



NEUQUEN, 20 de Abril del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "**L. A. C/ S. D. R. M. V. S/ INC. DE EJECUCION DE SENTENCIA E/A 70093/15**" (Expte. **INC N° 1010/2016**) venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 3 - NEUQUEN a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Patricia **CLERICI**, por encontrarse apartado de la causa el Dr. Fernando Marcelo **GHISINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Medori, dijo:**

I.- Que la parte demandada interpone recurso de apelación contra la interlocutoria del 4 de octubre del 2016 obrante a fs. 49/50, presentando memorial a fs. 57/59.

Expresa que la juez de grado ha dictado una resolución mas allá de lo que efectivamente pudo llegar a su conocimiento, vulnerándose el debido proceso legal y afectación de la garantía constitucional de defensa en juicio en tanto ordena el reintegro de las niñas J. y V., ambas de apellido L. a su residencia habitual de la Ciudad de Neuquén, para iniciar el ciclo lectivo 2017.

Destaca lo consignado a fs. 6 respecto a que la restitución ha de ser voluntaria, mas no puede por la presente obligar a la demandada, puesto que el objeto de la ejecución no lo permite, y en el caso se exige conciliar el acuerdo comprometido, más nunca considerarlo obligatorio -si se respeta el principio de congruencia- puesto que jamás pudo ser ni fue el objeto de la pretensión inicial.

Afirma que la incumbencia de la juez solo versaba sobre la presunta falta de comunicación de ambos padres en relación al cambio de domicilio de las menores; y que debió elegirse otra vía, si la pretensión hubiese sido la



aludida en la sentencia puesto que para ello nuestro ordenamiento prevé un procedimiento especial.

Argumenta que la afectación al principio de congruencia conlleva en este caso a una fragante vulneración del debido proceso legal y violación del derecho de defensa en juicio de la apelante, por ello efectúa reserva de ocurrir ante las instancias jurisdiccionales necesarias a fin de garantizar la primacía constitucional y tratados internacionales suscriptos por el Estado Argentino.

Asevera que se ha fallado sin considerar debidamente prueba producida en autos al decidir que "...resulta también evidente la dificultad en el contacto con detrimento en la relación de ambos...", toda vez que de lo manifestado por las menores se desprende que no hay afectación en la relación.

Destaca que no solo la sentenciante desoyó la opinión de las menores, toda vez que éstas fueron escuchadas tanto por la jueza como por la defensora conforme el acta obrante a fs. 37, donde manifestaron su voluntad de residir en forma permanente con su madre en la localidad bonaerense de Berisso; y la decisión que se recurre importa obligarlas a regresar contra su voluntad "formalmente expresada ante la jueza", violentándose el derecho a ser oído y tener en cuenta la opinión de los menores.

Enfatiza que la juez tenía conocimiento que el hecho de encontrarse la progenitora viviendo en la localidad de Berisso -La Plata- al momento de iniciarse la presente ejecución, y que era debido a la violencia económica que ejercía el padre de las menores quien como se recalco en la audiencia de partes, nunca abonaba en tiempo y forma la cuota convenida (de hecho desde febrero a la fecha solo pago 2 cuotas de \$ 4000 cuando debió pagar \$6.000 mensuales, generándose con ello que la demandada como las niñas



deambularan de hogar en hogar por no poder pagar los alquileres en tiempo y forma.

Que se vulnera el interés superior del niño al tomar una decisión carente de prueba o tergiversando lo dicho por las niñas; dado que no puede concluir válidamente que incumplir un compromiso trae aparejado su afectación puesto que ello no se desprende de un análisis lógico. Y es que, si los padres acuerdan una cuota alimentaria absolutamente insuficiente y el niño vive en condiciones infrahumanas, el incumplimiento deviene en absolutamente necesario.

Peticiona la anulación de la sentencia apelada en todos sus términos, dado que las menores manifestaron su voluntad de vivir en La Plata y su "alegría" de así hacerlo, puesto que aquí no estaban bien, lo que era conocido por el actor; toda vez que con ello se configuraba una violencia inusitada tanto para la Sra. S. como las hijas en común de las partes.

Corrido el pertinente traslado la parte actora contesta a fs. 63/68 y vta. y solicita se declare desierto el recurso de apelación atento la ausencia de crítica concreta y razonada conforme lo dispuesto por el art. 265 del C.P.C. y C.

En cuanto a la afectación del principio de congruencia dice que al momento de iniciar la presente ejecución de sentencia hizo saber que lo que se pretendía era la "inmediata restitución de mis hijas menores J. y V. L.", de allí que la Juez de grado resolvió conforme lo pedido atento la ilegitimidad del accionar de la demandada. Y en pos de otorgar prevalencia al interés superior de nuestras hijas, solicitó en la audiencia de partes que el reintegro se hiciera efectivo al inicio del comienzo lectivo del año 2017.

Agrega que la progenitora se confunde al creer que dependía de su "voluntad" reintegrar a las niñas dado que



en un primer momento, la juez de grado la insto a que efectuó un reintegro "voluntario" a fin de evitar un conflicto innecesario pese a que el pedido inicial fue el inmediato reintegro de las niñas.

Acerca de la opinión de las menores, manifiesta que ante las constantes amenazas por parte de la Sra. S. inicio los autos "L. A. c/ S. d. R. M. V. s/ Medida Cautelar (Expte Nro. 70093/2015) a los fines de obtener una medida cautelar de no innovar respecto del domicilio de las hijas menores.

Agrega que la madre inicio el Expte. caratulado "S. d. R. M. V. c/ L. A. s/ Alimentos" y que en la audiencia celebrada de fecha 12/06/2015 no se le permitió ocuparse de manera "personal" de todos los gastos que demandan sus hijas, obligándolo a que realice un aporte dinerario a aquella, además de llevarlas, traerlas, comprarles la ropa, compartir el cuidado personal, etc., etc.

Manifiesta que desde el nacimiento de las niñas ha sido un padre muy presente y por ello se acordó una cuota alimentaria; que existía un compromiso de no mudar el domicilio, pero en Febrero de 2016 se fueron de vacaciones a Berisso con la progenitora, quien no tenía intenciones de regresar, y sin dar explicaciones de su conducta obligo a sus hijas a abandonar el lugar de residencia habitual, su centro de vida, para ser afincadas a mas de 1300 km. de distancia.

Asevera que éste abonaba una cuota alimentaria, la Obra Social, tratamientos de ortodoncia, la reinscripción anual de la escuela, las transportaba a la escuela y actividades extraescolares, que las niñas pernoctaban en su domicilio dos veces en la semana y fines de semana por medio; que con la decisión unilateral y caprichosa de la progenitora se ha generado un daño tremendo en el vinculo de éste y las



niñas, trasladándolas sin previa comunicación a él y a las pequeñas, resultando hipócrita pedir que se las escuche teniendo en cuenta su opinión, cuando ella la olvido por completo al momento de decidir llevárselas.

Indica que en oportunidad de decidir el traslado de las menores a Berisso, la Sra. S. no dio intervención alguna al órgano jurisdiccional siendo ello parte del acuerdo suscripto; sino que a través de una vía de hecho resolvió sustraer a las pequeñas de su centro de vida frustrando lo acordado en sede judicial respecto del compromiso de no mudarlas o en caso de que ello no fuera posible, concurrir judicialmente al efecto.

Denuncia que la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente estuvo ausente en la audiencia mantenida por la Magistrada y las menores, la cual solo duro cinco minutos denotando sus manifestaciones la influencia de un adulto dado que diagramaron un sistema de contacto que escapa a las aspiraciones de una niña por madura y desenvuelta que sea. A ello agrega, la falta de asistencia sicológica desde que se las llevo su madre y la ausencia de algún informe calificado por profesional idóneo que determine que las niñas "no se encuentran afectadas".

Expresa que la falta de apoyo sicológico obedece a que en la ciudad de Berisso no pueden usar la obra social que el progenitor abona mensualmente al I.S.S.N., y porque tampoco ha solicitado turno en un Hospital Publico; que las condiciones de vida no han mejorado para las niñas en tanto viven actualmente en la casa de la abuela materna quien padece Alzheimer.

Afirma que la opinión de los hijos menores en los juicios donde se discute el régimen de comunicación no puede soslayarse pero debe tenerse presente que su



participación puede no resultar vinculante para la resolución a dictarse, tal como S.S. ha decidido en el caso particular.

Asevera que el problema central de larga data es, que la Sra. S. no quiere o le gusta trabajar, y motivada en su deseo personal optó por mudarse a Berisso sin pensar en el interés superior de las hijas que tienen en común; que se encuentran viviendo desde febrero en la casa de su madre -no paga alquiler- percibiendo las rentas de ésta dado que no esta en condiciones de desarrollar actividad laboral.

Concluye, que ya nada tiene que preocuparle tan sólo esperar pasivamente que el suscripto deposite mensualmente la cuota sin importarle el daño ocasionado a las niñas y sin ninguna prueba por "violencia económica"; agregando que son varias las cuestiones que genera esta situación debido al traslado unilateral por parte de la madre sin consulta al progenitor en violación de los derechos y deberes que la patria potestad acuerda conforme los arts. 652, 654 del Código Civil y Comercial teniendo presente que el cuidado personal de las niñas, no se encuentra discernida judicialmente.

