Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

--- Trelew, 03 de junio de 2.008.----------

------- **Y VISTOS:** Los recursos de apelación y nulidad interpuestos según constancias de fojas 84, contra la sentencia interlocutoria copiada a fs. 74/79, de apelación subsidiaria de fs. 92 contra la resolución copiada a fojas 80, y de apelación y nulidad de fs. 110 contra la resolución reproducida a fs.108.---------

---------- **CONSIDERANDO:** ----------

---------- **I.-** Se quejó el actor, en lo esencial, sosteniendo que la sentencia de fs. 74/78 y la resolución aclaratoria de fs. 79, exhiben el exceso en que incurrió el Juez en sus facultades como director del proceso, desequilibrando la relación procesal y las atribuciones de las partes, para torcer el curso de la presente acción con una medida cautelar sorpresiva, y con clara afectación de las garantías constitucionales del debido proceso. ----------

---------- Manifestó que como quedó trabada la litis él pidió la venia judicial, mientras que la demandada sólo se opuso sin requerir a su favor la autorización supletoria, ni cautelar, por lo que desde esa perspectiva y no encontrándose en juego el orden público ni la protección de la persona de la hija de ambos, desde que su derecho a la educación está resguardado con la concurrencia a la Escuela Hendre, no existió mérito para el dictado de la medida cautelar decretada. ----------

------- Adujo que las medidas cautelares se fundan en los requisitos propios que hacen a su procedencia y, por ende, se deben acreditar la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y prestar caución, nada de lo cual fue examinado por el Juez. --- Expuso que las atribuciones que otorga el art. 105 de la ley 4347 a favor del Juez para dictar medidas cautelares de oficio, no lo habilitan a vulnerar el principio de congruencia ni pasar por alto los requisitos de su procedencia. ---------- Sintetizó expresando que la sentencia es nula porque resulta incongruente con el objeto de la presente *litis* y la forma que quedó trabada previo a dictarse, según las pretensiones deducidas por ambas partes y ante la ausencia de una petición expresa o demanda que habilite su dictado. ---------- Alegó que en segundo lugar la medida cautelar es nula porque no respetó la jerarquía de las normas vigentes. ---------- Afirmó en tal

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

sentido que, tratándose del derecho a la educación, es aplicable la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 29 fue precisado por la Observación General Nº 1, que expresa que la educación debe estar encaminada en primer lugar a “desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades”, por lo que, en vez de descartar la aplicación de normas internacionales, pudo el Juez de grado estimar “prima facie” cuál de los dos proyectos educativos cumplía “prima facie” con esas pautas. ---------- Argumentó que la decisión judicial constituyó una injerencia indebida y una intromisión ilegítima respecto a aspectos no sometidos al conocimiento del Juez. ----- Preguntó retóricamente qué autoridad puede ejercer sobre su hija, si en sede judicial se admite sin razón su desobediencia consistente en su concurrencia al Instituto Don Bosco. ---------- Objetó que el Juez haya recurrido para fundar la sentencia al criterio y voluntad de su propia hija de 6 años. ---------- Aseveró que la sentencia, cuyo único fundamento radica en la opinión de una niña de 6 años, adolece de motivación suficiente y debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido. ---------- Manifestó que si se habilitara la decisión de su hija de 6 años para resolver las cuestiones que hacen a su bienestar y futuro contra su propia experiencia y razón, se vería seriamente perjudicada. ---------- Afirmó que el criterio paterno debe prevalecer cuando el hijo es impúber, en particular en la iniciación de estudios o de labores que lo encaminen en una especialidad profesional o técnico o que lo inclinen hacia artes o deportes determinados. ---------- Explicó que la escuela Hendre es apta para cumplir con el objetivo de la socialización fuera del ámbito familiar, enriqueciéndose con el aporte de la cultura galesa. ---------- Adujo que la autorización provisoria no tiene fundamento como cautelar, porque no cumple los requisitos propios de una medida de esa naturaleza si el Juez no se expide sobre la verosimilitud del derecho y la funda simplemente en la aparente voluntad de su hija de 6 años. ----------

Expresó que tampoco había peligro en la demora porque de la manera que autorizó provisoriamente a su hija a concurrir al Instituto Don Bosco la niña podía ser autorizada para concurrir a la Escuela Hendre, donde en definitiva el ciclo escolar se inició recién con fecha 10 de marzo de 2008. ---------- Manifestó que la decisión recurrida perjudica a su hija y a su derecho de ser educada según su condición y fortuna, obligándola a conformarse con una educación primaria básica cuando está en condiciones de proporcionarle una formación e instrucción más completas, que incluye la enseñanza de idiomas, actividades y talleres extracurriculares, con mayor amplitud de conocimientos. -------- Sostuvo que el Juez incurrió en parcialidad a favor de la contraria cuando expresó que los proyectos pedagógicos del Instituto Don Bosco y la escuela Hendre tienen absoluta paridad, lo que importa una valoración anticipada de las pruebas producidas y ofrecidas por ambas partes que resta producir. ---------- **II.-** Los defectos invocados por el apelante no dan en el subexamen ocasión a declarar la nulidad del interlocutorio en crisis. Aunque el art. 34 inc. 4º C.P.C.C. impone a los magistrados el deber de respetar el principio de congruencia “bajo pena de nulidad”, en esta materia rige no sólo el principio de especificidad, sino también los postulados de trascendencia y conservación, conforme a los cuales para el andamiento del planteo es menester que la subsanación del defecto no pueda lograrse sino con la declaración nulitiva, de modo que si el perjuicio que el pretenso vicio provocaría es reparable, caso de asistir razón al quejoso, mediante la apelación también interpuesta, no hay porqué acudir al remedio extremo de invalidar un pronunciamiento quizá irregular pero perfectible a través de la revisión a realizar por la Alzada. Este concepto, elaborado en torno a los arts. 172 y 253 cód. cit., es ya axiomático en el tópico y ha sido repetido por unánime doctrina y en forma monocorde por la jurisprudencia de nuestros tribunales, incluso por la de este Cuerpo en reiteradas oportunidades (c. 9.087 S.D.C. 26/92, 9.982 S.D.L. 108/92, 10.088 S.I.C. 46/92, 13.067 S.D.C. 35/96, 11.962 S.D.C. 03/97, entre muchas otras y sus citas).---------- La circunstancia de que fuera dictada de oficio la medida cautelar, visto que las clases ya comenzaban y era necesario tomar una decisión

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

sobre la escuela a la que habría de concurrir S. , no puede considerarse ningún exceso del Juez de Grado, máxime cuando el art. 105 de la ley 4347 establece expresamente que “Las atribuciones del juez que entiende en la causa son: a) Disponer las medidas cautelares y preparatorias pertinentes, de oficio o a pedido de parte”. ----------

--- A mayor abundamiento, cabe señalar que en los procesos de familia, las medidas cautelares adquieren un peculiar contorno, verificándose profundas modificaciones en torno a su carácter instrumental; a su dictado “inaudita pars”; a los presupuestos que hacen a su admisibilidad y ejecutabilidad e inclusive los jueces las pueden disponer *ex officio*, cuestión que sin duda se aparta del principio dispositivo imperante como regla en el proceso civil y con arreglo a la norma citada, dándole vida al Principio de Simplificación de los procedimientos cautelares (conf..: Kielmanovich, “Los principios del proceso de familia”, Revista de Derecho Procesal 2002-2-II, Pag. 37; Jáuregui, “Aspectos procesales en los conflictos de “tenencia” de niños”, LLLitoral 2005 (agosto), p. 669), por lo que se desestimará el agravio.----------

---------- A su vez, es de destacar que cuando los padres están de acuerdo respecto de la educación de sus hijos, pueden determinar con absoluta libertad cuáles son las acciones más convenientes para ellos. Son libres para elegir su educación, inculcarle los valores, las creencias religiosas o los hábitos de vida que juzguen positivos y nadie, salvo en casos muy especiales, debe inmiscuirse en sus decisiones. ----------

---------- Empero, esa no es la situación existente en el caso, dado que es el propio progenitor, quien ante una indudable discordancia con la madre sobre la escuela a la que debería concurrir su hija, se presentó interponiendo una demanda en donde requiere la intervención judicial en cuestiones atinentes a su educación. ---------- Es entonces contradictorio que el propio demandante afirme que el Juez vulneró las facultades que le otorga legalmente a los padres el ejercicio de la patria potestad.----------

---------- En razón de lo dispuesto por el art. 130 de la ley 4.347, que establece que la Alzada debe tomar conocimiento personal y directo del grupo familiar, y teniendo en cuenta que el art. 12 de la “Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”,

que posee jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 C.N.), determina que se garantizará al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, este Cuerpo procedió a escuchar a la menor que manifestara encontrarse a gusto con las actividades que realiza.---------- Por cierto que no corresponde decidir sobre la escuela a la que concurrirá una menor de 6 años con base únicamente en manifestaciones como las vertidas por la niña, eso no será el fundamento de la presente resolución, mas ello no significa que no deba escucharse a la menor y tener en cuenta, como un elemento más, su parecer.---------- Sumado a ello habrá de confirmarse la resolución apelada, pues resulta verosímil que el interés superior del niño se vea mejor resguardado continuando la menor en un ámbito institucional y ciudad ya conocidos por ella, que cambiando de establecimiento educacional, siendo que como se expresara en la sentencia apelada, con los elementos existentes al momento de dictar la cautelar no era posible tener certezas sobre la superioridad de la educación brindada en uno u otro colegio. ---------- **III.-** Según constancias de fs. 93, el actor dedujo apelación en subsidio de revocatoria contra la resolución copiada a fs. 79, que ampliando la resolución reproducida a fs. 75/79, estableció que la madre de la menor debía instar en el plazo de 3 días la pretensión de autorización supletoria de la niña S. S. L. para que ésta concurra al Instituto Don Bosco, bajo apercibimiento de caducidad de la medida dispuesta. ---------- El agravio del actor consistió, en lo fundamental, en que la intimación decidida desnaturalizó por completo el trámite brevísimo y verbal que debió imprimirse a la presente acción y también el trámite del proceso sumarísimo que impuso el Juez a las presentes actuaciones. ---------- Manifestó que el Juez es quien quiere litigar contra él, lo que evidencia notoriamente la parcialidad de sus decisiones, que motivaron la recusación con causa deducida.---------- Afirmó que de esa manera se vulneran sus derechos

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

constitucionales colocándolo en una situación de indefensión, violando las garantías del debido proceso y la defensa en juicio. ---------- **IV.-** De las constancias del expediente principal surge que la madre de la menor E. G. L., dedujo demanda solicitando autorización para que su hija concurra durante el actual ciclo lectivo al colegio “Don Bosco” de la ciudad de Rawson (ver fs. 123). ---------- Tal como lo viene expresando este Cuerpo, no corresponde pronunciarse cuando, como en el caso, las cuestiones traídas a conocimiento del Tribunal devienen abstractas (S.I.C. 158/06; 107/06; 101/06; 14/06; 72/07; 17/08). ---------- También la Corte Suprema Nacional y el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, vienen desde antiguo elaborando reglas de tal suerte que el principio general es el que indica que para que sea posible la emisión de un pronunciamiento, debe existir “causa” y además un “gravamen” -agravio, perjuicio, ofensa, ultraje- que produce en el derecho la cuestión en debate. Ese agravio debe ser concreto, efectivo y actual. Concreto, por suficiente determinado y precisado; efectivo, por cierto y no aparente o supuesto, y actual, por vigente al momento de resolver (Carlos Salvadores de Arzuaga y Mario A. Fornaciari, “La cuestión abstracta o la ausencia de gravamen actual” - L.L. 13/9/00). La desaparición de los requisitos jurisdiccionales, importa también la del poder de juzgar (CS., Fallos 248:51); deben atenderse las circunstancias existentes al momento de la decisión (Fallos 298:33; 301:947; 302:721; 311:870 y 1810; S.T.J.Ch., SI N° 17/87; 8/94; 49 y 58 /SCA/02; 51/SCA/03 y SD N° 31/SRE/99, 23/SRE/01 y 3/SCA/02; entre otras.---------- Estos requisitos no están presente en el caso, pues la manda del Juez de la anterior instancia que cuestionó el recurrente ya fue cumplida al haberse iniciado la causa.---------- **VI.-** Respecto de la resolución de fecha 4 de abril de 2008, el apelante se agravió, en lo fundamental, de que el Juez de grado omitiera expedirse sobre la verosimilitud del derecho invocado, lo que vicia de nulidad el resolutorio. ---------- Expresó que el Juez está obligado a examinar la concurrencia de todos los requisitos para el dictado de una medida cautelar, pero no de forma parcial, lo que según manifestó obsta a ejercer adecuadamente el derecho de defensa al

realizar la crítica del fallo. ---------- Adujo que la decisión de educar a su hija en la escuela Hendre tiene fundamento en la norma de los arts. 264 y 265 del Código Civil, conforme la patria potestad que ejerce.---------- Expuso que hasta el presente no tuvo conocimiento de ninguna pretensión en sentido contrario a que se inscriba en la escuela Hendre y su negativa a que su hija concurra al Instituto Don Bosco sigue firme, por lo que siendo una facultad propia del ejercicio autónomo de la patria potestad, no cabe que el Tribunal se inmiscuya de oficio.---------- Alegó que hay circunstancias en que uno de los dos padres se encuentra en mejor posición para resolver con claridad los actos trascendentales de la vida de los hijos y que en la especie es él, por ser profesor de filosofía y ciencias de la educación, quien tiene tal posición de privilegio.---------- Finalmente, dijo que en cuanto a los derechos de su hija, cuyo interés representa conforme los tratados internacionales y en particular las recomendaciones del Comité de los Derecho del Niño, ella debe tener acceso a una mejor formación si sus recursos lo permiten y sin perjuicio de la prueba a producirse oportunamente, se advierte liminarmente que la escuela Hendre proporciona una currícula más completa, a la que se adiciona la enseñanza de idiomas y diversos talleres extracurriculares. Sentado ello, cabe señalar que el peligro en la demora consiste en la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda pueda frustrarse en los hechos, porque, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes, de acuerdo al juicio objetivo de una persona razonable, o por la propia actitud de la parte contraria (vgr., el deudor que trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes, art. 209, inc. 5º C.P.C.C.).---------- **VII.-** En lo que se refiere al recurso de nulidad, es válido lo expuesto en relación al primer recurso tratado, por lo que se analizarán conjuntamente la apelación y nulidad interpuestas (art. 253 C.P.C.C.). ---------- En el caso, tal como se sostuvo en la sentencia apelada, al momento de ser dictada la resolución no existía peligro en la demora.---------- Es que el peligro en la demora es, en realidad, el

presupuesto que da su principal razón de ser al instituto de las medidas cautelares y la circunstancia de que la hija del apelante en oportunidad de su petición estaba cursando normalmente en el nivel que le correspondía según su edad, hacen concluir que el peligro que adujo el recurrente no concurría. ---------- Por lo tanto, siendo que para el dictado de una medida cautelar como la solicitada no se encontraban reunidos los requisitos requeridos por la normativa procesal vigente, ello dado que no se trata de los casos en los que el Código Procesal Civil u otra ley eximen de la demostración de dicho recaudo, se confirmará la sentencia apelada. ---------- En razón de lo expuesto, el resto de los agravios referidos a comprobar que el derecho invocado es verosímil, tampoco corresponde considerarlos en esta Instancia.---------- **VIII.-** Las costas de Alzada se imponen al apelante en razón de que resultó derrotado (arts. 68 y 69 C.P.C.C.). ---------- No se regularán honorarios al Dr. L. M. S. en razón de la forma en que se imponen las costas y por actuar éste en causa propia (arg. art. 12 dec.-ley 2200).---------- Por ello, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew; **RESUELVE:** ---------- Confirmar las resoluciones copiadas a fs. 75/79 y 108. ---------- Declarar abstracta la apelación subsidiaria deducida según constancias de fs. 93/93 vta. ----------

Imponer las costas de Alzada al apelante. ---------- No regular honorarios al Dr. L. M. S. . ---------- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haber coincidencia de opinión y hallarse vacante la restante vocalía de la Sala (art. 8, ley 1130, to. ley 4550).----------

------- Regístrese, notifíquese y remítase el presente cuerpo de apelación y en cuanto a los autos principales devuélvanse al Juzgado de Origen, sin más trámite.----------

Fdo: CARLOS A. VELÁSQUEZ – CARLOS DANTE FERRARI

--- REGISTRADA BAJO EL Nº 103 DE 2.008 – SIC.- CONSTE.----------

---