



San Martín de los Andes, 16 de Febrero del año 2018.

**VISTAS:**

Las presentes actuaciones caratuladas: "**S. J. F. C/ G. M. E. S/ CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS**" (Expte. **JJUFA-52087/2017**), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de la IV Circunscripción Judicial; venidos a conocimiento de la Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

**CONSIDERANDO:**

**I.-** Llegan los autos del epígrafe a resolución de esta Sala a raíz de la apelación interpuesta, por la parte actora, contra la resolución de fecha 22 de septiembre, mediante la cual la magistrada de grado se declaró incompetente para entender en la acción incoada por aquélla.

Para así decidir, la jueza del fuero escuetamente indicó, en el considerando cuarto de la resolución, que "...atento que existe un proceso entre las mismas partes que aún se encuentra en trámite -en el cual además se requirió la restitución de los niños- ante el Juzgado de Familia N° 2 de la ciudad de Zapala, y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 6 inciso 3° del Código Procesal, es que habré de inhibirme para continuar entendiendo en estas actuaciones...".

La judicante hacía referencia al expediente individualizado en el considerando segundo, de trámite ante el Juzgado de Familia N° 2 de la ciudad de Zapala, caratulado "DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE Y OTRO S/ MEDIDA DE PROTECCION EXCEPCIONAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTE" (Expte. N° 36.125/2017).

Cabe destacar que, en el marco de esa causa, se ordenó la restitución de los cuatro niños al domicilio del padre, en la ciudad de Aluminé, medida que tramitó en el expediente "DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL



ADOLESCENTE S/ OFICIO DIRECTO S/ RESTITUCION", Expte. N° 52.067/2017, del registro del juzgado de origen.

La misma, conforme surge de la certificación actuarial previa a la resolución cuestionada, se llevaría a cabo el 24 de septiembre, fecha en la cual el progenitor retiraría a los hijos de la residencia materna para retornar con ellos a la localidad precordillerana.

**II.-** Contra la resolución sucintamente descripta alzó sus quejas la accionante.

**A)** En virtud de que en la instancia de grado, de manera errónea -y recurso de revocatoria mediante-, se le concedió la apelación libremente, la quejosa presentó, en un primer momento, una expresión de agravios en la que realizó ofrecimientos probatorios, denunció hecho nuevo y acompañó documental.

Luego, al modificarse la concesión del recurso, por decreto de presidencia de fs. 48, la parte presentó un nuevo memorial, idéntico al anterior en sus argumentos, pero del que extrajo los apartados que hacían referencia a las posibilidades vedadas en las apelaciones en relación.

Cabe señalar que la presentación sucedánea de escritos de agravios no es imputable a un obrar defectuoso de la parte sino más bien al de este propio tribunal, al no haberse agregado en tiempo oportuno (luego de retornar las actuaciones del Ministerio Público) la primera presentación. Ello motivó el dictado del mencionado proveído de fs. 48 en el que, en lugar de poner los autos a disposición del apelante para que exprese agravios, directamente correspondía tenerlos por presentados.

Realizada la aclaración previa, corresponde abordar el desarrollo argumentativo de la impugnante.

**B)** Principia por señalar que la crítica se basa en el desacierto de las afirmaciones en que se asienta la resolución, constituyendo enunciados dogmáticos, por carecer



de cualquier sustento que permita sostener que el centro de vida de los niños no se encuentra en la ciudad de Junín de los Andes.

Dice que la decisión cuestionada contraría los principios constitucionales vigentes en la materia, afecta el interés superior del niño, su derecho a ser oído, y otorga la competencia a una circunscripción judicial donde éstos no tienen su centro de vida, afectando la efectiva interacción del Juez con aquél.

Posteriormente, en un primer acápite se agravia porque la magistrada considerara que el centro de vida de los niños se encuentra en la ciudad de Aluminé.

Transcribe el apartado pertinente de la resolución, en el que se hace referencia a la certificación actuarial de fs. 36, y señala que de la misma no surge, como afirmó la magistrada, que ello sea así.

Indica que, asimismo, de la certificación surge que la medida fue solicitada por la Defensoría de los Derechos del Niño en mayo de 2017, que la orden de restitución es de julio y que la medida recién se intentó efectivizar a fines de septiembre, cuando los niños ya se encontraban instalados en la localidad, integrados a sus respectivas escuelas y a una sociedad que ya conocían (esto último lo destaca).

Dice que erróneamente la *a-quo* sostiene la existencia de un proceso "pendiente" entre las partes, ya que la medida de restitución fue dictada en un expediente iniciado en la Defensoría del Niño, fundándose en una audiencia que habría tenido con los niños varios meses antes. Destaca que la certificación actuarial ni siquiera menciona la fecha en que habrían sido escuchados.

Asevera que la atemporalidad de la medida es evidente.

Agrega que su parte desconocía la orden de restitución hasta varios meses después, transcurriendo la vida



de los niños con total normalidad durante dicho lapso, tiempo que les permitió generar nuevos vínculos en distintos espacios que arraigaron a los niños a la localidad de Junín de los Andes.

Concluye que la afirmación acerca de que en el proceso entre las partes se habría dictado la medida de restitución es errónea, y tergiversa los hechos como realmente sucedieron. Destaca que no se hace mención al centro de vida de los niños, fundándose únicamente en la existencia de procesos anteriores entre las partes, careciendo entonces de argumentos fácticos, legales y probatorios, e implicando por lo tanto una arbitraria e irrazonable valoración de la información aportada.

Redunda en consideraciones en la misma línea argumental, señalando que las afirmaciones de la magistrada contrarían la mutabilidad de las decisiones tomadas en Derecho de Familia, ya que no ingresa en la cuestión a resolver, porque de haberlo hecho habría identificado que el centro de vida de los niños varió por el transcurso del tiempo, alterando la jurisdicción competente.

Dice que el centro de vida de un niño no puede "desprenderse" de una certificación actuarial (máxime cuando se está ante un instituto del derecho que puede variar en el tiempo), la que, además, es atemporal, al igual que la orden de restitución mencionada.

Refiere que de la prueba aportada (documental acompañada con el primer memorial) y de los dichos plasmados en la demanda surge que el centro de vida de los niños se encuentra en Junín de los Andes.

Finaliza este acápite señalando que el análisis superficial realizado en la instancia de origen deriva en una arbitraria e irrazonable determinación del centro de vida de sus hijos.



**C)** En el segundo apartado, titulado "decisión contraria a la legislación vigente y jurisprudencia", la recurrente se remite a la regla de competencia dispuesta por el artículo 716 del C.C. y C.

Se explaya sobre el punto con cita de diversos precedentes jurisprudenciales en los cuales se ha señalado que la regla otorga intervención al juez del lugar en el que efectivamente residen los niños, ya que permite una mayor inmediación del magistrado con la situación de los menores.

**D)** En un tercer punto se agravia porque no se consideraran las manifestaciones vertidas por los niños en el proceso.

Indica que en reiteradas oportunidades los niños alzaron su voz para sostener que quieren vivir en Junín de los Andes, ante distintos funcionarios, sin lograr ser escuchados.

Refiere a los dichos que estos habrían transmitido a la magistrada el 22 de septiembre, en la audiencia celebrada previamente a efectivizar la orden de restitución proveniente del juzgado zapalino, así como también a las expresiones ante la asesoría pedagógica de la escuela y ante la Defensoría de los Derechos del Niño de esta Circunscripción.

Aclara que el 24 de septiembre, al intentar el cumplimiento de la medida de restitución, los niños volvieron a manifestar, esta vez ante su padre, que deseaban quedarse a vivir en la ciudad de Junín de los Andes, "al menos hasta que terminen las clases", explicándole razonablemente que aquí tienen su escuela, amigos, médicos, etc.

Siendo los niños sujetos de derecho de este proceso -concluye-, la decisión tomada omite atender a aquello que surge de sus declaraciones, lo que no podía hacerse, por lo que la decisión tomada en contra de sus manifestaciones es arbitraria y debe ser revocada.



**E)** En un último punto, con cita de jurisprudencia, arguye que la decisión vulnera el Interés Superior de los niños.

Narra que, en el marco de la causa "DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE Y OTRO S/ MEDIDA DE PROTECCION EXCEPCIONAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES", Expte. N° 36.125/2017, de trámite ante el Juzgado N° 2 de Zapala, la medida que debía cumplirse el 24 de septiembre solo fue llevada a cabo respecto a V. (aunque luego señala que fue I.), porque los otros tres manifestaron su deseo de quedarse en Junín.

Que desde entonces los niños fueron separados y solo mantienen contacto telefónico.

Continúa relatando que los niños se mantuvieron incólumes en su decisión y que el progenitor finalmente la respetó, llevándose únicamente a I., de 8 años.

Indica que ello sucedió con posterioridad a la decisión de la *a-quo*, y que demuestra con claridad que los niños se sienten parte de la ciudad y desean continuar residiendo en Junín de los Andes.

Por todas estas razones solicita la revocación de la resolución cuestionada.

**IV.-** A fs. 47/vta. obra el dictamen del Defensor de los Derechos del Niño, en línea con la resolución de la instancia de grado.

**V.-** A fs. 69, en virtud de lo dispuesto por los artículos 15 (ley provincial 2.302), 12 (Convención de los Derechos del Niño) y 639, inciso "c", del Código Civil y Comercial, se dispone realizar una audiencia con los hijos adolescentes de los contendientes, la cual fue celebrada en fecha 9 de febrero, de la cual da fe el acta glosada a fs. 74.

También se requirió la remisión del expediente en el que tramitara el pedido promovido por la Defensoría de los Derechos del Niño de la III Circunscripción Judicial, para



lograr la restitución de los niños al padre, y su sucedáneo, mediante el cual se diligenció la orden, los que fueron recibidos en fecha 14 de febrero, conforme surge de fs. 75.

**VI.- A)** Sabido es que en los procesos en los cuales la resolución a recaer propagará sus efectos sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes (aun cuando no revistan el carácter de parte), la decisión que se tome deberá hacerse eco del Interés Superior de aquéllos.

Si bien mucho se ha dicho y escrito en el intento de precisar los alcances de este concepto jurídico, nos parece adecuado, en esta ocasión, remitirnos a las enseñanzas de Ricardo Lorenzetti (en su obra *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal Culzoni Editores, 2015), quien, a su vez, trae a colación la Observación general 14, del Comité de Derechos del Niño, sobre *El Derecho a que su interés superior sea una consideración primordial*, en la cual se señalara que el interés superior del niño resulta ser "un derecho, un principio y una norma de procedimiento"; el autor agrega que, desde este concepto triple, se explica la noción de interés superior en cuanto norma procesal, por cuanto "...siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones



normativas generales o de casos concretos" (punto 6.c.) (Cfr. obra citada, Tomo IV, pág. 621).

Trasladando esas observaciones a la cuestión objeto de recurso, el catedrático magistrado dice: "si efectuamos un somero repaso, en el ámbito procesal los procesos relacionados con derechos de niños, niñas y adolescentes recibieron regulaciones diversas en punto a la competencia. Así, verbigracia: desde la rígida lectura de los códigos procesales, la competencia con relación a los procesos de régimen de comunicación, reclamación de filiación, resultarían incluidas en la genérica mención de 'acciones personales' (art. 5, CPCCN), remitiendo al domicilio del demandado. Por su parte, se ha determinado la competencia con relación a los 'incapaces' por remisión al 'domicilio' de sus representantes legales.

"También la regulación procesal inmovilizó la competencia judicial en muchos supuestos, por aplicación del principio de *perpetuatio jurisdictionis*, determinando la competencia incidental por referencia al proceso principal u originario, independientemente de los cambios o mutaciones en la vida, residencia y domicilio de los interesados".

El prestigioso ministro de la Corte nacional concluye que "estas soluciones resultan francamente cuestionables en función de la aplicación de otros principios procesales centrales al Derecho Procesal Constitucional familiar como el principio de *inmediación* -que exige el contacto entre el juez y el niño sobre cuyos derechos se debate- y el de *favor minoris*, que marca propender a la solución más favorable a la tutela efectiva del niño/adolescente" (Cfr. op. cit. pág. 622).

Asimismo, el autor destaca que fue tarea de la jurisprudencia la de limar esa áspera rigurosidad formal de las reglas contenidas en las legislaciones adjetivas, en función de la atención de aquellos principios superiores.





Cita, en ese sentido, un precedente judicial, que vale la pena volcar al análisis, pues resulta jurisprudencia aplicable: si bien por los principios de la prevención y de *perpetuatio jurisdictionis* la causa debería radicarse en la jurisdicción territorial donde tramitaron distintas acciones entre las partes que en principio se encontrarían finalizadas, aquellos principios deben ceder ante el juez de residencia actual del menor, para preservar una mayor inmediación hacia él cuyos intereses se encuentran comprometidos y permitir desarrollar con mejor eficiencia la actividad jurisdiccional. Ello por cuanto en materia de familia debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, el interés moral y material de los menores sobre cualquier otra circunstancia que pueda ocurrir y, por lo tanto, toda decisión sobre el tema debe estar inspirada en lo que resulte más conveniente para su protección (CNCiv., sala M, 7-4-2011, sumario N° 20.856 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil. Citado en nota 103, pág. 622, de la obra mencionada).

Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, comentando el artículo 716 del Código Unificado, ponen el foco en la misma circunstancia: "Lo novedoso de la nueva redacción es que la determinación de la competencia del juez fijada a partir de tener en cuenta el centro de vida del infante o adolescente se impone, tanto cuando se trata de un 'juicio principal' como cuando se procura 'modificar lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional', tal como reza la norma que nos ocupa. pág. 469.

"Esta posibilidad, como se advierte, quiebra los principios que sostienen la perpetuación de la jurisdicción y la conexidad, los que resultan habitualmente de los cuerpos adjetivos. Por aplicación de tales premisas, y en su consecuencia, cualquier modificación a lo resuelto con anterioridad debía solicitarse ante el juez que hubiera



adoptado una decisión originariamente. Ello mantenía la competencia del magistrado que hubiera intervenido en el divorcio, acción de filiación o en reclamaciones autónomas de cuidado, comunicación o alimentos, lo que generaba evidentes inconvenientes cuando, a lo largo del lapso de la menor edad, se producían cambios en el domicilio o residencia del niño y sus progenitores.

"La solución de la norma en cuestión, por lo tanto, se adecua a la provisoriedad y mutabilidad de las decisiones tomadas en materia de alimentos, cuidado y comunicación, que son esencialmente modificables y no producen cosa juzgada material. El mejor juez para ello es el que puede verificar más fácilmente la situación fáctica que rodea al pedido, ya que lo que se resuelva debe ajustarse a la cambiante realidad del beneficiario.

"Asimismo, esta opción permite que se concreten otros principios de importancia ya destacados a la hora del debate judicial de los asuntos que involucran a personas menores de edad, tales como los de inmediatez y personalidad. Ello pues, las normas constitucionales derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño, como sujeto de derecho, requieren que se considere habitual como centro de vida, más allá del domicilio que desde lo estrictamente legal, tengan sus representantes legales. En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó que las actuaciones cuyo objeto atañe a menores deben promoverse en el lugar donde éstos viven efectivamente, ya que la eficacia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor intermediación del juez de la causa con su situación" (Cfr. autoras citadas, en *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014*, tomo IV, págs. 469/470, Rubinzal-Culzoni editores, año 2014).

Este cambio de paradigma, ahora reflejado en el digesto civil de fondo, no es novedoso. Ya sea acudiendo a la



manda contenida en el artículo tercero de la Convención de los Derechos del Niño o, de manera más concreta y reciente, al concepto del "centro de vida" incorporado por la ley nacional 26.061, nuestros tribunales se pronunciaron, de manera constante y reiterada, a favor de esta nueva regla de asignación de competencia material.

**B)** De la información recabada en la audiencia celebrada con la vocal de esta Sala, la Dra. Alejandra Barroso, surge que el centro de vida de los hijos de sendos litigantes se haya en la vecina localidad de Junín de los Andes. Allí cursaron sus estudios durante parte del año 2017 (los que proyectan continuar en el actual), y desde que se domiciliaron allí han forjado nuevos vínculos sociales y comienzan a moldear su personalidad. Conforme han narrado los jóvenes, la situación no ha variado desde la fecha en que se intentó (sin resultado positivo) dar cumplimiento a la orden de restitución librada por la magistrada de Zapala. Por ello, la referencia que hace la *a-quo* a la certificación actuarial de fs. 36, es errónea, o, cuanto menos, desactualizada, porque en la misma no se dan cuenta de estos extremos que sirven para determinar de manera más certera el centro de vida de los niños.

Finalmente, no resulta un dato menor que la Sra. Defensora de los Derechos del Niño de la III Circunscripción Judicial, quien había promovido el pedido de restitución, al contestar el traslado de la inhibitoria incoado por la progenitora en dicho expediente, prestó su aquiescencia respecto a los tres niños que viven con ésta. Efectivamente, tal como surge de fs. 115 del Expte. 36.125/17, recibido como instrumental, la funcionaria indicó "...es por ello que solicito a V.S. que el pequeño M.G y los jóvenes J.G y V.G, permanezcan al cuidado de su madre en la ciudad de Junín de los Andes a cuyo fin solicito decline competencia respecto de ellos". No tuvo la misma opinión sobre la pequeña I., respecto a la cual,



por encontrarse al cuidado del padre, y habiendo reiterado su voluntad de permanecer con él, le requirió a la magistrada que conserve la competencia.

En ese marco, y conferida una vista al Ministerio Público Fiscal por la índole de la materia (quien, a fs. 118, se expidió en el mismo sentido que el señalado por la Defensora), la sra. Jueza del fuero decidió inhibirse parcialmente de continuar interviniendo, en los términos propuestos por la funcionaria accionante, y dispuso la remisión de los autos al Juzgado que aquí hace las veces de tribunal de origen (cfr. resolución de fs. 120/121). Esta circunstancia, posterior a la resolución apelada, no hace sino más que confirmar las consideraciones realizadas líneas más arriba.

La información recabada resulta suficiente para dirimir la cuestión traída a resolución. Extenderse en mayores análisis implicaría desbordar el marco del recurso, amén del riesgo de adelantar opinión sobre la materia de fondo.

Por ello, existiendo una regla específica, corresponde revocar la resolución mediante la cual la jueza de grado, aplicando el principio de accesoriidad, declinó la misma a favor del Juzgado de Familia de la Tercera Circunscripción Judicial (es dable destacar, sin embargo, que el expediente de restitución no es un "proceso entre las mismas partes" como se aseveró en la decisión cuestionada).

**VII.-** Finalmente, toda vez que de las actuaciones obrantes a fs. 6/7 surge la posible comisión de un delito de acción pública, por Secretaría, extráiganse copias certificadas y remítanse al agente fiscal de turno en la III Circunscripción Judicial.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con



competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

**RESUELVE:**

**I.-** Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la resolución de fecha 22/09/17 y, en consecuencia, revocarla, debiendo continuar los autos según su estado.

**II.-** Sin costas de Alzada, en virtud del estado de las actuaciones (sin traba de la litis).

**III.-** Ordenar la devolución de los autos requeridos *ad effectum videndi* al Juzgado de Familia de la III Circunscripción Judicial. A tal fin, ofíciase por Secretaría.

**IV.-** Por Secretaría, extráiganse y certifíquense copias de las fojas 6 y 7 y remítanse al agente fiscal de turno en la III Circunscripción Judicial.

**V.-** Protocolícese digitalmente, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

**Dra. Alejandra Barroso - Dr. Dardo W. Troncoso  
Dr. Alexis Muñoz Medina - Secretario Subrogante**