

## Conflicto De Competencia Tenencia Cuidado Personal Derechos Del Nino Centro De Vida

### JURISPRUDENCIA

Conflicto de competencia. Tenencia. Cuidado personal. Derechos del

niño. Centro de vida Se casa la sentencia apelada y se dispone la competencia del juez del lugar donde reside actualmente una niña con su madre, para entender en el proceso por el cuidado personal de la misma. Ello así, al no poder calificar de ilegítima la mudanza de la madre por no contar con el consentimiento del padre, si ello obedeció a justificadas razones laborales y económicas sumado a un contexto de violencia o atosigamiento que denunció, por parte del actor hacia ella o a sus familiares directos, y en tanto no haya obstaculizado el derecho de comunicación entre ellos, ajustándose a lo sucesivamente acordado en las audiencias del Tribunal.

En la ciudad de Corrientes, a los veintidós días del mes de noviembre de dos mil dieciséis, estando reunidos los señores Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Doctores Fernando Augusto Niz, Alejandro Alberto Chaín, Luis Eduardo Rey Vázquez, Eduardo Gilberto Panseri, con la Presidencia del Dr. Guillermo Horacio Semhan, asistidos de la Secretaria Jurisdiccional Dra. Marisa Esther Spagnolo, tomaron en consideración el Expediente N° TXP-5568/14, caratulado: "R., J. D. C/ D. M. R. S/ TENENCIA". Habiéndose establecido el siguiente orden de votación: Doctores Guillermo Horacio Semhan, Fernando Augusto Niz, Luis Eduardo Rey Vázquez, Eduardo Gilberto Panseri y Alejandro Alberto Chaín. EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA SE PLANTEA LA SIGUIENTE: CUESTION ¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR EN AUTOS? A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR GUILLERMO HORACIO SEMHAN, dice: I.- A fs. 465/472 vta. la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santo Tomé hizo lugar al recurso de apelación deducido por el actor y en su mérito dejó sin efecto la resolución de primera instancia (N° 13 de fs. 341/343) que había admitido la excepción de incompetencia interpuesta por la demandada y ordenaba remisión de las actuaciones al Juzgado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que en turno corresponda. II.- Los fundamentos brindados por la Alzada para justificar su decisión se sintetizan a continuación a) El marco teórico de la cuestión a resolver se da en el art. 716 del Código Civil y Comercial de la Nación, que establece que en los procesos relativos a responsabilidad parental sobre derechos los niños es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida. b) El centro de vida de la menor al momento de la demanda de alimentos se encontraba en Santo Tomé y el momento histórico del conflicto se remonta a la mudanza de domicilio de la demandada con sus hijos. Señala la máxima que refiere a que la competencia se determina conforme el contenido de la demanda. c) La modificación del centro de vida fue adoptada unilateralmente cuando la madre desbordada por la situación pensó que el conflicto se superaba con el traslado a otro lugar. d) Se concluye que el tribunal no ha podido dar una tutela efectiva, en tanto la madre no ha sido debidamente acompañada y ha faltado la intervención de otras disciplinas, formulándose un llamado a los operadores jurídicos involucrados a confrontar sus conductas y evaluar si se han ajustado al respeto por el interés superior del menor que debiera ser el norte de toda la causa. III.- Disconforme, la demandada interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 506/516), denunciando una valoración absurda del accionar de la madre, desviando del foco principal cual es el respeto a los derechos constitucionales de la niña, en lo que respecta concretamente a su centro de vida y haciendo primar sobre ella los derechos del padre. IV.- La referida vía de impugnación fue deducida dentro del plazo, se encuentra exenta de la carga económica del depósito y satisfecha la técnica de expresión de agravios. Por otro lado, las sentencias que resuelven sobre cuestiones de tenencia de los hijos menores, en principio, no son habilitantes de instancia extraordinaria, al no causar estado y ser revisables en cualquier etapa del juicio. No obstante ello, en el caso, tratándose de la determinación del centro de vida de la menor y en función de ello la asignación de competencia al tribunal en que queden radicadas finalmente las actuaciones, debemos atender la irreparabilidad del perjuicio que se cierne respecto de su bienestar. En tales condiciones, se habilita la instancia del Superior Tribunal y corresponde juzgar acerca de su mérito o demérito. V.- Cabe aclarar liminarmente que no corresponde entrar al fondo de la cuestión que subyace tras la pretensión inicial (cuidado personal de la niña L.), sino sólo analizar la decisión de Alzada respecto de que juez es el competente para su eventual dilucidación. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación recientemente en interpretación de lo dispuesto por el art. 716 del Código Civil y Comercial de la Nación asignó virtualidad al criterio que remite al tribunal del territorio donde habita efectivamente el menor, dada la relevancia que reviste la intermediación para la tutela de la niñez (confr. Comp. CSJ 2245/2015/CS1 ?Fernández Emilce c/ Medina Laureano s/ Alimentos? del 20/08/15). Las normas sobre competencia requieren ser interpretadas actualmente con una perspectiva diferente al régimen anterior a la reforma constitucional de 1994. La Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto destaca la idea de sujeto de derechos y en su condición de persona, requiere una individualización autónoma e independiente de sus representantes legales, sin perjuicio de su condición de incapaz y, como tal,

sujeto a la representación legal. Se desplaza el centro de imputación: es el niño quien debe indicar el eje a tener en cuenta para determinar su domicilio legal, sin perjuicio del que tienen sus representantes legales. El punto de conexión debe ser su "centro de vida", el lugar de su residencia habitual (conf. Solari, Néstor E., comentario a fallo en LL-2007- B, 623). A esta pauta también recurre la comunidad jurídica internacional, cuando los asuntos de competencia afectan a la niñez (vgr. Conferencias de La Haya de 1894 sobre tutela, de 1961 y de 1966 sobre competencia y ley aplicable en materia de protección de menores y de 1980 sobre aspectos civiles de sustracción internacional de menores). La Corte Suprema tiene dicho reiteradamente que si los jueces que entablan la disputa están en situación legal análoga para asumir la función tutelar, la elección debe hacerse ponderando cuál de ellos se encuentra en mejores condiciones de alcanzar la protección integral de los derechos del niño (Fallos 327:3987, con remisión al dictamen de la Procuración y sus citas y causa "Ferreira, Miguel Ángel" sent. del 20-VIII-2008.). VI.- La Cámara sostiene que el centro de vida de la niña se encuentra en Santo Tomé, en tanto era el vigente al momento de la interposición de la demanda y agrega que la madre adoptó sola la decisión de mudarse y la expresó ante la Asesoría de Menores, organismo que no reaccionó como corresponde en defensa de los derechos que le competen. Ahora bien, la demanda que reclama la tenencia de L. fue deducida por el padre a los pocos días de que se fueron de Santo Tomé (07/11/14) y en ella reclamaba también la recuperación de contacto, porque alegaba no saber nada de ella. La cuestión de la competencia fue resuelta por la Alzada el 30/06/16, o sea casi 2 años después. En el interregno se realizaron audiencias con los padres intentando una conciliación, se restableció el contacto vía telefónica y se concretaron varias visitas. En todas las oportunidades viajaron la madre y la menor desde Buenos Aires a Santo Tomé, sin que en ningún momento el padre se moviera de su lugar, cuestión que suscitó incluso reclamos, ya que se planteó que la niña volvía cansada para retomar sus actividades, a lo que el Sr. R. explicitó que tenía temor de que la Sra. D. cumpla con su amenaza de denunciarlo armando una falsa causa en Bs. As., sumado a que no conocía paradero a ciencia cierta. Justificación poco seria en tanto la demandada proporcionó dos números de celular para que el Sr. D. tenga contacto con su hija, a la vez que denunció el domicilio real, en el que recibía las cédulas de notificación de las distintas cuestiones que se suscitaban y de las que efectivamente surge que tomó conocimiento. Es cierto como dice la Cámara que la decisión de mudar el domicilio de la menor fue adoptada unilateralmente, pero también como el mismo tribunal lo reconoce se encontraba desbordada por la situación que se encontraba padeciendo en Santo Tomé. Ella misma expresó no estar en una buena situación económica, en tanto tiene otros hijos y no tenía trabajo, en un contexto de violencia o atosigamiento que denunció por parte del actor hacia ella o a sus familiares directos. A fs. 197/198 de estos autos se agrega informe efectuado por la Licenciada en Psicología que refiere a que el traslado de ella con sus tres hijos menores a Bs. As. se debió a que las circunstancias que estaban viviendo los estaban desbordando a todos y afectaban sus actividades cotidianas. Ello es corroborado por las denuncias penales contra el Sr. R. cuyas constancias son agregadas al Incidente de Derecho Comunicacional que corre por cuerda (fs. 94/100) a saber: de fecha 02/10/13 por la Srta. C. B. D. (hija de la Sra. D.) quien expuso respecto de la conducta violenta del denunciado, a quien refiere como ex pareja de su madre (y que al formular su descargo dijo no tener nada que explicar al respecto); de fecha 04/05/14 por la Sra. D. quien denuncia persecución y amenazas (al efectuar su descargo niega ser violento y agrega "que se quede tranquila que jamás le haría daño?"); en fecha 09/05/14 la Sra. D. formuló denuncia penal y en fecha 09/12/14 M. R. (amigo de la hija de la Sra. D.) lo denunció por amenazas. También fue agregado un pedido de informes por el apoderado de la Sra. D. presentado a la "Oficina de Atención a la Víctima" en fecha 31/04/15, quejándose de la inacción en las causas iniciadas a partir de sus denuncias de violencia. La Cámara reprocha a los operadores jurídicos que no han preservado el interés del menor al no tener en cuenta que "ella necesita de los dos padres", cuestión que no puede negarse pero que no siempre es factible en los hechos. Digo esto porque si la niña estaba al cuidado de su madre, seguramente lo más sano sería que su madre cuente con un trabajo digno y viva con tranquilidad, para poder ocuparse de ella como se merece. Y si tuvo una posibilidad laboral en otro lugar lo más razonable hubiera sido acordar previamente con el padre, pero también como dijo el Tribunal se encontraba desbordada por una situación que mereció varias denuncias y ninguna respuesta, al punto que se debió quejar de la inacción de los organismos al respecto. Este contexto no permite calificar de ilegítima a la mudanza de domicilio de la menor por parte de su madre o descalificarla porque no contaba con el consentimiento del padre, en la medida que no obstaculizó el derecho de comunicación entre ellos y se ajustó a lo acordado en las sucesivas audiencias fijadas por el tribunal. De esta manera, a la fecha no caben dudas que la niña L. tiene su centro de vida en Buenos Aires, en donde concurre al colegio, realiza otras actividades y donde convive con su madre que es quien tiene a su cargo su cuidado personal. Así también lo ha entendido la Sra. Asesora de Menores en su dictamen agregado a fs. 544/545 vta. Ello implica que será el Juez que corresponde a su domicilio el que deberá resolver las cuestiones de fondo que en esta causa y las que corren por cuerda se encuentran pendientes. Creo necesario recordar lo expuesto por la Procuración General de la Nación, a cuyo dictamen adhirió la Corte respecto del tema que nos ocupa "Deviene necesario priorizar el resguardo del principio de inmediatez, en procura de una eficaz tutela de los derechos fundamentales de la niña" [por lo tanto] "...los jueces del lugar de residencia efectiva de la niña están llamados a conocer en el

asunto, pues la ausencia de intermediación es susceptible de malograr los objetivos tutelares implícitos en estos autos, en los que se encuentra pendiente la revinculación del progenitor con su hija" (dictamen de la PGN en CSJ 424/2013 (49-B)/CS1, 23/6/2015).

VII.- Por lo expuesto y si este voto resultase compartido con la mayoría necesaria de mis pares, corresponderá hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad deducido (fs. 506/516) para, en mérito de ello, casar la sentencia de Cámara y dejar firme la de primera instancia. Con costas a la actora, quien con su silencio frente al recurso extraordinario lo resistió. Regular los honorarios devengados del letrado interviniente, doctor Guillermo Leandro Ayala en el ...% (art. 14 ley 5822) de lo que se regule por el trabajo en primera instancia, en la calidad de monotributista. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR FERNANDO AUGUSTO NIZ, dice: Que adhiere al voto del Sr. Presidente Dr. Guillermo Horacio Semhan, por compartir sus fundamentos. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR LUIS EDUARDO REY VAZQUEZ, dice: Que adhiere al voto del Sr. Presidente Dr. Guillermo Horacio Semhan, por compartir sus fundamentos. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR EDUARDO GILBERTO PANSERI, dice: Adhiero al voto de mis pares preopinantes en la decisión de admitir el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido y en su mérito casar el pronunciamiento de Cámara, dejando firme la decisión de primera instancia que admitió la excepción de incompetencia interpuesta por la demandada, a la vez que ordenó la remisión de las actuaciones al Juzgado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que en turno corresponda.

II.- Claramente por las circunstancias particulares de las partes, cada uno cuenta y defiende sus propias razones para justificar el tribunal que consideran corresponde intervenir. No obstante ello, por imperio del interés superior del niño garantizado en instrumentos de jerarquía internacional es su centro de vida el que determinará la decisión final. Y en autos, ha sido probado que en la actualidad L. se encuentra arraigada en Buenos Aires, habida cuenta que allí desarrolla su actividad escolar, entre otros.

III.- Sin perjuicio de ello, estimo prudente efectuar la siguiente recomendación en pos de evitar que la decisión, con el transcurso del tiempo y la gran distancia física que los separa, vulnere injustamente otros derechos, como ser el del padre a visitar a su hija o participar de la toma de decisión de cuestiones que hacen a su bienestar, como también incluso el de la niña a preservar el vínculo con su progenitor. Así, considero corresponde se forme legajo con copia de todas las actuaciones (cuyo costo será a cargo de la demandada) que serán remitidas al Juzgado cuya competencia se admite y reservado en el tribunal de origen (Santo Tomé), que podrá ser actualizado con las constancias de la causa que se reciban por vía de oficios o exhortos y consultado por el actor cuando considere necesario. Y ello así, en la inteligencia de que -si bien es cierto que hoy el quid de la cuestión es el centro de vida de la menor- no lo es menos que ninguno de los dos (ni el padre ni la hija) han participado de la decisión de mudar de domicilio y por lo tanto nos corresponde brindarle mínimas garantías de defensa al primero nombrado. ASI VOTO.- A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR ALEJANDRO ALBERTO CHAÍN, dice: Que adhiere al voto del Sr. Presidente Dr. Guillermo Horacio Semhan, por compartir sus fundamentos. En mérito del precedente Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente: SENTENCIA N° 98 1°) Hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad deducido (fs. 506/516) para, en mérito de ello, casar la sentencia de Cámara y dejar firme la de primera instancia. Con costas a la actora. 2°) Regular los honorarios devengados del letrado interviniente, doctor Guillermo Leandro Ayala en el ...% (art. 14 ley 5822) de lo que se regule por el trabajo en primera instancia, en la calidad de monotributista. 3°) Insértese y notifíquese. Fdo.: Dres. Guillermo Semhan-Fernando Niz-Eduardo Rey Vazquez-Eduardo Panseri-Alejandro Chaín

Correlaciones: Código Civil y Comercial de la Nación - Libro Segundo. Relaciones de Familia - Título VIII. Procesos de familia - Capítulo 3. Reglas de competencia (arts. 716 a 720). Art. 716 F. V. c/D. A. P. s/alimentos, tenencia y régimen de visitas - Cám. Civ. y Com. La Plata - Sala II - 26/11/2015 C., R. F. c/C., M. D. s/divorcio art. 214, inc. 2), Código Civil - Corte Sup. Just. Nac. - 30/08/2016 011988E