la recurrente se opone a la aplicación que del principio de “estabilidad” se hizo en el decisorio, sosteniendo que dicha regla no debe identificarse con la inamovilidad

definitiva del status quo existente al tiempo de juzgar, pues en esta materia ni siquiera las sentencias judiciales hacen cosa juzgada material, sino que tiende a impedir que los jueces implementen modificaciones apresuradas, sin un sustrato serio que les de asidero.

También considera desacertado que se haya afirmado que la radicación de la niña en el exterior perjudicaría la accesibilidad de la misma con su padre, trayendo a colación un precedente de la CSJN en el que se concedió tal autorización pero ordenando la implementación de mecanismos que resguarden la comunicación con el progenitor no conviviente.

En relación a la antedicha accesibilidad, también aduce que el progenitor ha ido acomodando el régimen de visitas a sus propias necesidades, y que –sin pretender negar el sentimiento de la menor hacia su padre- la realidad es que la niña no está habituada a permanecer períodos prolongados con su papá.

Seguidamente ratifica ante esta Alzada su ofrecimiento de resignar la cuota alimentaria a fin de aplicar dicho dinero al gasto de los pasajes a España para que el demandado pueda visitar a su hija, al tiempo que se compromete a traerla a Tandil una vez al año y a su exclusivo costo para que comparta un período de vacaciones con aquél. También refiere a las diferentes formas de comunicación que la tecnología actual pone a nuestro alcance.

En el plano normológico, achaca a la sentencia el

haber inaplicado la disposición del art. 10 de la Convención de los Derechos del Niño.

También se disconforma con la apreciación de la Sra. Juez de grado respecto a que la perspectiva de mejora laboral invocada por la Sra. B. al solicitar la autorización se vería comprometida por la actual crisis económica europea. Refuta dicho argumento expresando que las condiciones económicas y laborales expuestas en la demanda y comprobadas por la documental y la testimonial se mantienen al día de la fecha, y adjunta a esos fines un contrato de trabajo del mismo tenor que el agregado a fs. 179/182 del expediente de autorización pero con fecha actualizada, en copias certificadas (el cual obra a fs. 135/136).

Afirma que en la sentencia recurrida no se contemplan de ninguna manera las posibilidades económicas y de desarrollo profesional con que cuenta en el extranjero, como tampoco su necesidad de acercamiento a su familia de origen (padres y hermanos) los cuales están radicados legalmente en España, establecidos en una situación próspera en base a sus trabajos y profesiones.

Sostiene que para el desarrollo integral de la niña es importante el trato con el resto de su familia, de lo que se encuentra impedida por haberse negado la salida transitoria en el expte. n° 2265, y que en España tendrían resuelto el problema de la vivienda, lo que no ocurre aquí.

Destaca que tanto ella como P. tienen la doble

ciudadanía y que el accionado prestó conformidad con ello.

Cuestiona que de los diversos testimonios solo se haya valorado de la declaración de uno solo de ellos, máxime que además se trata de la madre del accionado y como tal sus dichos deben valorarse con mayor estrictez.

Hace notar que de la toma de contacto de la Magistrada con P. y sus padres (fs. 175) no hay una apreciación del Perito Psicólogo que intervino en la misma, lo que hubiera permitido tener una comprensión más amplia y rica del aspecto vincular de Paloma con sus padres.

Como corolario de todas esas alegaciones, requiere que se le conceda la autorización para salir del país basándose en el ejercicio de la tenencia de su hija (art. 264 quater inc. 4to. del C.C.), y hace notar que se la ha privado de tal derecho inclusive para hacerlo transitoriamente.

b) Bilateralizada la expresión de agravios con el progenitor, no fue respondida (conf. fs. 166 y 167).

c) A fs. 172/176 contestó la vista que le fuera conferida el Sr. Asesor de Menores e Incapaces interviniente, quien, en primer término, manifestó coincidir con la recurrente en cuanto a que el pedido de autorización para la radicación en el exterior de la niña junto a su progenitora debió resolverse en el expediente n° 1626.

En cuanto al fondo de la cuestión, el Sr. Asesor se

hace eco de las dudas que expresara la Sra. Juez de grado en torno al impacto negativo de la crisis social y económica que atraviesa Europa y en particular España, agregando -en esa misma senda- que los ofrecimientos de trabajo que la Sra. B. ha manifestado haber recibido son temporales. Por otro lado, entiende que al contar la menor con doble ciudadanía “argentino-española”, y que ello solo pudo ser posible con la anuencia de ambos progenitores, el Sr. F. debió representarse la posibilidad –aunque más no sea “remota”- de que en algún momento la menor viajara o se radicara en el extranjero. Como consecuencia de esto último, entiende que nada debe impedir que la Sra. B., en el marco de la tenencia que detenta, cuente con autorización para salir del país cuantas veces se requiera. Sin embargo, también destaca que la menor nació en la ciudad de Tandil y sus padres residen allí, y que en esta ciudad cursa su primer año de jardín de infantes, por lo que se pregunta si resultaría beneficioso para la menor su radicación en el exterior. Para dilucidar esto último, considera conveniente la intermediación de un profesional que entreviste a la menor para conocer sobre sus sentimientos y de resultar posible recabar su opinión, entendiendo que con ello se brindará un nuevo elemento para dilucidar la cuestión.

d) A fs. 183 obra el acta que da cuenta de que el suscripto junto mi estimada colega Dra. Lucrecia Comparato –el tercer integrante natural del Tribunal se encontraba en uso de licencia en ese entonces- recibimos a la menor para ser escuchada, contando con la inestimable presencia de la Perito Psicóloga Licenciada Miriam Rudloff.

En esa oportunidad, luego de escuchar a la menor, se consideró conveniente convocar a una nueva audiencia a sus padres a fines de requerir explicaciones que se estimaban necesarias al objeto del pleito (art. 36 inc. 4to. del C.P.C.C.), lo que se hizo efectivo a fs. 185, contándose nuevamente con la asistencia de la mencionada profesional.

A fs. 186 el tribunal requirió a la Lic. Rudloff la elaboración de un informe sobre lo ocurrido durante el curso de las dos audiencias, el que obra agregado a fs. 191/192.

Conforme se verá en el desarrollo que sigue, las múltiples observaciones que el tribunal pudo recabar en las mentadas audiencias y el informe de fs. 191/192 serán de gran utilidad para la resolución de la litis.

III) A fs. 194 se llamó autos para sentencia y a fs. 196 se practicó el sorteo de ley, por lo cual las actuaciones se encuentran en estado de resolver.

IV) A fin de dar respuesta a la primera cuestión planteada que –como surge de su formulación– consiste en el planteo de **nulidad** de la sentencia, ninguna duda cabe de que el proceso donde la misma se dictó tenía por objeto la solicitud de tenencia de la menor a favor de su progenitora Sra. N. B. (fs. 8 vta. y 20/21), y que fue en el expediente n° 1626 (“B., N. c/ F., C. E. s/ AUTORIZACIÓN”) que tengo a la vista, donde se solicitó la autorización para la radicación en España de la niña y su

progenitora.

No obstante ello, y sin ignorar las dificultades que acarrea distinguir qué causales dan lugar a la nulidad de la sentencia y cuáles pueden ser subsanadas por la vía de la apelación (puede verse “in extenso” mi voto en causa n° 53.347, “Arla” del 21.10.09.), esta Sala ha venido sosteniendo que el vicio que contiene un decisorio que resulta violatorio de la regla del art. 163 inc. 6to. el C.P.C.C. puede ser enmendado en la apelación sin necesidad de anular la sentencia (causa n° 33.681, “Iglesias” del 30.10.92., con primer voto del estimado ex integrante de esta Sala Dr. Hernán Ojea, con sus citas: Ibañez Frocham, “Tratado de los recursos en el proceso civil”, pág. 207; Palacio-Alvarado Velloso, “Códigos...”, T. II, pág. 119; más recientemente causa n° 55.697, “Zárate”, del 02.02.12.). De modo que, a tenor de este primer argumento, ya me encontraría en condiciones de dar mi respuesta por la negativa.

De todas maneras, entiendo que en este caso no se verifica un supuesto de sentencia “extra petita” derivada de haberse resuelto una cuestión no ventilada en el presente proceso, sino que la Sra. Juez de grado tuvo la intención de dictar una “sentencia única” en los términos del art. 194 del C.P.C.C. que pusiera fin a los presentes actuados y a los autos “B., N. c/ F., C. E. s/ AUTORIZACIÓN” (causa n° 1626) y “F., C. E. c/ BELLIDO, NAZARENA s/ TENENCIA DE HIJOS” (causa n° 2697).

Afirmo ello pues en el primer párrafo del decisorio apelado (fs. 95) la anterior sentenciante hizo mención a la “conexidad”

existente entre los tres procesos antes mencionados, e inclusive con anterioridad había expresado *“que existe una situación familiar que si bien expresada en pretensiones diferenciadas requiere de un tratamiento único”* (fs. 25 del proceso sobre autorización).

Por otro lado, la sentencia que viene apelada contiene múltiples referencias al proceso sobre autorización, por lo que es más que claro que al analizar el contenido de las pretensiones de ambas partes, las pruebas producidas y la opinión del Sr. Asesor de Menores e Incapaces, la Sra. Juez de grado atendió a lo actuado en aquél proceso y no en el presente, donde las actuaciones referidas a la radicación de la menor en el exterior son prácticamente inexistentes.

No paso por alto que la resolución en crisis pudo dar lugar a confusiones por no aclararse expresamente que se trataba de una “sentencia única” en los términos del art. 194 del C.P.C.C., y no haberse agregado un ejemplar de la sentencia -o al menos una copia de ella- en cada proceso acumulado. En tal entendimiento, y para sanear esta situación, a fs. 197 del proceso sobre tenencia de hijos se dispuso dar entrada al proceso sobre autorización, y colocar en éste copia de la sentencia que viene apelada.

Del mismo modo, no puedo dejar de mencionar que los autos “F., C. E. c/ B., N. s/ TENENCIA DE HIJOS” (causa n° 2697) ya habían finalizado en virtud de haber declarado este tribunal la litispendencia por identidad (fs. 54/56), por lo cual no era posible dictar una

sentencia con proyección a tal proceso, más allá de que esto no acaree ninguna consecuencia práctica.

Pero al margen de todas estas particularidades y volviendo al meollo de cuanto venía diciendo, resulta claro que no se trató de una sentencia “extra petita” sino de una “sentencia única”, y como tal –y por definición- no puede reprochársele el no haber sido dictada en el proceso en el cual se ventilaron las pretensiones que nos ocupan.

Por último, he constatado que en el proceso sobre autorización no queda prueba pendiente por producir –así también lo mencionó el Sr. Asesor de Menores e Incapaces a fs. 173 de estos actuados- por lo cual la sentencia en crisis tampoco podría ser considerada prematura desde este aspecto.

Por todos los argumentos dados, **voto por la negativa.-**

La Señora Juez Doctora **Comparato** **adhiirió** por los mismos fundamentos **al voto precedente.-**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez **Doctor ESTEBAN LOUGE EMILIOZZI**, dijo:

I) Toda vez que al tratar la cuestión anterior ya he reseñado el contenido de la resolución apelada y de los agravios, me abocaré sin más al desarrollo de mi propuesta decisoria.

a) En esa faena, lo primero que creo pertinente señalar es que coincido con la Sra. Juez de grado en tanto se refirió al

presente como un “caso difícil”, apreciación que también había sido anticipada por la actora (fs. 61 del expediente sobre autorización) y ha sido formulada por la doctrina en referencia a las decisiones que deben dictar los jueces en casos similares (Casado, Eduardo J., “La disyuntiva del niño frente al proyecto de vida de uno de sus progenitores en el extranjero. Sobre un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que autoriza a la madre que ostenta la tenencia de su hijo a radicarse en España con él”, en DFyP, enero 2011, pág. 83, comentario al fallo de la C.S.J.N. en autos “V., M. N. c/ S., W. F.”, del 14.09.2010).

Me permito agregar que el presente caso no solo es “difícil” desde lo jurídico, sino que es particularmente tenso desde lo emocional. Afirmo ello pues al estar presente en las audiencias antes referidas, y fundamentalmente en la que se llevó a cabo con la presencia de ambos progenitores, pude constatar la profunda angustia que pesa sobre ambos padres, en el caso de la Sra. B. por estar lejos de su familia directa y por las estrecheces económicas a las que se ve sometida por no contar con un trabajo estable pese a ser una profesional, y en el caso del Sr. F. por el temor a que se conceda la autorización para que su hija se radique en España y de ese modo perder el contacto habitual que mantiene con su única hija.

Frente a tal grado de tensión, y tal como quedó plasmado en el acta 185, el Tribunal hizo todos los esfuerzos posibles para que las partes arribaran a un acuerdo, ya que –como es sabido- las

soluciones libremente acordadas suelen ser mejor aceptadas por los litigantes (Bossert, “Régimen jurídico de los alimentos”, pág. 315), y ello es particularmente valioso en materia de familia. Sin embargo, lamentablemente ello no fue posible, por lo cual es el tribunal quien debe resolver la contienda.

b) Tal como lo señaló la Señora Procuradora Fiscal en el dictamen que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace suyo en el precedente arriba citado (“V., M. N. c/ S., W. F.”, del 14.09.2010), las cuestiones que se suscitan en torno a personas **menores de edad** deben solventarse en función de su **mayor bienestar**. Ello así —explica— puesto que el modo de ser propio en este tramo fundacional de la existencia humana (y del conjunto normativo que lo rige), impone que se busque lo más conveniente para los niños y se arbitren los medios eficaces para la consecución de ese propósito.

Al respecto, debe puntualizarse que una definición aproximada del “interés superior del niño” (CDN, arts. 3 y 9 inc. 3) lo caracteriza como un conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de las personas y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto (Conf. S.C.B.A. Ac. n° 73.814 del 27/9/00, voto Dr. Petiggiani, recientemente causa P.J.; M., J.M.” del 25.11.2009; esta Sala, causa n° 56.750, “S. A., X. C. I. s/ Guarda de personas”, del 04.10.12., voto Dra. Comparato, entre otras).

El interés superior del niño, representa entonces la consideración del menor como una persona independiente, el reconocimiento de sus propias necesidades y la aceptación de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo (Grosman, Cecilia, “Los derechos del niño en la familia”, Buenos Aires, 1998, Ed. Universidad, págs. 23 y 37). Es así que su determinación excluye toda consideración meramente dogmática, para atender exclusivamente a las circunstancias concretas y particulares que presenta cada caso (S.C.B.A. Ac. 63.120 del 31/03/98; Ac. 79931; esta Sala, causa n° 56.750, cit.).

c) En el comentario al fallo de la C.S.J.N. antes citado (Casado, Eduardo J., “La disyuntiva...”) se mencionan algunos factores que los tribunales han tenido en cuenta al momento de decidir casos similares al que nos ocupa.

En primer lugar el autor menciona **“la edad del niño/a”**, explicando que no resulta igual decidir sobre la autorización para radicarse en el extranjero pedida por un progenitor respecto de un niño recién nacido, que de uno de cuatro o cinco años o de un adolescente de 13 o 16 años. Ello se vincula con la cuestión atinente a la capacidad o autonomía progresiva del niño a la hora de tomar decisiones –tópico que el autor también desarrolla en un acápite del trabajo citado-, que se desprende de los arts. 5 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño y que se ha plasmado en el art. 3 de la ley 26.061.

En segundo término, el comentarista a fallo

menciona al **interés del niño**, recordando que la Procuradora lo conceptualizó como un concepto jurídico abierto y que por lo tanto debe ser completado, recurriendo a la opinión científica de los expertos en las áreas de salud, psicología y afines.

En tercer lugar, Casado habla de la pauta de la **conservación del status quo**, explicando que uno de los parámetros a la hora de decidir por parte de los jueces es “no innovar en los casos dudosos”, lo que implica que la situación existente sólo debe modificarse por motivos graves, para evitar los trastornos de toda índole que una modificación en el régimen de vida pueda producir en el menor. En tal sentido, trae a colación un caso resuelto por la Cámara de Concepción del Uruguay, en el que se dijo que la autorización para el traslado de menores a otro país es de interpretación restrictiva, y solo debe otorgarse “cuando el traslado (...) traiga a los menores tantas ventajas que superen con creces las pérdidas que el traslado implica”.

Por último, el autor destaca la importancia de los **acuerdos de partes**, afirmando que son los miembros de la familia quienes se encuentran en mejor condición para resolver en forma consensuada sus crisis y sus conflictos, y recordando que el tema fue objeto de extenso desarrollo en un precedente de la Cámara Nacional Civil y especialmente en su comentario (CNCiv., Sala M, “F., M.”, del 05.05.93., L.L., 1994-A, 159, con nota de Cecilia Grosman y Marta Polakiewicz, “La autonomía de los padres para decidir el traslado y lugar de residencia de sus hijos”).

Si bien el desarrollo que imprime Casado a su trabajo es suficientemente claro, creo conveniente volver sobre dos de los factores por él señalados para agregar alguna precisión adicional, ya que – como se verá en el desarrollo que sigue- resultarán de importancia para la resolución de esta litis.

En primer lugar, es menester destacar –como lo menciona el autor- la importancia que la Procuradora Fiscal asignó a los **dictámenes de los especialistas**. En tal sentido, señaló que “... *la determinación de ese mejor interés, hará necesaria la intervención de especialistas, quienes han de transmitir al tribunal las comprobaciones y resultados de su actividad. Y, al hacerlo, le suministrarán elementos para la formación de su convencimiento, con relación a temas cuya aprehensión va más allá de la ciencia jurídica.*” Y a continuación agregó que “... *si el perito es un intermediario en el conocimiento judicial y si, en los saberes no jurídicos, esa mediación resulta fundamental, es indudable que la opinión profesional coadyuva eminentemente en la configuración regular de las decisiones judiciales. Tanto más, en ámbitos donde la complejidad de los nexos humanos, reclama a menudo apoyo técnico, a punto tal que se ha llegado a decir que el deber tutelar del Poder Judicial no puede desarrollarse sin la concurrencia de personas calificadas en la disciplina de la salud, como tampoco sin la investigación de los datos de la realidad que, para su comprensión, requieren de dichos auxiliares...*”.

En segundo lugar, y en lo que hace a la

conservación del status quo como pauta útil para dirimir estos conflictos, asiste razón a la apelante (fs. 161vta.) al señalar que en el dictamen de la Procuradora Fiscal ante la Excma. C.S.J.N. se afirmó que el valor “estabilidad” no debe identificarse con la inamovilidad definitiva del status existente al tiempo de juzgar, pues, en esta materia, ni siquiera las sentencias judiciales hacen cosa juzgada material. Y se completó el concepto afirmándose que dicho principio se orienta más bien a impedir que los jueces implementen modificaciones apresuradas, sin un sustrato serio que les de asidero.

d) Aplicando los principios expuestos al caso de autos, como punto de partida ha de recordarse que la niña P. nació el día 07.08.2008, por lo que en el presente cuenta con **cuatro años y algunos meses** de edad. Tal como se expresa en el dictamen de fs. 191/192 en concordancia con lo que los miembros de este tribunal pudimos observar y escuchar al recibir a la menor en la audiencia del día 29.08.12. (fs. 183), ésta se expresa con un lenguaje acorde a su etapa evolutiva, y de sus dichos surge conocimiento de su padre y madre y contacto asiduo como afectividad conservada con ambos. Surge también trato cotidiano con su abuela paterna, aunque no tanta familiaridad con su familia materna que reside en España. Es casi innecesario aclarar que, dada la edad de la menor y el tenor del diálogo mantenido en la audiencia, no fue posible preguntarle directamente cuál era su voluntad frente a la cuestión concreta que aquí se ventila.

En segundo lugar, y adentrándome en el aspecto que considero más trascendente para la resolución de esta litis, he de decir que revisten crucial importancia las **conclusiones** a las que arribó la Perito Psicóloga Myriam Rudloff luego de reseñar el contenido de ambas audiencias (fs. 191vta./192), y que hago propias por compartirlas plenamente pese a no ser las mismas vinculantes para el suscripto (doctr. arts. 384, 474 y conc. del C.P.C.C.). En cuanto por el momento interesa destacar, la idónea concluyó que *“(d)e lo observado surge afectividad de la niña con ambos progenitores”*. También apuntó que *“...deben considerarse en este caso, la etapa evolutiva de la niña y el vínculo existente con su progenitor y tener en cuenta el papel primordial que desempeña la experiencia real en los vínculos, más especialmente en lo que respecta, a las funciones materna y paterna. Estos se construyen en la disponibilidad y presencia de cada uno de sus actores, más allá de la existencia de otras posibilidades de comunicación, que la nueva tecnología permitiría, las cuales sin embargo dependerían de un adulto, no de la niña, teniendo en cuenta su edad cronológica. De igual forma, tampoco sería posible una presencia concreta y personal. Por lo explicitado, **no se considera oportuna la separación prolongada que implica la migración de la niña a otro país.**”* (el destacado me pertenece).

Como antes dijimos siguiendo las ricas pautas sentadas por la Señora Procuradora Fiscal ante la Excma. C.S.J.N. en autos “V., M. N. c/ S., W. F.”, los dictámenes de los especialistas son

fundamentales a la hora de abastecer de un contenido concreto al interés superior del niño en cada supuesto particular, es decir, para elegir, entre las opciones concretas que el caso presenta, cuál es la que mejor satisface ese mayor bienestar. En este caso, la Perito Psicóloga ha sido sumamente clara al señalar que no se considera adecuada la radicación de la menor en España junto con su progenitora, por lo cual estimo que la expuesta es una pauta sumamente valiosa de la cual no encuentro mérito para apartarme.

En apoyo de tal solución, también ha de tenerse presente –como lo expresara el Sr. Asesor de Menores en su dictamen de fs. 172/176- que la menor nació en la ciudad de Tandil, sus padres residen en Tandil y cursa su primer año de Jardín de Infantes en el Instituto Sagrada Familia, por lo que es en ese contexto que se encuentra formalizando sus primeros y noveles lazos afectivos, culturales y sociales intra y extrafamiliar.

A tenor de tales antecedentes fácticos, y tal como se señaló en un reciente precedente fallado por el Tribunal de Familia N° 2 de Mar del Plata en autos “B., R. c/ R., L. s/ autorización” (reseñado por Silvia E. Fernández en Abeledo Perrot Buenos Aires, octubre de 2012, pág. 1186), no resulta conveniente alterar el “centro de vida” de la menor, entendiéndose como tal aquél donde la niña interactúa habitualmente con sus pares, generando sus primeros vínculos, ni modificar el vínculo con el progenitor no conviviente, impidiendo un contacto frecuente, fluido y regular como el que actualmente posee (en la misma orientación: Culaciati, Martín Miguel, “El largo camino hacia la coparentalidad (El fin de un matrimonio,

más no el fin de una familia)”, en La Ley On Line; comentario a fallo de la SCBA en autos “A., G. D. c/ B., Z. M.” del 30.03.2010).

Lo expuesto no es más que una aplicación de la pauta de la “conservación del status quo”, que si bien –como vimos- puede ser dejada de lado en determinadas circunstancias, aconseja no innovar en los casos dudosos para evitar los trastornos de toda índole que una modificación en el régimen de vida pueda producir en el menor.

Una reflexión especial merecen los dichos de la Sra. B., manifestados tanto en la expresión de agravios (fs. 162vta.) como en la audiencia celebrada ante este tribunal, respecto a que su parte estaría dispuesta a facilitar la utilización de las distintas vías de comunicación que la tecnología del mundo globalizado pone a nuestro alcance para que la menor se comunique con su padre. Si bien no pongo en duda que dichos medios constituyen una herramienta excelente cuando el distanciamiento físico es inevitable, entiendo que no son más que un mero paliativo, y así lo expresa – en términos que naturalmente comparto- la Perito Psicóloga en su valioso dictamen. El presente caso es la más cabal prueba de ello, pues la actora – según nos lo manifestara- mantiene comunicación permanente por dichos medios con su familia de origen, y no obstante ello expresa su angustia por el distanciamiento físico. Si ello se vive como una experiencia dolorosa entre personas adultas, no es difícil pensar que el daño es mayor tratándose de menores.

Por lo demás, si bien los motivos esgrimidos por

la Sra. B. para explicar su voluntad de radicarse en España son serios y atendibles, entiendo que no pueden prevalecer por sobre el interés superior de la niña ni por sobre el derecho del otro progenitor a mantener un contacto frecuente y personal con ésta.

Afirmo ello pues, en lo que a la cuestión económica se refiere, entiendo que -en principio- la perspectiva de una mejora laboral no puede ser un fundamento válido para permitir a uno de los progenitores radicarse en el exterior junto a su hijo contra la voluntad del restante progenitor, por el sacrificio que esto importaría para el niño y su progenitor no conviviente. Por lo demás, ha de tenerse presente que la Sra. B. es graduada en Ciencias Económicas (conf. fs. 36 del proceso sobre autorización) por lo que es dable presumir que se encuentra en condiciones de generar ingresos provenientes de su profesión (Bossert, ob. cit., pág. 472), lo que afirmo sin desconocer las dificultades que suelen encontrar algunos profesionales para insertarse en el mercado laboral –y que en este caso fueron expuestas ante los suscriptos por la Sra. B.- ni la dificultad adicional que implica procurarse un empleo para el progenitor que se hace cargo del cuidado de sus hijos (esta Sala, causa n° 54.400, “González” del 13.07.10.). Por otro lado, y tal como quedó plasmado en el informe de la Perito Psicóloga (fs. 191/192), en la audiencia celebrada con los progenitores de la menor se conversó sobre estas dificultades económicas, ofreciéndose el Sr. F. a incrementar significativamente la cuota alimentaria que viene abonando, para posibilitar incluso el alquiler de una vivienda dado

que actualmente la Sra. B. y su hija viven en una casa compartida con familiares de la misma. Si bien este aspecto no puede ser abordado en el presente decisorio por exceder su objeto, deberá ser reeditado y resuelto en primera instancia con la urgencia que la situación impone.

Y, en lo que hace a los padecimientos afectivos que expresó la Sra. B. por vivir lejos de sus padres y hermanos que se radicaron en España en el año 2001, los mismos –aunque atendibles– tampoco justifican la alteración del centro de vida de la menor ni la aflicción que implicaría para el restante progenitor perder el contacto personal y habitual con su hija.

En otro orden, y a fines de dar respuesta al argumento normológico esgrimido en los agravios por el cual se denuncia la no aplicación del art. 10 párrafos 1 y 2 de la Convención de los Derechos del Niño, entiendo que el mismo no es de recibo. En lo que se refiere al primer párrafo, he de decir que el presente caso no se trata de una solicitud hecha por uno de los progenitores del niño para “reunir a la familia”; ello así, pues el espíritu de la norma debe buscarse integrándola con el primer párrafo del art. 9 al que expresamente remite, y de allí surge con claridad que el derecho que se procura salvaguardar es el del niño a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos. En lo que respecta al segundo párrafo, la invocación del precepto falla por su propia base, ya que no se trata de un caso de progenitores que residan en Estados diferentes, ya que la Sra. B. lo hace desde siempre en Tandil.

Del mismo modo, el hecho de que sea la actora quien ejerce la tenencia de la menor tampoco la autoriza a fijar unilateralmente el domicilio de ésta. Ello es así, pues la elección del domicilio de los sujetos menores de edad debe ser tomada por ambos progenitores, o lo que es lo mismo, el padre que ejerce la tenencia no puede arrogarse potestades que no le son exclusivas (Culaciati, "El largo...", cit.). Más puntualmente señala este autor a continuación que si el simple viaje del niño al extranjero constituye un supuesto que la ley ha valorado como trascendental en la vida del niño y por ello ambos padres deben consentir expresamente tal acto, más lo será su radicación definitiva en el extranjero a miles de kilómetros de uno de los progenitores, inhibiéndolo implícitamente de participar en la formación integral de su hija.

Para finalizar, resta considerar los distintos agravios vertidos contra la valoración que de la prueba testimonial hizo la anterior sentenciante (fs. 164).

El primero de ellos –testimonio del Sr. M. B.- nos remite a un tema que podría ser trascendente para la resolución de la litis, cual es el de determinar si medió acuerdo del accionado para que la menor se radique en España junto a su progenitora. Cabe recordar que este tema fue objeto de extenso desarrollo en el comentario al fallo de la Sala M de la CNCiv. antes citado (Cecilia Grosman y Marta Polakiexicz, "La autonomía de los padres para decidir el traslado y lugar de residencia de sus hijos"), y también fue tenido en cuenta en el fallo de la C.S.J.N. citado ut-supra, en el

que se valoró –en el dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hizo suyo- que el padre no se había opuesto a que el menor conviviera con su madre. En este caso, cabe señalar como punto de partida que en la demanda del proceso sobre autorización no existió una referencia clara y concreta (doctr. art. 330 inc. 4to. del C.P.C.C.) a que el accionado en algún momento hubiera prestado su conformidad con que la actora se radique en España junto con la hija de ambos; por el contrario, en un par de pasajes de ese escrito de demanda (fs. 55 y 57vta.) se afirma que la negativa del accionado ha sido reiterada pese a las distintas razones que la actora le fue exponiendo al requerirle la autorización. Así las cosas, cabe concluir que se trata de un hecho no alegado y que –como tal- tampoco puede ser objeto de prueba (art. 375 del C.P.C.C.; Eisner, Isidoro, “La prueba en el proceso civil”, pág. 36). No obstante lo expuesto, y simplemente a mayor abundamiento, la circunstancia de que el progenitor haya prestado su conformidad con que su hija obtenga la doble ciudadanía o el pasaporte español no puede ser considerado siquiera como un indicio de que estuviera dispuesto a consentir la radicación de su hija en el exterior (doctr. art. 163 inc. 5to. del C.P.C.C., a contrario), ya que es público y notorio que gran cantidad de padres y madres efectúan esos trámites para sus hijos en razón de las ventajas que acarrea contar con doble ciudadanía o por la necesidad de viajar en el caso de los pasaportes, y no porque se representen que sus hijos se radicarán en el exterior con el otro progenitor.

En segundo lugar, entiendo que la referencia

tangencial que se efectúa a fs. 164 respecto a que la Sra. Juez de grado valoró uno solo de los testimonios resulta insuficiente para abastecer la carga impuesta por el art. 260 del C.P.C.C., máxime ante la existencia de una pauta clara como es la que suministra el art. 384 segunda parte del mismo Código, según la cual los jueces no tienen el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fuesen esenciales y decisivas para el fallo de la causa.

Para finalizar, en lo que respecta al agravio dirigido a cuestionar que se haya valorado el testimonio de la madre del Sr. F., cabe decir que –como la propia recurrente lo admite- esta Cámara tiene dicho que si bien el art. 425 del C.P.C.C. excluye la posibilidad de ofrecer como testigos a los parientes consanguíneos o afines en línea directa de las partes, tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en señalar que dicha exclusión no rige en los procesos de familia, puesto que en el marco de estos últimos son justamente los parientes y amigos íntimos de los litigantes las personas más idóneas para conocer las cuestiones de hecho que se debaten entre ellos, e incluso en ciertas oportunidades serán los únicos que han tenido acceso a lo sucedido. De este modo, en casos como el de marras, el vínculo que une a los sujetos ofrecidos como testigos con alguna de las partes, no resulta razón suficiente para restar fuerza convictiva a sus declaraciones, las que habrán de ser valoradas por el magistrado al momento de dictar sentencia conforme las reglas de la sana crítica (arts. 384 y 456 del C.P.C.C.; S.C.B.A., Ac nº 88226, del 15.08.2007, voto del Dr.

Roncoroni con cita de Zannoni, que si bien quedó en minoría las disidencias no se sustentaron en este aspecto del fallo; esta Cámara, Sala II, causa nº 51646 “Vélez...”, del 24.06.2008; esta Sala, causas nº 56.232, “Martínez...”, del 29.12.11. y nº 56640, “Esperón...”, del 04.09.12., publicada en Abeledo Perrot Buenos Aires, octubre de 2012, pág. 1201 y sig.; Cám. Civ. 1º de La Plata, Sala II, causa nº 219262, del 21.12.1995; Cám. Civ. 2º de La Plata, Sala II, causa nº 44311, del 28.05.1998; Cám. Civ. San Isidro, Sala I, causa nº 64071, del 14.02.1995; Cám. Civ. 1º de Mar del Plata, Sala I, causa nº 119684, del 17.06.2003; entre otras; fallos a texto completo disponibles en JUBA OnLine). Por otro lado, el fragmento de la declaración de esa testigo que la recurrente considera omitido no es relevante para la resolución de la litis en el sentido que ésta pretende, ya que lo que la testigo dice –según la propia transcripción contenida en los agravios- es que cree que corresponde conceder la autorización “por un lapso corto” para que Paloma conozca y tenga contacto con su familia materna.

e) Si bien por los fundamentos dados he de propiciar la confirmación del decisorio en crisis, creo necesario introducir dos cuestiones finales.

En primer término, he de coincidir nuevamente con otra de las conclusiones de la Perito Psicóloga en tanto afirma que se considera relevante la posibilidad de permitir la visita de la niña, a modo de vacaciones, a sus abuelos maternos, a fin de poder continuar con los vínculos con dicha rama familiar (fs. 192, 2do. párrafo), por lo que

corresponde conceder tal autorización (art. 264 quáter inc. 4to. y párrafo final del Código Civil). Si bien esta cuestión no conformó el objeto de la pretensión incoada en los autos “B., N.A c/ F., C. E. s/ AUTORIZACIÓN” –sí lo fue en los autos “B., N. c/ F., C. E. s/ MEDIDAS PRECAUTORIAS” (expte. n° 2265 que se tiene a la vista), donde se solicitó una autorización puntual para un viaje de tres meses- entiendo que conceder tal autorización no afecta la congruencia, ya que no se vulnera dicho principio cuando se concede menos de lo pretendido, aún en los casos –que no es el de autos- en que no hubiera comparecido el demandado (Guillermo José Enderle, “La congruencia procesal”, pág. 167, con cita de De La Oliva Santos; esta Sala, causas n° 53489, “Alvarado” del 30.10.09.; n° 56.651, “Cambronera” del 16.08.12.; n° 56640, “Esperón...”, del 04.09.12., publicada en Abeledo Perrot Buenos Aires, octubre de 2012, pág. 1201 y sig.). En cuanto a las modalidades de dichas visitas, se exhorta a los progenitores –apelando a su buena voluntad y a la comprensión de que las soluciones consensuadas siempre serán más convenientes para la menor- a convenirlas para cada ocasión, y en caso de no ser ello posible deberá ser resuelto sumariamente.

En segundo lugar, y estrictamente vinculado con lo anterior, también he de coincidir con Perito Psicóloga en tanto sugiere la realización de entrevistas psicológicas de orientación para ambos progenitores, a fin de reconsiderar una mejor calidad de vinculación que evite en la medida de lo posible un clima de tensión frente a los futuros acuerdos que deberán realizar los padres acorde al desarrollo evolutivo de

su hija y a las necesidades de la misma. Las modalidades de este régimen deberán ser fijadas en primera instancia tras evaluarse las posibilidades existentes.

f) El tratamiento del recurso interpuesto contra la regulación de honorarios (fs. 107) se verá reflejado en la parte resolutive, al igual que la regulación de honorarios por las labores desarrolladas ante esta alzada.

Así lo voto.-

La Señora Juez Doctora **Comparato** **adhiere** por los mismos fundamentos **al voto precedente.-**

A LA TERCERA CUESTION, el Señor Juez **Doctor ESTEBAN LOUGE EMILIOZZI**, dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo:

I) Desestimar el planteo de nulidad de la sentencia de fs. 95/103.

II) Confirmar en lo principal que decide la sentencia de fs. 95/103, con las siguientes salvedades: **a)** se autoriza a la menor a viajar a España junto a su progenitora, a modo de vacaciones, a fin de poder continuar con los vínculos con la rama familiar materna (art. 264 quáter inc. 4to. y párrafo final del Código Civil), exhortándose a los progenitores a convenir las modalidades para cada ocasión, y en caso de no ser ello posible deberá ser resuelto sumariamente; **b)** recomendar la realización de

entrevistas psicológicas de orientación para ambos progenitores, a fin de reconsiderar una mejor calidad de vinculación que evite en la medida de lo posible un clima de tensión frente a los futuros acuerdos que deberán realizar los padres acorde al desarrollo evolutivo de su hija y a las necesidades de la misma, las que se llevarán a cabo bajo las modalidades que serán fijadas en primera instancia tras evaluarse las posibilidades existentes.

III) Con costas de alzada por su orden por tratarse de un “caso difícil” que pudo llevar a ambas partes a creerse con derecho a litigar (art. 68 2do. párrafo del C.P.C.C.). El tratamiento del recurso interpuesto contra la regulación de honorarios (fs. 107) se verá reflejado en la parte resolutive, no correspondiendo regulación por los trabajos en alzada atento o normado por la Resolución 1353 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.-

Así lo voto.-

La Señora Juez Doctora **Comparato** **adhiirió** por los mismos fundamentos **al voto precedente.-**

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del CPCC.; **se Resuelve:** **I)** Desestimar el planteo de nulidad de la sentencia de fs. 95/103; **II)** Confirmar en lo principal que decide

la sentencia de fs. 95/103, con las dos salvedades indicadas en el apartado II de la tercera cuestión; **III)** Con costas de alzada por su orden por tratarse de un “caso difícil” que pudo llevar a ambas partes a creerse con derecho a litigar (art. 68 2do. párrafo del C.P.C.C.). En orden a lo prescripto por los arts. 9, punto I inc. 6, 13, 14 y 16, y en atención a la cuantía, valor y mérito de los trabajos realizados en autos modificar los honorarios regulados a fs. 107 al **Dr. RODOLFO CORRADETTI**, de la siguiente manera: Por la tenencia y régimen de visitas: en la suma de **PESOS UN MIL OCHOCIENTOS OCHENTA (\$ 1.880.-)**, y por el trámite de autorización judicial: en la suma de **PESOS UN MIL OCHOCIENTOS OCHENTA (\$ 1.880.-)**, más la adición de Ley (Arts. 12 y 14 Leyes 8455 y 10268 e I.V.A. en caso de profesionales inscriptos). Notifíquese y devuélvase. En cuanto a la regulación de los honorarios practicadas, las notificaciones del caso deberán ser efectuadas en Primera Instancia, en su caso con la transcripción prevista por el art. 54 de la ley 8904.-

Esteban Louge Emiliozzi
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Lucrecia Inés Comparato
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Ante mí

Yamila Carrasco
Secretaria
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-