PODER JUDICIAL DE NEUQUÉN

NEUQUEN, 11 de Agosto del año 2021.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"B. D. E. S/ MEDIDA DE PROTECCION EXCEPCIONAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES" (JNQFA5 EXP 129802/2021)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, **Estefanía MARTIARENA**, y

CONSIDERANDO:

1. El actor deduce recurso de apelación contra el pronunciamiento de fecha 26/05/2021 en cuanto la magistrada resolvió que no corresponde dar curso a la presente acción, por resultar competente el Juzgado Provincial de Primera Instancia N° 1 en lo Civil, Comercial, Laboral, de Minería y de Familia con asiento en Comandante Luis Piedra Buena, Provincia de Santa Cruz (cfr. hoja 10).

En sus agravios relata los antecedentes del caso y esgrime que la resolución dictada se aparta de lo preceptuado por el art. 716 del CCC.

Señala que N.F.B. posee hace cerca de un año su centro de vida en la localidad de Centenario, motivo por el cual interpuso la acción ante la justicia de familia de la primera circunscripción de esta provincia.

Dice que adjuntó como prueba documental un certificado de domicilio de la niña y que en el informe de AYUTUM, órgano de aplicación de la ley provincial 2302, se refirió a su parte y a su pareja como el grupo familiar conviviente de la niña, cuestión ligada inescindiblemente a su centro de vida.

Entiende que se encuentra probado que el centro de vida de la niña al momento de interponer la medida autosatisfactiva es la ciudad de Centenario, Provincia del Neuquén, cuestión que continúa vigente al momento de sustanciar el recurso.

Solicita se revoque la resolución apelada y se decrete la competencia de la Primera Circunscripción Judicial de Neuquén, haciendo lugar a la medida autosatisfactiva solicitada.

La Defensora de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente se expidió en la hoja 18 y el Ministerio Público Fiscal lo hizo en hojas 25/26.

2. De las constancias de lo actuado surge que en fecha 26/05/2021 el progenitor de la niña N.F.B. promovió el dictado de una medida autosatisfactiva, solicitando que no se innove en relación al *status quo* de la misma.

Refirió que la niña convive con él en la ciudad de Centenario desde hace ya cerca de un año, a raíz de la forma de vida poco adecuada que llevaba con su madre.

Señaló que la situación descripta motivó la intervención de "AYUTUM", que elaboró el informe adjuntado y que fue presentado a la Defensoría de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente con posterioridad al arribo de un mandamiento de restitución de la niña desde la Provincia de Santa Cruz.

Además esgrimió que la integridad psicofísica de la niña corre serio peligro en caso de ser entregada a la madre, lo cual, según refiere, fue constatado por los profesionales intervinientes.

Solicitó, en resumen, que se mantenga a la niña bajo el cuidado personal de su parte y que se suspenda el cumplimiento del mandamiento de restitución, hasta que se aclare la situación.

Peticionó la intervención de la Defensoría de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente y que la niña sea escuchada.

En fecha 26/05/2021 la actuaria interviniente certificó que el 31/03/2021 se dio curso al expediente "V. R. M. C/ B. D. E. S/ OFICIO DIRECTO" (JNQFA5 EXH 128996/2021) en

virtud de la rogatoria del Juzgado Provincial de Primera Instancia N° 1 en lo Civil, Comercial, Laboral, de Minería y de Familia, con asiento en Comandante Luis Piedra Buena, Provincia de Santa Cruz, en la que el Juez exhortante solicitó que se efectivice en esta Provincia el reintegro de la niña N.F.B. a su progenitora R. M. V., ordenado en la causa "V. R. M. C/ B. D. E. S/RESTITUCION DE HIJO" (EXPTE N° V-1167/21).

Tal circunstancia motivó el pronunciamiento en crisis, en tanto la jueza de grado entendió que en la situación familiar del peticionante se encuentra interviniendo el juzgado referido (cfr. hoja 10).

De la causa citada sobre oficio directo (JNQFA5 EXH 128996/2021) se observa que, a la fecha, no se ha cumplido aun con la restitución de la niña, ordenada por el magistrado exhortante.

3. Tras la reseña efectuada, entendemos que en el análisis de la cuestión aquí planteada debe ponderarse que el Juzgado de Primera Instancia N° 1 en lo Civil, Comercial, Laboral, de Minería y de Familia, con asiento en la localidad de Comandante Luis Piedra Buena, Provincia de Santa Cruz, fue el que previno en la situación familiar, y su competencia -conforme surge del exhorto de fecha 19/03/2021 librado en la causa "V. R. M. C/ B. D. E. S/RESTITUCION DE HIJO", EXPTE N° V-1167/21- deriva del domicilio de la niña N. F. B.

En este sentido, la Corte Nacional al decidir la misma materia en la causa "M.D., F. C/D.Z., S. S/ TENENCIA" (Expte. N° 17.676-4) ha señalado: "*...En ese contexto, corresponde atribuir el conocimiento del juicio al Magistrado del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 2, Circunscripción I, de la Provincia de Neuquén, dado de un lado, su condición de previniente en la controversia, y de otro por haberse encontrado -según se sostuvo- en dicha provincia el domicilio de la menor, al igual que el de su madre al 27 de septiembre de 2004, fecha en que la*

progenitora, decidió abandonar la ciudad, ante las desavenencias que ambas partes denuncian en sus respectivas demandas, y fijar su nuevo domicilio conjuntamente con el de su hija, de un año de edad, en forma posterior al inicio de estas actuaciones en la ciudad de Salta, donde residen sus progenitores, abuelos maternos de la menor, sin permitirle al padre biológico el contacto con su hija hasta el presente (v. fs. 2, 11, 39, 47, 48, 50, 83). ... sin que lo expuesto importe adelantar opinión respecto de la decisión judicial que en definitiva se adopte sobre el fondo objeto de estos obrados, dadas las particularísimas y graves circunstancias de autos, en el marco de la Convención de Derechos del Niño (Artículos 3, 6 y 9 inc. 3°) y de la Ley N° 24.270, opino que corresponde dirimir la contienda disponiendo que compete al Magistrado a cargo del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 2, Circunscripción I de la Provincia de Neuquén, que previno y donde se domiciliaran las partes y la menor al momento del inicio de las presentes actuaciones, proseguir entendiendo en estos actuados, por resultar además la jurisdicción donde tramita actualmente la causa penal incoada por el progenitor de la niña contra Diez Zavaleta, conforme señalo precedentemente, como modo de concentrar en un mismo ámbito cuestiones análogas a fin de evitar se dicten pronunciamientos contradictorios que afecten el interés superior de la menor E." (30-08- 2005 Comp. N° 452.XLI. "Morales Dischereit, Fernando c/ Diez Zavaleta, Sofía s/ tenencia" conforme con el dictamen fiscal).

Luego, resulta trasladable lo resuelto por esta Sala sobre esta cuestión en la causa "MERCADO VICTORIA C/ FERNANDEZ PATRICIO NAHUEL S/CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS" (JNQFA1 EXP 82442/2017), si bien se trataba de un contexto diverso al presente.

Allí expresamos: «No se desconoce que una de las reglas fundamentales para la determinación de la competencia,

se encuentra dada por el lugar de residencia habitual del niño, cualquiera haya sido el Tribunal que hubiera prevenido…

…conforme a la definición que nos brinda la ley 26.061: "se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia".

Ahora, el elemento temporal ("la mayor parte de su existencia"), *"debe pensarse en una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia. Esta permanencia es la que habitualmente permite la generación de lazos con la comunidad, y el consecuente sentimiento de pertenencia. La experiencia nos dice que la integración a un nuevo medio no es espontánea sino que demanda, entre otras cosas, tiempo.*

La evaluación de este elemento debe efectuarse al momento de la intervención judicial pero teniendo en cuenta que la vida es un transcurrir, que hay un antes y un después, y que la intervención no se limita sólo a hoy.

Parece sencillo. Sin embargo, nuevamente habrá de conjugarse con el elemento subjetivo. Es decir, si un niño de 6 años vivió los primeros cuatro en un lugar y solo dos en otro, ha pasado la mayor parte de su vida en el primer sitio. Empero, es muy posible que el segundo lugar sea por él percibido como su centro de vida, por cuanto poca memoria tendrá del primero. Así, este elemento temporal se vincula con el elemento subjetivo al que ya hemos hecho referencia y debe valorarse con una mirada actual.

Algunos autores se refieren a este elemento como de contemporaneidad: "(...) un dato relevante será el elemento de contemporaneidad; sobre todo cuando aparecen en escena diferentes y sucesivas residencias del niño. Lo referido hace que la residencia habitual y el centro de vida corresponderán ser evaluados, en principio, analizando la situación existente al momento de desencadenarse la intervención judicial, pero sin desconocer las circunstancias fácticas que la

precedieron"…" (cfr. EL CENTRO DE VIDA DEL NIÑO, Grillo, Juana María, Publicado en: LA LEY 21/09/2017, 1 • LA LEY 2017-E , 922 • RCCyC 2017 (diciembre), 81)…».

Asimismo señalamos que «…conforme a los lineamientos legales ya citados, el concepto de centro de vida, supone la legitimidad en el traslado.

Por ello, *"Se considera que el traslado es ilegal o ilegítimo cuando un progenitor actúa unilateralmente y lo decide sin el consentimiento, o sin siquiera dar aviso, al otro progenitor. También puede ser que haya contado con autorización del otro progenitor para trasladarse a ese lugar, pero sólo por un tiempo, siendo entonces ilegítima la permanencia en el lugar (vgr. si el progenitor autorizó un viaje de vacaciones y el otro decide permanecer en el lugar).*

Puede darse el caso de que el traslado haya sido ilegal, pero que el otro progenitor haya dado luego su consentimiento con la permanencia. Este consentimiento puede ser expreso pero también tácito, al no exigir el retorno inmediato o simplemente, al adoptar una actitud pasiva.

Por ello, este elemento se encuentra estrechamente vinculado con el elemento temporal, en tanto han de ser juzgados en forma conjunta. El paso del tiempo o la inmediatez con que se plantee la cuestión, influirán en la solución al caso. Aun cuando el traslado haya sido ilícito, si ha transcurrido cierto tiempo y el niño se encuentra integrado o adaptado al nuevo emplazamiento, podrá considerarse que ha mutado el centro de vida. Una vez más, deberá valorarse además el elemento subjetivo: el sentir del niño o niña.

De hecho, la normativa internacional que da origen a este concepto específicamente considera el cambio de competencia en caso de que haya transcurrido al menos un año desde el traslado ilícito, no exista petición de retorno y el niño se hubiera integrado en su nuevo medio (art. 7° de la Convención de La Haya 1996).

En numerosos antecedentes jurisprudenciales se valoran especialmente las circunstancias en que se dio el traslado así como la actitud que tomó el progenitor, en cuanto a si accionó en forma inmediata o si con su pasividad consintió dicho traslado" (ibídem)…».

Ahora bien, a fin de determinar conforme las pautas expuestas cuál es el centro de vida de la niña N. F. B., los elementos reunidos en el caso resultan insuficientes. Veamos.

Del informe obrante en hojas 5/9 se observa que el Sr. D. E. B. –progenitor- refirió *"que desde que se separó de R. no han establecido régimen de comunicación, coordinando por medio de palabra y acuerdo, los meses en que él podía ir a buscar a su hija, que por lo general, son en los períodos de vacaciones de la niña".* Agregó que esa modalidad se sostuvo durante años pero que actualmente su hija no quiere volver con su madre.

Luego –y conforme se anticipara- del relato del escrito de inicio surge que N. F. B. –de actualmente 7 años de edad- convive con el accionante *"hace ya cerca de un año"* (cfr. hoja 1).

Es decir que, a partir de las constancias de la presente y de la causa sobre oficio directo, se desconoce desde qué fecha exacta la niña convive con su padre, así como si existió, o no, consentimiento de la progenitora respecto de la permanencia de la niña en el domicilio del progenitor en la ciudad de Centenario, Provincia del Neuquén. Y, en caso de haber consentido tal desplazamiento, se desconocen los términos eventualmente acordados.

Tampoco puede analizarse, en función de lo antedicho, la incidencia de la fecha en que fue solicitada por la progenitora la orden de restitución de la niña.

Entonces, considerando las particulares circunstancias del caso, y a fin de evitar el dictado de pronunciamientos contradictorios, concluimos que el juez

competente es el que previno en la situación familiar, por lo cual debe confirmarse el pronunciamiento de grado.

En cuanto al interés superior de la niña, se observa que conforme lo actuado en el expediente "V. R. M. C/ B. D. E. S/ OFICIO DIRECTO" (JNQFA5 EXH 128996/2021), se ha procurado que el magistrado exhortante tome efectivo conocimiento del informe y evaluación realizada por la Dirección Centro Ayuntun (cfr. actuación del 28/06/2021). Lo expuesto, no determina que los planteos efectuados por el recurrente no puedan ser analizados, pero los mismos, así como los reparos efectuados en punto al reintegro judicialmente ordenado, deberán ser efectuados ante el juez que dispuso la medida. La orden judicial por él dispuesta, no puede ser enervada mediante la petición que aquí se deduce.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1.- Desestimar la apelación deducida en hojas 12/15 por el accionante y en consecuencia, confirmar el pronunciamiento de fecha 26/05/2021 (hoja 10) en cuanto fue motivo de recurso y agravios.

2.- Sin costas de Alzada por tratarse de una cuestión suscitada con el juzgado.

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA