

## Nulidad Extraordinaria Cuidado Personal De Hijos Interes Superior Del Nino Cambio De Residencia Principio De Congruencia

### JURISPRUDENCIA

En la ciudad de Neuquén, capital de la

Provincia del mismo nombre, a los un ( 1 ) día de noviembre de dos mil diecinueve, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada con el señor vocal EVALDO DARÍO MOYA y la señora vocal doctora MARÍA SOLEDAD GENNARI, con la intervención de la Secretaria Civil Subrogante Dra. MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia en los autos caratulados ?G.A.J. C/ J.M.A. S/ CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS? (Expediente N° 83040 - Año 2017 del Registro de la mencionada Secretaría. ANTECEDENTES: A fs.208/216, obra sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad -Sala III- que revoca el decisorio dictado en Primera Instancia a fs. 9 y vta. Contra dicho decisorio, a fs. 237/293vta. el actor deduce recursos de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley (artículos 15°, inciso b) y 18° de la Ley N°1406). A fs. 302/312vta. la demandada J.M.A. contesta el traslado de la casación, solicitando el rechazo. A fs. 322/324vta. dictamina el Sr. Defensor General, propiciando se declare admisible el recurso casatorio deducido, se case la sentencia dictada por la Cámara y se sostenga la medida cautelar dictada en la primera instancia. A fs. 326/328vta. dictamina el Fiscal General en favor de la admisibilidad del recurso por Inaplicabilidad de Ley e inadmisibilidad del remedio de Nulidad Extraordinario. Luego, a fs. 334/338, mediante Resolución Interlocutoria N°51 /2019, se declara la admisibilidad de los recursos extraordinarios interpuestos. A fs. 341/347 dictamina el Ministerio Público Fiscal, propicia se declare procedente el recurso casatorio. Firme la providencia de autos de fs. 348, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes: CUESTIONES: 1) ¿Resultan procedentes los recursos de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley deducidos? 2) Y en la hipótesis afirmativa, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas. Conforme el orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada, el Dr. EVALDO D.MOYA dice: I. En primer lugar, realizaré una síntesis de los hechos relevantes de la causa. 1. A fs. 9/vta. -en fecha 05/06/2017- se da curso a la demanda de cuidado personal incoada por el actor, haciendo lugar a la medida cautelar solicitada por aquel, por lo que se ordena a ambos progenitores que no podrán alterar el lugar de residencia del niño S.G., fuera de la ciudad de Neuquén y en un radio de 30 km, sin la conformidad del otro progenitor o autorización judicial en su defecto, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a una orden judicial y de disponer inmediatamente las medidas necesarias para restituir al niño a Neuquén. 2. A fs. 41/45 se presenta la demandada e interpone revocatoria parcial con apelación en subsidio contra la medida cautelar dispuesta. Manifiesta que antes que se le corriera traslado de la presente medida se radicó el Expte. N° 84270/2017 s/ artículo 642 Código Civil y Comercial), tendiente a obtener la autorización judicial correspondiente para mudar el domicilio del niño a la ciudad de San Martín, lugar del cual es oriunda y donde residiría toda su familia extensa, habiendo conseguido mejores condiciones de trabajo. Entiende que las medidas adoptadas con el objeto de impedir su cambio de domicilio, implicaron un cercenamiento de sus libertades y garantías individuales consagrados en la Constitución Nacional, con obstrucción al ejercicio de la responsabilidad parental para con su hijo menor de edad. Estima, por otra parte, que el mantenimiento de la medida constituye un adelanto de opinión del juzgado, respecto de una cuestión que debe resolverse al momento de dictar sentencia, por lo que la considera viciada de parcialidad. Hace hincapié en el inicio por su parte del Expediente N° 84270/2017, en que ella siempre habría estado a derecho cumpliendo con el deber de informar dispuesto en el artículo 654 del Código Civil y Comercial, y en la excesiva litigiosidad del actor. Argumenta que ese deber de informar no puede ser utilizado como excusa por el estado para restringir a los ciudadanos. Entiende que el artículo 645 del Código Civil y Comercial prevé supuestos taxativos y que no exige autorización de ambos progenitores para mudar de domicilio dentro del país. Añade que el artículo 642 del Código Civil y Comercial se refiere a cuestiones que según la ley exigen la autorización de ambos progenitores, por lo que el Juzgado se ha extralimitado al obligarla a ocurrir por esa vía a fin de obtener la venia para mudar su domicilio. Cuestiona además el dictado inaudita parte de la medida, cita doctrina y funda en derecho. 3) Corrido el traslado pertinente a la contraria, contesta a fs. 73/76. Indica que el auto atacado es ajustado a derecho, que fue el producto no solo de las manifestaciones vertidas en el punto IV) del libelo inicial, sino de las demás actuaciones que tramitan ante el juzgado. Precisa que la medida se orientó a mantener el status quo, que los hechos posteriores a ella evidenciaron que la demandada efectivamente había mudado su domicilio y el niño pudo volver a Neuquén a raíz de una orden de reintegro. Añade que las acciones desplegadas por la progenitora dan cuenta de la importancia de mantener la medida vigente. 4) A fs. 156/159 el Juez de Familia resuelve no hacer lugar al recurso de reposición incoado y conceder la apelación deducida en subsidio. Para así decidir sostiene que la medida dictada constituye una prohibición de innovar cuyo fundamento radica -precisamente- en la necesidad de

mantener el estado actual de ciertas situaciones litigiosas mientras se discute sobre ellas. Expresa que tales medidas se vuelven herramientas útiles a los fines resguardar la estabilidad de un niño mientras dure la tramitación del proceso, máxime en contextos como el en autos caracterizado por la dificultad exteriorizada por los progenitores para deconstruir las sendas posiciones asumidas. Señala que en un escenario de potencial inestabilidad y escalada del conflicto, la medida cautelar dictada resulta ajustada a derecho, al preservar al niño garantizando la continuidad de la situación fáctica hasta ahora planteada. Sostiene que el principio de estabilidad o continuidad, (consagrado en el artículo 653 inciso d) del Código Civil y Comercial) vela precisamente por no variar aquellas cuestiones que hacen al desarrollo de la vida regular del niño. En otras palabras -afirma- la preservación del status quo, importa más que simplemente no modificar la ciudad de residencia o evitar traslados intempestivos, apuntando a soslayar las modificaciones de las costumbres y hábitos cotidianos (con cita de MIZRAHI, Mauricio Luis; Responsabilidad parental; Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 392). A su vez expresa que ese tipo de medidas cautelares persiguen al mismo tiempo resguardar el ejercicio efectivo de la co-parentalidad, procurando evitar que a partir de la utilización de vías de hecho uno de los progenitores pueda accionar en detrimento del otro. Explica que la elección de la residencia del menor de edad constituye un acto que ingresa en el artículo 641 inciso b) del Código Civil y Comercial, convirtiéndose en una manifestación más de la mentada coparentalidad. Por tal razón -señala- no puede ser decidida unilateralmente, y ante la hipótesis del desacuerdo -como ocurre en autos- el artículo 642 del mismo cuerpo normativo se vuelve operativo. Concluye que se equivoca la recurrente al entender que el procedimiento previsto por el artículo 642 del Código Civil y Comercial tiene en miras los casos de desacuerdo entre los progenitores con motivo de la realización de algún acto listado en el artículo 645, en tanto éste último artículo contiene una previsión expresa de cómo proceder frente a la negativa o imposibilidad de consentir de uno de los progenitores. En consecuencia, sostiene que el artículo 642 del mismo código, está orientado a zanjar las diferencias de los progenitores en toda otra decisión vinculada al ejercicio de la responsabilidad parental que no cuente con un trámite específico. Destaca que media una incongruencia en la manifestación vertida, si se atiende a que es la misma impugnante la que inicia el expediente N° 84270/2017 (s/ art. 642 CCC), tendiente a obtener la autorización judicial para mudar la residencia de su hijo a otra ciudad dada la negativa del progenitor. Por consiguiente, habiendo consentido la vía procesal referida, mal puede luego objetar su utilización arguyendo que se trata de una herramienta procesal prevista para otros casos (artículo 645 Código Civil y Comercial). Colige dos cuestiones: por un lado, que encontrándose controvertida la residencia del niño, conforme se desprende del Expte. N° 84270/2017, el dictado de la medida cautelar cuestionada a los fines de resguardar el derecho del progenitor resulta ajustada a derecho. Y por otro, que el alegado cercenamiento de las libertades y garantías previstas por la Constitución Nacional, se desvanece ante las constancias de las causas en trámite ante el Juzgado (Exptes. 83040/2017, 84270/2017 y 80433/2016). Ello por cuanto no sólo no se le ha prohibido a la progenitora mudar su domicilio individual; sino que además, dada la eventual pulsión de derechos, son el del niño a mantener fluido contacto con su progenitor (preservándose el status quo mientras se tramita la causa) y el del progenitor a un ejercicio efectivo de la coparentalidad, aquellos que han de prevalecer por ser lo que mejor responde al interés superior del niño. Para finalizar señala que la medida cuestionada se dictó en fecha 05/06/2017; mientras que de las constancias del Expte. N° 80433/2016 -que tiene a la vista- surge que en fecha 13/06/2017 la patrocinante de la progenitora informó que aquella había mudado su domicilio. Luego, en fecha 16/06/2017 (fs. 26 de las referidas actuaciones), se la intimó a cumplir el régimen de comunicación fijado en esos autos, ordenándosele reintegrar al niño a Neuquén bajo apercibimiento de disponerlo judicialmente, lo que ocurrió en fecha 27/06/2017 (fs. 38). A su vez refiere que el expediente N° 84270/2017 se inició el 18/08/2017, en tanto la demanda de cuidado personal presentada por la progenitora ante el Juzgado de Junín de los Andes es de fecha 22/06/2017 (fs. 96). Concluye que a la luz de las actuaciones cumplidas, la conducta de la progenitora al decidir unilateralmente el traslado del niño a la ciudad de San Martín de los Andes, constituyó un ejercicio abusivo de las facultades derivadas de la responsabilidad parental en los términos del artículo 10 del Código Civil y Comercial. Por las razones señaladas decide que corresponde sostener la medida cautelar dictada en autos. A su vez concede en relación y con efecto devolutivo la apelación deducida en subsidio por la demandada. 5) A fs.208/216 la Cámara de Apelaciones revoca la resolución de fs. 9/vta. y decide la modificación del lugar de residencia de la madre y el hijo S. en la ciudad de San Martín de los Andes. Además fija una modalidad de comunicación del niño por la que al menos comparta con su padre los días sábados y domingo cada quince días, el día de su cumpleaños en la misma ciudad, y una semana en las vacaciones de invierno y dos en la de verano. Sostiene el Tribunal de Alzada que la restricción que impide trasladarse a la madre y al hijo a San Martín de los Andes por su situación laboral y familiar, así como la conducta del padre, desde que -considera- la resolución recurrida no se sustenta en ningún supuesto dirigido a garantizar el interés superior del niño ni para evitar riesgos que lo pudieran afectar; y que en consecuencia quedarán también sin efecto todas aquellas decisiones que se hayan dictado en su mérito. Estima la Cámara sentenciante que la medida fue procurada sin la debida adecuación a los antecedentes reunidos en la causa, ni en las restantes agregadas por cuerda, y sólo a instancia de la pretensión de su progenitor, que a su respecto -juzga la Alzada- no acreditó haber

atendido adecuadamente los requerimientos asistenciales básicos para el hijo. Asimismo entiende que la medida implica una desproporcionada e irrazonable restricción de los más elementales derechos humanos a trabajar y particularmente a la libertad ambulatoria de una mujer que es madre. Y afirma que el interés superior del niño que garantiza el Estado vinculado a la protección y cuidados necesarios para su bienestar, le impone la obligación de adoptar medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño (conf. artículo 3° 1) y 2) y la Ley N° 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (artículos 1, 2 y 3), se encuentra estrechamente vinculado con decisiones que recaen en la madre que es la persona que ha garantizado la estabilidad de todos los aspectos que integran a aquel, desde el nacimiento del hijo hasta la fecha, sin que se exteriorizara el ejercicio de una conducta abusiva, ni con el objeto de restringir derechos del otro progenitor, que podrá ejercerlos conforme a la modalidad que atienda tal interés, y aun cuando resida en otro lugar.

5) A fs. 237/293vta. el Sr. A.J.G. deduce recurso Extraordinario de Nulidad e Inaplicabilidad de Ley. 6) A fs. 302/312vta. contesta la Sra. M.A.J. -mediante apoderado-, solicita se declaren inadmisibles los recursos casatorios deducidos. 7) A fs. 322/324vta. dictamina el Defensor General y propicia se mantenga la medida cautelar dispuesta por el Juez de Familia. Afirma que el centro de vida no puede ser modificado por un traslado contrario a derecho, efectivizado en forma unilateral por la madre de S.G. quien conocía la oposición del padre del niño y con afectación del niño que tenía en Neuquén sus vínculos no solo con su padre, sino también con su familia extensa. Invoca el interés superior del niño como principio general y determinante de la decisión judicial, con supremacía sobre los derechos de los adultos y que debe ser tutelado por el órgano judicial, conforme el artículo 706, inciso c) del Código Civil y Comercial. Expresa que la conducta de la demandada se encuentra reñida con la buena fe procesal, acudiendo a vías de hecho inadmisibles ya que si bien toda persona tiene derecho a buscar lo mejor para sí y radicarse en el lugar que decida como más adecuado para su desarrollo integral, cuando el ejercicio de ese derecho involucra a sus hijos/as, debe prevalecer el interés de estos/as por sobre el de los mayores de edad. Solicita se admita el recurso casatorio por infracción al interés superior del niño y en función de lo prescripto por el artículo 716 del Código Civil y Comercial. 8) Declarados admisibles los recursos casatorios mediante Resolución Interlocutoria N°51/19, se confiere vista al Sr. Fiscal General, quien dictamina a fs. 341/347, propiciando la procedencia del recurso de Nulidad Extraordinario. Expresa que cotejando el marco del agravio expuesto por la recurrente con los fundamentos de la sentencia, surge que la Cámara en oportunidad de sentenciar se ha extralimitado al decidir sobre cuestiones no introducidas en el recurso, a la vez que lo resuelto no se condice con las constancias de la causa. Además señala que el tribunal inferior omitió darle vista al Ministerio Pupilar previo a resolver el recurso. Precisa que el recurso de apelación deducido gira en torno a la medida cautelar de no innovar dictada en el marco de la causa sobre cuidado personal de los hijos. Sin embargo, destaca, que la Cámara se centró en el incidente de cuota alimentaria, cuestionando la capacidad económica o el quantum de la cuota ofrecida por el progenitor, apreciaciones sobre la época del embarazo de la progenitora cuando él viajaba para cursar un post grado, sus horarios laborales e ingresos. Destaca que un estudio integral de los diversos expedientes permite concluir que: 1. Invariablemente los Defensores del Niño y Adolescente que intervinieron se expidieron en sentido negativo al ponderar que el ?centro de vida? de S.G. se ubicaba en Neuquén (fs.60 expediente 80433/2016 y fs.55 expediente 84270/2017), 2. La existencia de un acuerdo homologado en fecha 20 de abril de 2017 respecto al régimen comunicacional tramitado en expediente N°80433/2016 y que el traslado realizado obstaculizaba el cumplimiento. 3. que a pedido de la Sra. M.A.J., y no por disposición del empleador, se debió el traslado laboral a San Martín de los Andes y que nunca acreditó enfermedad alguna de su madre, quien viviría en la ciudad cordillerana (estos dos últimos hechos invocados para fundar el recurso de reposición como al iniciar la causa en Junín de los Andes). Sostiene que nada de eso fue advertido por la Cámara de Apelaciones, que se limitó a analizar el aspecto económico. Formula consideraciones en torno al ejercicio del cuidado personal de los hijos cuando los responsables no conviven, y afirma que ello se decidirá en el presente proceso, una vez que el magistrado interviniente meritúe cuales de las posibilidades previstas por el Código Civil y Comercial es la más conveniente para el niño S.G. Señala que el proceso se rige por los principios generales de los procesos de familia establecidos en el artículo 706 del Código Civil y Comercial. Destaca entre ellos el ?interés superior del niño?, que si bien es mencionado por la Cámara, decide contrariamente al privilegiar los argumentos laborales y familiares de la progenitora y no el centro de vida del niño. En ese sentido señala que el centro de vida, citado reiteradamente por el Ministerio Pupilar al oponerse al levantamiento de la medida que la madre requirió en los diversos procesos, es el que fijó la competencia de los magistrados y que prevalece por sobre los ?derechos? a un trabajo ?mejor? y cuestiones familiares alegados por la progenitora. Invoca el artículo 3 in fine de la Ley 26.061 en cuanto establece que el interés superior del niño exige que cuando exista conflicto de derechos e intereses frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. Acota que íntimamente vinculado se encuentra el principio de intermediación. Así concluye que el fallo dictado por la Cámara no se sustenta en las constancias de autos, ni las íntimamente relacionadas, tal el caso de ?G.A.J. c/ J.M.A. s/régimen de comunicación? (expediente N°80433/2016) en el que, en fechas 20 y 24 de abril de 2017 -es decir dos meses antes del inicio de la presente causa- se

habían homologado acuerdos entre las partes, violentándose con ello, principios y derechos rectores del niño. Propicia se declare la procedencia del recurso de Nulidad Extraordinario incoado por A.J.G. 9) A fs. 356 se convoca a las partes a audiencia, que tiene lugar a fs. 358, sin que se arribe a acuerdo. II. Ingresando en el análisis, cabe señalar que el vicio que la recurrente imputa al fallo en crisis y sobre el cual sostiene el recurso de nulidad extraordinario - entre otros- es el de incongruencia por extralimitación.

El motivo se encuentra contemplado por la Ley ritual casatoria, en el segundo párrafo del artículo 18º, que declara la procedencia del recurso de Nulidad Extraordinario cuando la sentencia fuere incongruente, o no tuviera sustento suficiente en las constancias de autos, o resolviere sobre cuestiones ajenas a la litis, o que se hallaren firmes. Según lo ha afirmado reiteradamente este Cuerpo, dos son los vértices que, como mínimo, deben tenerse en cuenta en este juicio de procedencia de un recurso que persigue la nulidad.

Por un lado, no perder de vista que la invalidez es el último remedio al que debe apelarse entre las múltiples soluciones que brinda el mundo jurídico. Y que, por ello, es pasible de un análisis riguroso a la luz de una interpretación restrictiva. Por otro, que su finalidad, como lo explica HITTERS, "[...] es asegurar la observancia de algunas reglas constitucionales atinentes al pronunciamiento final, con total prescindencia del contenido de la providencia, pues esto último se inspecciona por mediación del recurso de inaplicabilidad de ley, y por ende constituye materia ajena a [esta] vía impugnatoria? (aut. cit., Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación, 2ª Edición, Librería Editora Platense, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2002, pág. 633). En concreto, la congruencia entre la sentencia y las peticiones de las partes, constituye una ineludible exigencia de cumplimiento de principios sustanciales relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, toda vez que la litis fija los límites y los poderes del tribunal (Ac. N° 30/98, 8/99, 11/99, 11/00, 10/2003, 1/14 entre otros). Ahora bien, el principio referenciado debe ser también observado en la segunda instancia, ámbito donde se verifican algunas particularidades. Es que, el resultado de la tarea jurisdiccional de la Alzada, para ser eficaz, deberá atender a la totalidad de los agravios conducentes, en tanto estos no se aparten, en forma prohibida, de la pretensión y oposición tal como se delimitaron en las piezas liminares del proceso. No cabe que la sentencia exceda las pretensiones de las partes, ya que el pronunciamiento judicial que acuerde o desconozca derechos no debatidos es como principio incompatible con las garantías de los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional. Es que el principio de congruencia está dirigido a delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional por imperio del cual debe existir identidad entre lo resuelto y lo controvertido oportunamente por los litigantes, y en relación a los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico. (Néstor Pedro Sagüés, citando a Pedro Aragoneses, "Recursos Extraordinarios", TºII, pag.666). En ese sentido el Código Procesal Civil y Comercial al referirse a los Recursos y el procedimiento ordinario en segunda instancia expresamente prescribe: "Poderes del Tribunal. El Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia..." (artículo 277). La recurrente alega que la sentencia de Cámara debía expedirse únicamente sobre lo sometido a debate, en el caso concreto: la procedencia de la medida cautelar. Y que sin embargo los jueces de la Cámara se extralimitaron en sus funciones y fueron más allá resolviendo cuestiones que son objeto de debate de un proceso en pleno trámite, con afectación de garantías constitucionales (artículo 18 Constitución Nacional) y se arrogaron la facultad de determinar un sistema de contacto paterno filial, lo que importa resolver algo no pedido (ultra petita) y una violación a los derechos del niño S.G. Se impone entonces, realizar un examen de los términos de la resolución de primera instancia apelada, los agravios expresados y su contestación y del decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones, a fin de verificar si se ha afectado el principio de congruencia por extralimitación -como denuncia la recurrente-, o si por el contrario el pronunciamiento dictado se ajusta a derecho. En primer lugar se debe tener presente que la cuestión en revisión se circunscribe a una medida cautelar fundada en el ejercicio de la responsabilidad parental compartida -que dispone que el padre y la madre del niño S.G. no podrán alterar el lugar de residencia del hijo-. y que el proceso principal en el que ha sido dictada versa sobre la pretensión de cuidado personal del hijo y transcurre por la etapa inicial del trámite. Ya ingresando en el análisis de los extremos antedichos, cabe señalar que la Cámara resuelve "revocar la resolución de fs. 9 en punto a la modificación del lugar de residencia de la madre y el hijo S. en la ciudad de San Martín de los Andes, y atendiendo a la edad de éste, fijar una modalidad de comunicación por la que al menos comparta con su padre los días sábados y domingo cada quince días, el día de su cumpleaños en la misma ciudad, y una semana en las vacaciones de invierno y dos en la de verano." Es importante recordar que la resolución de fs.9 a la que remite, estableció: "...a título preventivo y mas allá de que el ejercicio de la responsabilidad parental compartido que ejercen las partes implica que no puede alterarse unilateralmente el domicilio de los hijos en común, cabe hacer lugar a la medida cautelar pretendida y en su mérito hacer saber a ambos progenitores que no podrán alterar el lugar de residencia del niño S.G. fuera de la ciudad de Neuquén y en un radio de 30km., sin la conformidad del otro progenitor o autorización judicial en su defecto, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia una orden judicial y disponer inmediatamente las medidas necesarias para restituir al niño a Neuquén." Del cotejo, surge que la Cámara revoca la resolución dictada por el Juez de Familia en términos que no se corresponden con lo decidido por ese magistrado. Ello así, en tanto dispone "revocar la resolución de fs. 9 en punto a la modificación del lugar de residencia de la madre y el hijo S. en la

ciudad de San Martín de los Andes?, cuando el Juez de Familia no resolvió sobre ese punto sino que cautelarmente ordenó a ambos progenitores no alterar el lugar de residencia del niño. Se configura de ese modo el vicio de incongruencia denunciado por la recurrente por cuanto la Alzada resuelve sobre dos cuestiones ajenas al objeto de este proceso y a la cautelar apelada, a saber: a) la autorización para que la madre modifique el lugar de residencia del hijo a San Martín de los Andes. b) el régimen de contacto del niño con el progenitor. La primera de las pretensiones tramita en autos: ?JARA MELISA ARACELI C/ GRONDONA ALVARO JAVIER S/ART. 642 CCC? (JNQFA4-EXP-84270/2017). La causa fue promovida por la propia madre del niño el 18/8/17, a fin de obtener autorización judicial para mudar el domicilio del niño a San Martín de los Andes. (tal como ella misma explica en sus agravios de fs. 41vta.). La segunda cuestión tramita en los autos: ?GRONDONA ALVARO JAVIER C/ JARA MELISA ARACELI S/RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN? (Expediente N°80433/2016). Resulta entonces, que la autorización judicial solicitada por la madre de S.G. para cambiar la residencia del niño a San Martín de los Andes y el régimen de comunicación peticionado por el padre del niño son pretensiones ajenas a este proceso, y en consecuencia carece la Cámara de jurisdicción para decidir sobre ellas, incurriendo en una extralimitación que además avanza sobre la jurisdicción del Juez natural de tales procesos. Tal extralimitación también tiene lugar respecto de la pretensión principal de este proceso promovido por el progenitor -cuidado personal-, que no transita aún el periodo probatorio. Y es que si bien el decisorio recurrido menciona el carácter cautelar y provisorio de la decisión apelada, no circunscribe su intervención a ese marco con la prudencia atinente. Por el contrario, en el pronunciamiento atacado se formulan una serie de consideraciones, que importan una extralimitación y prejuzgamiento sobre las decisiones finales de estos autos y de los demás que tramitan en relación a esta familia. Solo a título ejemplificativo cabe citar: ?Lo expuesto son indicios objetivos suficientes de la conducta antecedente del progenitor respecto a que no cuenta con casa habitación ni medios económicos para procurársela a los fines de desarrollar un adecuado régimen de comunicación, menos aún el de cuidado que pretende, como tampoco para afrontar el salario de una cuidadora o una guardería, dependiendo del espacio que se le brinda en la casa materna, así como del rodado para desplazarse (fs. 3vta. Expte. 80757/2017).? ?En definitiva ni al momento de disponerse la medida recurrida ni a la fecha, más allá de expresiones genéricas, no se acredita la forma en cómo se garantizará la estabilidad de la residencia que requiere un niño de corta edad como S., resultando incluso de la causa ?Jara Melisa Araceli s/Situación Ley 2212? (Expte. 80757/2017) que el contacto lo concretaba en un shopping (fs. 03vta).? ?De todas formas, en ninguno de los tres procesos promovidos por alimentos, régimen de comunicación y cuidado personal de los hijos, nada denuncia sobre horarios laborales, ni de la conclusión de sus compromisos profesionales en la ciudad Autónoma de Buenos Aires, trabajo y recursos suficientes, estabilidad habitacional y modalidad para afrontar el cuidado del hijo, habiendo cesado como prestador del PAMI y cerrado el consultorio odontológico en la ciudad de Plottier (fs. 41/43).? ?Que no surge de las constancias de la causa que la posibilidad de alejarse de la ciudad de Neuquén por parte de la madre del niño B. (debió decir S.) esté motivada en un proceder abusivo y que sea susceptible de generarle algún tipo de perjuicio en su vida, considerando la corta edad, no estar escolarizado, ni que por la relación mantenida con su progenitor a la fecha pueda derivar en una afectación de su desarrollo emocional por mantener una residencia distante, así no se evidencia que en el caso se requiera adaptarse a una nueva situación que comprometa el interés superior del niño en punto a su centro de vida (inc. f. art. 3° Ley 26061), ni que no pueda satisfacerse la comunicación por otros medios igualmente válidos que garanticen el contacto paternal.? Por las razones expuestas, cabe reconocerle razón al recurrente, en cuanto la sentencia afecta el principio de congruencia al resolver cuestiones ajenas a la litis (artículo 18 segunda parte de la Ley 1406), y en consecuencia, declarar procedente el remedio de Nulidad Extraordinario deducido, por la causal invocada, nulificando el decisorio. Atento el modo en que se resuelve, resulta innecesario el tratamiento del recurso por Inaplicabilidad de Ley. Asimismo, es preciso señalar que en razón de las opiniones adelantadas por los magistrados integrantes de la Sala III, corresponde que las causas atinentes a la familia conformada por la Sra. M.A.J., el Sr. A.J.G. y su hijo S.G., que lleguen a la Cámara por vía de apelación deberán ser asignadas a otra Sala. III. Conforme el artículo 21 del rito, se debe en este estadio recomponer el litigio, por lo que se tratará la segunda de las cuestiones sometidas a votación. Ingresando en el análisis de la apelación subsidiaria deducida cabe consignar sucintamente los agravios expresados por la Sra. M.A.J. para solicitar se deje sin efecto la resolución impugnada. En primer lugar manifiesta que promovió los autos: ?J.M.A. c/ G.A.J. s/ART.642 CCC? Expediente N°84270/2017, con el objeto de solicitar autorización judicial para mudar el domicilio de su hijo a San Martín de los Andes, de donde es oriunda y reside su familia extensa y donde refiere haber conseguido mejores condiciones de trabajo. Expresa que se vió obligada a pedirlo por la actitud litigiosa del Sr. A.J.G. y las medidas de la Jueza tendientes a impedir el cambio de domicilio, lo que considera que cercena sus libertades y garantías constitucionales. Señala que había puesto en conocimiento del actor su traslado a San Martín de los Andes cumpliendo con la manda del artículo 654 del Código Civil y Comercial, relativa al deber de informar y que el mismo actor expresa en su escrito que no formuló ningún reproche, quedando a la espera de novedades en relación a la abuela de S. Afirma que el artículo 645 estipula cuales son los actos que requieren de consentimiento expreso de

ambos progenitores y considera que tal conformidad no se requiere para mudarse de domicilio dentro del país. Interpreta que los desacuerdos a los que se refiere el artículo 642 son sobre cuestiones que requieren necesariamente autorización de ambos progenitores, que -desde su punto de vista- no sería el caso presente. Asegura que "...no existe impedimento legal alguno para que la suscripta mude el domicilio del menor dentro del país, aún sin mediar el consentimiento del padre?". Se agravia por lo que considera "El avasallamiento a mis derechos y libertades constitucionales, la indebida injerencia del Juzgado en decisiones que atañen a mi vida privada y la del menor como lo es la decisión de cambiar mi domicilio a otra localidad de la provincia de Neuquén." Agrega que en razón de la medida cautelar se ve privada de trasladarse a San Martín de los Andes corriendo serio riesgo su situación laboral en el Banco de la Provincia del Neuquén, donde ya se aprobó su traslado. Expresa que cuando se trasladó a San Martín se presentó ante la Justicia para darle un marco cautelar al régimen de visitas existente y evitar que el niño fuera trasladado por el progenitor sin su autorización fuera de la ciudad, lo que considera indispensable ante el cambio de centro de vida del menor que irrogaba la intervención de un juez de esa jurisdicción. Corrido el traslado de la expresión de agravios al Sr. A.J.G., éste contestó solicitando la confirmación de la medida cautelar que -según sostiene- se funda en normas que regulan el ejercicio de la responsabilidad parental y por cuanto - en atención a las acciones desplegadas por la demandada- ha sido oportuna y necesaria para garantizar los derechos del niño S.G. Señala que oportunamente solicitó la cautelar de no modificar el domicilio luego de presumir la intención de mudarse por parte de la Sra. M.A.J. y con el objeto de mantener el status quo vigente. Expresa que ante la verosimilitud del derecho y en conocimiento del régimen de comunicación vigente el Juez no hizo más que hacer lugar a una medida que tuvo como objetivo impedir que la progenitora sustrajera al niño de su centro de vida y obstruyera el debido contacto paterno filial. Destaca que los hechos posteriores al dictado de la medida evidenciaron que la demandada efectivamente había mudado su domicilio y el niño pudo volver a Neuquén capital luego que se emitiera una orden de reintegro a la ciudad ante la negativa de la progenitora pese a estar debidamente notificada. Establecidos los términos en que se funda la apelación y su responde, es importante precisar el marco de la presente revisión. La decisión apelada es una medida cautelar de no innovar solicitada por el padre del niño S.G. conjuntamente con la demanda (cuya pretensión es la asignación del cuidado personal compartido alternado del hijo). Es menester señalar que la recurrente no cuestiona en sus agravios la existencia de los recaudos que dan sustento a la medida cautelar en los términos de los artículos 232 y cctes. del Código Procesal Civil y Comercial. A todo evento se verifican y corroboran reunidos, conforme se analiza a continuación. Así, la verosimilitud del derecho que le asiste al progenitor de oponerse a la modificación del lugar de residencia de su hijo radica en que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a la madre y el padre (artículo 641 inc. b) y en la necesidad de asegurar el statu quo hasta el dictado de la sentencia que dirima el régimen de cuidado personal del niño (artículo 230 Código Civil y Comercial). En cuanto al riesgo de que el cambio de lugar de residencia decidido unilateralmente ocurra, cabe señalar que se acreditó con la documentación acompañada por la propia demandada (fs.61), y es reconocido en forma expresa por la madre del niño en los agravios y por sus propios actos al promover los autos "J.,M.A. c/ G.,A.J. s/ ART.642 CCCC" Expte. 84270/17 y finalmente al efectivizar el traslado del niño a San Martín de los Andes, que motivó la orden judicial de regreso a Neuquén. Luego, la Sra. J., M.A. se mudó a vivir a San Martín de los Andes llevando al niño S.G. con ella, pese a que la resolución de Cámara no se encontraba firme y en infracción a la norma del artículo 3 de la Ley 1.406 que establece que la interposición del recurso extraordinario impide la ejecución de la decisión impugnada. La medida cautelar dispuesta encuentra su fundamento en la necesidad de mantener la estabilidad de la vida del niño y de su centro de vida hasta tanto su madre y padre y en su caso el Juzgado de Familia interviniente definan el modo en que se organizará el ejercicio de la responsabilidad parental que titularizan -puntualmente en orden al cuidado personal del hijo- y evitar que cualquiera de ellos pueda avanzar por vías de hecho alterando las circunstancias que actualmente se abordan desde el Juzgado especializado. Cabe señalar que los nuevos paradigmas que inspiran la normativa del Código Civil y Comercial, importan cambios sustanciales en el modo de regular las relaciones familiares y en el ejercicio de las responsabilidades atinentes al cuidado de los hijos. Así, el artículo 641 inciso b) del Código Civil y Comercial establece que el ejercicio de la responsabilidad parental en caso de cese de la convivencia corresponde a ambos progenitores y que se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, excepto en los casos del artículo 645 (decisiones que requieren autorización de ambos) o cuando media expresa oposición. La correcta interpretación de la norma indica que la presunción de conformidad es la regla y que existen dos supuestos excepcionales en los que no rige: 1) cuando se trata de decisiones que requieren expresa autorización de ambos progenitores establecidas en el artículo 645 del Código Civil y Comercial (ejemplo: para contraer matrimonio, ingresar a comunidad religiosa, fuerzas armadas o de seguridad, salir del país o fijar residencia permanente en el extranjero, estar en juicio, administrar bienes) y cuyas diferencias o imposibilidad se dirimen por la vía del trámite previsto en el mismo artículo. 2) cuando media expresa oposición de uno de los progenitores. Es claro que nos encontramos ante la segunda excepción y en ese sentido se orientaron los propios actos de la Sra. M.A.J., cuando promovió juicio con el fin de obtener la autorización judicial para cambiar la residencia del

hijo, ante la falta de consentimiento paterno, y en los términos del artículo 642 del Código Civil y Comercial en autos ??J.,M.A. c/ G.,A.J. s/ ART.642 CCCC? Expte. 84270/17?. Es que no quedan dudas que la decisión respecto del cambio del lugar de residencia del hijo atañe al padre y la madre y no puede ser decidida unilateralmente. Por ello no le asiste razón a la apelante cuando señala que: ?...no existe impedimento legal alguno para que la suscripta mude el domicilio del menor dentro del país, aún sin mediar el consentimiento del padre?. Y en cuanto a que el Sr. A.J.G. no habría formulado reproche a su viaje a la ciudad de San Martín por enfermedad de su madre, cabe señalar que indudablemente tal actitud es diferente a otorgar conformidad con un cambio de residencia del hijo. Finalmente, cabe aclarar que la medida dispuesta no restringe en modo alguno la libertad de la Sra. M.A.J., ni afecta sus derechos como mujer trabajadora -como equivocadamente alega-, pues la limitación se establece en forma provisoria y respecto de la residencia del niño S.G., a fin de preservar la estabilidad de su vida familiar y el contacto con su progenitor, al menos hasta que ambos progenitores y/o el Juzgado determinen el modo en que habrán de ejercerse las responsabilidades parentales y el cuidado personal del hijo. El Código Civil y Comercial es el resultado de una larga historia conceptual y legislativa que consagra un auténtico avance desde los derechos de las niñas, niños y adolescentes. (Cfr. Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Tratado de Derecho de Familia, Tomo IV, página 17). Es necesario destacar que el nuevo Código Civil ha venido a responder al doble desajuste imperante en el ordenamiento anterior en términos de géneros (mujer y diversidad sexual) al receptor el régimen de coparentalidad y a la par o a esos fines, adoptar un lenguaje inclusivo al referirse al término progenitor/es en vez de madre/padre. (confr. Marisa Herrera, Coparentalidad - (des)igualdad. Hacia un feminismo emancipador en el derecho de las familias. En ?Miradas Feministas sobre los Derechos, Compiladoras Diana Maffía, Patricia Laura Gómez, Aluminé Moreno, Colección Género. Observatorio de Género en la Justicia. Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires). Y es así en función de que la CEDAW en su artículo 16, pone en tensión justamente aquellos estereotipos de género en torno a la preferencia materna para la crianza de los hijos y la idea tradicional de familia, al establecer la obligación de los Estados partes de adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujeres en todos los asuntos vinculados a las relaciones familiares, en particular: ?Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil en materia relacionada con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial?(inciso d). En el caso, no se verifica la alegada afectación a los derechos de la Sra. M.A.J., por cuanto como ya se ha señalado, ella misma solicitó a su empleadora el traslado a la ciudad de San Martín de los Andes, y lo hizo en ejercicio de los derechos que detenta como trabajadora. Empero, el ejercicio de tales derechos no se ubica por encima de la coparentalidad que ejerce respecto del niño S.G., y no la habilita a cambiar el lugar de residencia del hijo en forma unilateral, sin contar con la conformidad del otro progenitor. Ello es así, puntualmente por aplicación del artículo 16, inciso d) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer -CEDAW- que establece la obligación de los estados de asegurar a hombres y mujeres los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, pero también consagra que en todos los casos los intereses de los hijos serán la consideración primordial. Es decir, que ante una eventual tensión, se dará prioridad al derecho de los hijos. En el presente caso el interés superior del niño S.G. está determinado por su derecho a la coparentalidad de sus progenitores en su crianza y educación, y debe ser garantizado en forma primordial por encima de cualquier otro interés (Convención de los Derechos del Niño -artículo 3- Constitución nacional -artículo 75 inciso 22-). En definitiva, la medida cautelar de no modificar el lugar de residencia del niño S.G., se sustenta en la manda legal que protege el ejercicio de la coparentalidad por parte de los progenitores y la estabilidad de la vida del niño, lo que hace a su interés superior, de raigambre constitucional y convencional (artículo 75 inciso 22 Constitución Nacional, Convención de Derechos del Niño ?artículo 3.1-, Observación General N°14 del Comité de Derechos del Niño, Ley de Protección Integral de derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes N°26061 -artículo 3- y su decreto reglamentario N°415/06, Ley N°2302 -artículos 3 y 4-), CEDAW -artículo 16, inciso d)- . Es necesario reiterar que las cuestiones relativas al ejercicio de la responsabilidad parental por parte de los progenitores, no atañen solamente a estos últimos, sino también y en forma central al hijo, quien resulta en definitiva el titular del derecho a que se le garantice el ejercicio de aquella responsabilidad coparental en la crianza y educación, y a contar con la tutela judicial efectiva de este derecho. Además, en función de las numerosas actuaciones vinculadas al niño S.G., corresponde garantizar el cumplimiento de las reglas que rigen los procesos de familia, establecidas en el artículo 706 del Código Civil y Comercial, tales como la tutela judicial efectiva, intermediación, la buena fe y el interés superior del niño, entre otros. Surgen entonces debidamente acreditados los extremos que sustentan la medida cautelar dictada, sin que se hayan expresado agravios que demuestren lo contrario, por lo que se impone la necesidad de su confirmación. Asimismo destacar que las resoluciones sobre el fondo de las cuestiones que hacen al ejercicio de la responsabilidad parental de A.J.G y M.A.J. respecto del niño S.G. corresponden a la jueza o juez de la causa en el marco de los distintos procesos en trámite. En ese ámbito, la justicia con su acompañamiento garantiza el abordaje interdisciplinario a través de la intervención del equipo profesional especializado, para la protección del interés superior del niño S.G. y de su derecho a ser escuchado. Finalmente cabe exhortar a la Sra. M.A.J. y al Sr. G.A.J. a priorizar el

interés superior del hijo en común para arribar a acuerdos consensuados, comprendiendo que el ejercicio de la responsabilidad coparental corresponden a ambos progenitores (artículo 641 inciso b Código Civil y Comercial). En consecuencia, a la segunda cuestión planteada, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 17 inciso c) de la Ley 1.406, corresponde recomponer mediante el rechazo de la apelación por los razones aquí desarrolladas, y confirmar el decisorio dictado por el Juzgado de Familia N°4 de la Primera Circunscripción Judicial (fs.9) por resultar la solución que más resguarda el interés superior del niño S.G. el mantenimiento de la medida cautelar dispuesta hasta tanto se decida sobre la pretensión principal, que hace al modo en que el papá y la mamá ejercerán la responsabilidad de cuidado personal del hijo. En atención a lo aquí resuelto carece de virtualidad el tratamiento del Recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido. A la tercera cuestión propuesta, se habrá de mantener la imposición de costas de la primera instancia y disponer las de Alzada y esta etapa a cargo de la parte demandada (Art. 68, 279 del C.P.C. y C. y 12 de la Ley Casatoria) y ordenar la devolución del depósito efectuado por la recurrente conforme lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1.406. MI VOTO. La señora Vocal doctora MARÍA SOLEDAD GENNARI, dice: Adhiero a los fundamentos expuestos y la solución propiciada por el doctor Evaldo D. Moya, votando en consecuencia en idéntico sentido. MI VOTO. Sobre la base de todo lo expuesto, y conforme lo dictaminado por los representantes de los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa en esta instancia casatoria, por unanimidad SE RESUELVE: I. DECLARAR PROCEDENTE el recurso de Nulidad Extraordinaria deducido por el Sr. A.J.G a fs. 237/293vta. y en consecuencia CASAR, el pronunciamiento dictado a fs. 208/216 por la Cámara de Apelaciones local -Sala II-, por la causal prevista en el artículo 18° última parte de la Ley 1.406, por incurrir en incongruencia al resolver cuestiones ajenas a la litis en virtud de los fundamentos vertidos en los considerandos del presente. II. DISPONER que las causas atinentes a la familia conformada por la Sra. M.A.J., el Sr. A.J.G. y su hijo S.G., que lleguen a la Cámara por vía de apelación deberán ser asignadas a otra Sala, por los fundamentos expresados en el punto II). III. Por imperio de lo dispuesto por el artículo 21 del Rito casatorio, recomponer mediante el rechazo de la apelación entablada a fs. 41/45 y confirmar la resolución de Primera Instancia de fs.9/vta., por los fundamentos explicitados en los considerandos. IV. EXHORTAR a la Sra. M.A.J. y al Sr. G.A.J. a priorizar el interés superior del hijo en común para arribar a acuerdos consensuados, comprendiendo que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos progenitores (artículo 641 inciso b Código Civil y Comercial). V. Mantener la imposición de costas de la Primera Instancia y disponer las de Alzada y esta etapa a cargo de la demandada perdidosa (Art.68, 279 C.P.C. y C. y 12 de la Ley 1.406). VI. Regular los honorarios -por la cuestión aquí traída, medida cautelar- ante la Alzada y en la etapa casatoria en el ...% y ...% respectivamente de la cantidad que corresponda en su caso, por la actuación en igual carácter al asumido en sendas etapas, y conforme oportunamente se regule en Primera Instancia por la labor en dicha sede (Art. 15° y cc. de la Ley de Aranceles). VII. Disponer la devolución del depósito efectuado según constancias obrantes a fs.236, de acuerdo a lo establecido por el Art. 11 de la Ley N° 1.406. VIII. Regístrese, notifíquese y devuélvase los autos. Con lo que se da por finalizado el acto, que previa lectura y ratificación firman los señores Magistrados por ante la Actuaria, que certifica. Dr. EVALDO D.MOYA Vocal Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI Vocal MARÍA ALEJANDRA JORDÁN Secretaria Subrogante

Correlaciones: Pistoia, María C. EL CUIDADO PERSONAL DE HIJOS Y LA TENDENCIA A LA COPARENTALIDAD, Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética Noviembre 2019 - Cita digital IUSDC287002A

Cita digital: