

## Nuevo Código Civil Y Comercial Privación De La Responsabilidad Parental Procedencia Sustracción Del Menor Fuera Del País

### JURISPRUDENCIA

### Nuevo Código Civil y Comercial. Privación de la responsabilidad

parental. Procedencia. Sustracción del menor fuera del país Se priva del ejercicio de la responsabilidad parental al progenitor que sustrajo del país a su hijo menor, con la finalidad de impedir el contacto del niño con su madre y su familia materna, en vulneración de los derechos del niño. Buenos Aires, ... de noviembre de 2015. AUTOS Y VISTOS Y

CONSIDERANDO: I. Contra el pronunciamiento de fs. 333/339 apela el demandado quien expresa agravios a fs. 364/367, cuyo traslado fue contestado a fs. 370/377. La Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara se expidió en su dictamen de fs. 387/388. Se queja de lo decidido por el juez de grado en cuanto decide privarlo del ejercicio de la responsabilidad parental del niño J. S. P. C. II. La actora y la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara solicitaron, oportunamente, se declare desierto el recurso interpuesto por el demandado. La valoración de la expresión de agravios, a los fines de determinar si reúne las exigencias necesarias para mantener el recurso interpuesto, no debe llevarse a cabo con injustificado rigor formal que afecte la defensa en juicio. Si así se actúa, cabe descalificar lo resuelto por haberse incurrido en arbitrariedad. De ahí que, en la sustanciación de dicho recurso, el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con amplitud, mediante una interpretación que los tenga por cumplidos aun frente a la eventual precariedad de la crítica del fallo apelado, directiva que tiende a la armonía en el cumplimiento de los requisitos legales y la aludida garantía de la defensa en juicio y a delimitar restrictivamente el ámbito de las sanciones que importan pérdida o caducidad de los derechos del apelante (conf. CNCiv., sala E, del 24/9/74, LL 1975-A573; íd. Sala G, del 10/4/85, LL 1985-C-267; conf. CNEsp. Civ. y Com. Sala I, del 30/4/84, ED 111-513). El criterio amplio que preside la materia tiende, así, a asegurar a las partes en litigio una mayor oportunidad para defender sus derechos y afianzar con ello la garantía consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional. En ese marco, y dado que el actor al expresar su disconformidad con el pronunciamiento en vista, ha dado cumplimiento, con lo dispuesto por el art. 265 del Código Procesal, es que será desestimada la pretensión de declarar desierto el recurso interpuesto. III. El juicio ha llegado a esta Sala para revisar el pronunciamiento dictado en la instancia anterior que decidió privar del ejercicio de la patria potestad al padre apelante, cuando ya ha entrado en vigencia el Código Civil y Comercial (Ley 26.994 y su modificatoria 27.077). El Sr. Juez de grado fallo de conformidad a las disposiciones del artículo 307 inciso 3° del Código Velezano, entre otras normas que citara. Tal como estableciera esta Sala en autos ?M., J.A. c/ P., C.S. s/ divorcio? (voto de la Dra. Hernández del 30/10/2015), ?debe resolverse la cuestión de conformidad a lo previsto en el artículo 7 del Código Civil y Comercial, reproducción del anterior artículo 3 del Código Civil, salvo la modificación del último párrafo referida a la aplicación de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo. Dice el artículo 7 en cuanto a la ?Eficacia temporal? que ?a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.? Como se advierte la primera regla de interpretación que sienta la norma es la aplicación inmediata de la nueva ley a las situaciones y relaciones jurídicas en curso, aunque pueden darse casos de expresa disposición del legislador en cuanto a la aplicación de la ley anterior. Claro está que en su segundo párrafo el referido artículo 7 establece otro principio de interpretación ?las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.? Como se ha dicho la cuestión del conflicto de leyes en el tiempo es un tema que ya ha sido abordado y clarificado definitivamente por la buena doctrina nacional y que no ofrece nuevos problemas pues el texto del art. 7 no ha variado la ley anterior (Bas, Francisco Junyent, El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial, LL del 27 de abril de 2015). Así, a partir del texto introducido en el artículo 3 del Código Civil por la ley 17711, se ha interpretado que la ley nueva no es retroactiva, salvo los casos especialmente reconocidos por el legislador y que no afecten derechos constitucionales. Empero se ha reconocido también el efecto inmediato de la nueva ley, lo que no significa retroactividad pues se entiende su aplicación para el futuro y en cuanto las relaciones jurídicas no se hallen consolidadas. Esta solución de derecho transitorio se basó en la teoría de Roubier respecto de la noción de situación jurídica y al principio del efecto inmediato de la ley nueva que triunfó en el III Congreso Nacional de Derecho Civil. Así, este autor considera que en toda situación jurídica los aspectos dinámicos son los de creación o constitución y de extinción, cuando ésta se ha concluido o consumido la nueva ley no puede volver sobre ella. En cambio, cuando la situación jurídica tiene efectos posteriores a la entrada en vigor de la nueva ley que se proyectan en el tiempo, le es aplicable el principio del efecto inmediato de la nueva ley (Roubier, Paul, Les conflits des lois le temps, Paris, 1929, Borda, Guillermo, Efectos de la ley con relación al tiempo, ED 28-810; Belluscio, Zannoni, Código Civil anotado, t I, Astrea, p. 20; Moisset de Espanés, Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 del

Código Civil, Universidad Nacional de Córdoba, 1976). Citando a Roubier se ha distinguido las situaciones en curso que son alcanzadas por la nueva ley a partir de su entrada en vigencia. En este sentido respecto de las leyes que gobiernan la creación o extinción de las situaciones jurídicas, el principio admitido es que tales leyes toman la situación en curso de constitución o extinción a partir de la entrada en vigencia. En las situaciones de formación continua o sucesiva, la ley nueva respeta los elementos ya reunidos bajo la ley precedente pero puede modificarlos agregando condiciones nuevas. Respecto de las leyes que gobiernan el contenido y los efectos de las situaciones jurídicas, la opinión dominante introduce una distinción entre las situaciones legales en curso y las situaciones contractuales en curso, las primeras se regularán por la nueva ley para los efectos posteriores a esta ley; mientras las leyes nuevas no actúan respecto de los contratos en curso de ejecución (Roubier, *Le droit transitoire*, Paris 1960, n° 37, p. 173, Lavalle Cobo, Jorge E, com. art. 3 Código Civil comentado dirigido por Belluscio, Augusto C. y coordinado por Zannoni, Eduardo, T 1, p. 17). Especificaba Borda en su ponencia presentada en III Congreso Nacional de Derecho Civil, siguiendo a Roubier la distinción entre el concepto de retroactividad y el efecto inmediato de la ley (Ponencia citado en ED 36-732) Y agregaba que "la situación jurídica objetiva es permanente; los poderes que de ella derivan son susceptibles de ejercerse indefinidamente, sin que por ello desaparezca la situación o poder, está organizada por la ley de modo igual para todos. Ejemplos característicos son el derecho de propiedad y, en general, todos los derechos reales; la situación de padre, hijo, esposo, etc. (Borda, Guillermo, *Efectos de la ley con relación al tiempo*, ED 28-810). De la misma forma lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia aplicando las leyes nuevas a los efectos en curso de la relación nacida bajo el imperio de la ley antigua (Fallos 327:1139; 306:1160; 318:2438; 325:28, 331:2628; ED 67-412 y ED 72-597 citados por Bas, Francisco Junyent Bas, en *El derecho transitorio*. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial, LL del 27 de abril de 2015; CS agosto 62015, D.I.P., V.G. y otros c. R. de E. C. y C. de las P. amparo, AR/JUR/2583/2015 y Suplemento LL Constitucional setiembre 2015). En el derecho de familia en general son de aplicación inmediata las leyes que gobiernan el régimen del matrimonio y el divorcio y en este sentido se ha aplicado en su oportunidad el art. 1276 reformado en cuanto eximía de la obligación de rendir cuentas (CNCiv. Sala B, feb. 26-1969, ED 31-551) y también la aplicación inmediata del nuevo art. 1277 texto ley 17711 del Código Civil a las consecuencias no extinguidas (CNCiv. Sala A, marzo 9-1971, ED 36-729), citados como ejemplo y sin querer agotar el tema. Respecto de la resolución que priva del ejercicio de la patria potestad -nominada como responsabilidad parental en el nuevo ordenamiento- que ha llegado a revisión de esta sala y que debe resolverse ya vigente el nuevo Código, entendemos que corresponde aplicar el Código Civil y Comercial, en virtud del principio de interpretación sentado en el artículo 7, en cuanto al efecto inmediato de la nueva ley a situaciones no consolidadas, siempre que no se afecten derechos constitucionales. Cuando la resolución que priva del ejercicio de la patria potestad no se encuentra firme se rige por la nueva ley. La modificación de la situación jurídica (patria potestad, hoy responsabilidad parental) sólo puede ser declarada conforme la ley vigente al momento en que opera, máxime cuando sus efectos se cuentan a partir de la sentencia que así lo declara. En consecuencia, entendemos que debe aplicarse al caso en análisis las normas del régimen del Código Civil y Comercial, tal como lo propone la Sra. Defensora de Menores e Incapaces en su dictamen de fs 387/388. IV. Analizados los antecedentes que obran en autos, entiendo, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, que de las constancias de la causa y del expediente criminal recibido como prueba, surge acreditada la causal prevista en el art. 700 inc. c) del Código Civil y Comercial (anterior art. 307 inc. 3 del Código de Vélez). Se recuerda que el artículo 264 del Código Civil vigente hasta el 31 de julio p.p.d., modificado por la ley 23.264, definía la patria potestad, como el conjunto de deberes que la ley impone a los padres sobre sus hijos menores, mientras no se emancipen, reconociéndoles a la par, derechos respectivos para el cabal cumplimiento de los fines de la autoridad paterna: "protección y formación integral". Tienen entonces los padres la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos (art. 265 de ese Código). En ciertos casos extremos, en que la conducta de los progenitores los ha hecho indignos de su condición de tales, el juez puede y debe intervenir en defensa de sus hijos, privándolos de la patria potestad. Sanción que debe aplicarse en casos de extrema gravedad (Guillermo A. Borda "Tratado de Derecho Civil", Familia, pág. 218). En dicha inteligencia, la ley, ante el incumplimiento de los deberes que les impone a los padres para la protección y formación integral de los hijos, los sancionaba con la privación de la patria potestad (conf. art. 307 del Código Civil). Confluye aquí la perspectiva que el nuevo Código Civil y Comercial expresa sobre la responsabilidad parental, como conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral (arg. art. 638), postulando entre sus principios generales el interés superior del niño (arg. art. 639 inc. a)). Se ha destacado así "la trascendencia que debe darse al "interés superior del niño" al que hace mención el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y que apunta a dos principios básicos: 1) el referido a que en caso de conflicto de intereses, es pauta de decisión y 2) como parámetros de intervención institucional para proteger al menor (CNCiv. Sala J, Expte. 47294/99, "C., E. L. y otro c/ R., F. D. s/ privación de la patria potestad" 30/09/2005; SCJN Fallos: 328:2870, SCBA Ac. 73.814, 24/9/2000; Ac. 71.380, 24/10/2001, Ac. 78.013, 2/4/2003). En efecto, en los términos del art. 75, incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional, y en el marco del los Tratados Internacionales de

Derechos Humanos en general y de la Convención de los Derechos del Niño en particular, la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del menor como sujeto de derecho, de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e incluso, el de los propios padres (CS, 13/03/2007, A., F., La ley, 2007-B, 686). Este principio rector opera en todas las ramas del derecho y en todas las Instancias sea que el menor intervenga como parte procesal, como tercero o que sus derechos resulten alcanzados al resolverse un conflicto (SCBA Ac. 85.958 12/3/2003, "M. J. M. y otros s/art. 10 L. 10097). No basta así, con declarar los derechos que le asisten, sino que se torna necesario tutelar su cumplimiento para que se logre su protección integral. Teniendo en cuentas tales premisas, surge de las constancias arriadas que el demandado fue sobreseído en sede penal, de conformidad a lo que surge de la resolución de fs. 982/988 de la causa N° 19.089/2009, que tramitara por ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Criminal de Instrucción N° 37, Secretaría N° 129, que se tiene a la vista en original, mas como bien refiere el Sr. Juez de grado, las conductas que han quedado allí acreditadas deben ser meritadas a la luz de las disposiciones del actual artículo 700 inciso c) del Código Civil y Comercial (anterior art. 307 inciso 3° del Código Velezano). En efecto, ha quedado acreditado en los obrados criminales que el demandado admitió haber incumplido con el régimen de visitas, sustrayendo al menor del país, ya que no lo restituyó a la madre en el momento en que debía hacerlo, llevándolo consigo a la R. d. P., a la localidad de I., con el propósito de que el niño no retornase a nuestro país ni pudiese retomar el contacto con la madre o familia materna. Esta finalidad se confirma por las conductas desplegadas por el demandado, quien de no haber denunciado el robo del que fuera víctima en aquél país, y tener este episodio repercusión periódica, no se hubiera dado con su paradero que era llevado a cabo tanto por Interpol como por distintas ONG. También debe hacerse mérito de la falta de contestación por parte del apelante de la demanda incidental que propusiera la accionante, lo que da cuenta sobre la falta de contradicción de los hechos expuestos que, por lo demás, han quedado acreditados con las constancias de esta causa civil y la criminal que corre por cuerda en original. Así, la conducta del demandado que infringiera el régimen de visitas, privando al niño del contacto con su madre y familia materna, trasladándolo subrepticamente a otro país con notoria intención de no dar a conocer su paradero, ha vulnerado los derechos del niño e importa haber puesto en peligro la seguridad y salud psico-física del menor (arg. art. 700 inciso c) del Código Civil y Comercial de la Nación). En esta dirección, también debemos tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 3 incs. c) y f) de la ley 26.061 de "Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes" que fuera citado "supra", sin desconocer las condiciones en que los testigos vieran al niño a su regreso (cfr. testimonios de fs. 259/260, 261/262 y 264/265), extremos que refuerzan aún más la decisión de esta Sala. Por todo ello, y sin que el demandado con sus limitados argumentos vertidos en su memorial de agravios pueda desmerecer la sólida fundamentación expresada por el Sr. Magistrado en la decisión recurrida, es que habrá de confirmarse la resolución apelada. Por tales consideraciones, y oída la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara a fs. 387/388, argumentos a los cuales nos remitimos "brevitatis causae", este Tribunal,

**RESUELVE:** Confirmar el pronunciamiento de fs. 333/339. Las costas de Alzada se imponen al demandado vencido (art. 68, primer párrafo y art. 69 del Código Procesal). De conformidad con lo dispuesto en los arts.6,30 y ccs. de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432 y atento la labor desarrollada por la Dra.A. S., se incrementan los honorarios recurridos de fs.338 vta./339 a la suma de \$... De acuerdo con lo normado en el art.14 de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432, fíjense los honorarios de la Dra.A. G.S. en la suma de \$... y de los Dres.P. C.V. T. y C. H.V. T., en conjunto, en la suma de \$... Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1 de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013, y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN; a tal fin, notifíquese por Secretaría y a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara en su público despacho. Cumplido, devuélvase a la instancia de grado. Se deja constancia que la difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 164, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido.

LIDIA B.HERNÁNDEZ-CARLOS A.DOMINGUEZ-OSCAR J.AMEAL-JAVIER SANTAMARIA (SEC.).

004497E