II.- A fs. 70 se da intervención a la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente quien considera que debe rechazarse la apelación deducida por la progenitora, debiéndose confirmar el pronunciamiento dictado a fs. 39; reitera que se debe proveer la presentación realizada por el abogado patrocinante de la progenitora a efectos de que las niñas puedan contar con atención psicosocial conforme ya lo peticionara este Ministerio.

III.- Ingresando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que, la decisión en crisis ordena el reintegro de las niñas J. y V., ambas de apellido L., a su residencia habitual en la ciudad de Neuquén para



iniciar el ciclo lectivo 2017 en dicha ciudad bajo apercibimiento de desobediencia a una orden judicial y remitir las actuaciones a la justicia penal.

Para así decidir, se funda en lo acordado en los autos caratulados "S. D. R. M. V. C/ L. A. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS" Expte. Nro. 69864/2015, donde la demandada asumió "el compromiso de no mudar el domicilio de las niñas sin previa coordinación fehaciente al efecto con el progenitor y que para el caso de que ello no fuera posible ocurrirá judicialmente a peticionar al efecto".

También valoró que la progenitora se trasladó junto a sus hijas menores, mudando su residencia habitual a otro lugar de considerable distancia geográfica de su progenitor (calle 30 nro. 4992 de la ciudad de La Plata provincia de Buenos Aires), modificándose de ese modo el centro de vida; sin la previa conformidad del progenitor o, sin el previo requerimiento por vía judicial.

Atento ello, juzgó que tal conducta afecta profundamente el interés superior de las niñas puesto que no sólo ha violado un acuerdo sino derechos de raigambre constitucional y enumerada en la Convención de los Derechos del Niño (Art. 9 CDN).

Agregó que no se han justificado oportunamente los motivos por los que realizó el traslado de las menores sin obtener el previo consentimiento del progenitor, agregándose lo dictaminado por la Sra. Defensora.

IV.- Analizadas estas actuaciones resulta que el progenitor inicia Incidente de ejecución de sentencia el 9/3/2016 en base al acuerdo homologado mediante acta de audiencia celebrada el día 12/06/2015 en los autos caratulados "S. d. R. M. V. c/ L. A. s/ Alimentos para los hijos" (Expte Nro. 69864/2015 - Juzgado de Familia Nro. 3 iniciada el



7/4/2015), con el **objeto** de que se haga lugar a la ejecución de sentencia y se ordene la "inmediata restitución de las menores J. y V. L." atento el "...compromiso de no innovar respecto del domicilio de nuestras hijas menores" sin su consentimiento; a tal fin, denuncia el domicilio de la demandada quien reside actualmente junto a las niñas en la calle 30 Nro 4922 de la Ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires.

Explica que en los autos caratulados "L. A. c/ S. d. R. M. V. s/ Medida Cautelar" (Expte Nro. 70093/2015) denunció el incumplimiento de la sentencia y compromiso asumido por parte de la progenitora quien se mudo junto a las niñas diciéndoles que iban de vacaciones pero radicándose definitivamente en la ciudad de La Plata; que tiene conocimiento de que las niñas se encuentran inscriptas en una escuela de dicha ciudad.

Conferida la vista a la Defensora del Niño y Adolescente peticiona que a los efectos de que el reintegro sea en forma pacífica, se intime a la madre al cumplimiento del acuerdo homologado bajo apercibimiento de la aplicación de astreintes (fs. 19).

De relevancia, a fs. 37 luce el acta donde se registra la entrevista mantenida por la Magistrada con las niñas en la que se consigna "...mantuve entrevista con las niñas las que me expresan con claridad su situación actual, me cuentan que están viviendo con su mamá en la casa de su abuela. Comentan, con alegría, que están muy bien en La Plata y desean permanecer allí. En aquella ciudad concurren a la Escuela 10, V. practica guitarra y J. está pensando en iniciar piano o danzas. Las niñas se expresan con vocabulario, fluido, claro, y están conscientes de la situación actual, manifiestan que desean ver a su papa, los fines de semana largos, durante las vacaciones, y que las vacaciones de invierno las pasaron



con su papá. Les gustaría poder compartir las vacaciones de verano también con su papá. Las navidades les gustaría pasarlas con su mamá, y que su papá viaje para venirse con él a Neuquén para fin de año y pasar con él las vacaciones de verano".

Acto seguido, reunidos ambos progenitores con la Juez, se le pone en conocimiento de aquellos la entrevista mantenida con las niñas, y luego de un intercambio de opiniones, manifiestan que no existen posibilidades de arribar a un acuerdo, proponiendo el padre, al solo fin conciliatorio y para no afectar la escolaridad de sus hijas, que permanezcan al cuidado de su madre en la Ciudad de Berizzo hasta fin de año, siendo luego reintegradas a la Ciudad de Neuquén para iniciar su año escolar 2017 en ésta ciudad, propuesta que no es aceptada por la actora (fs. 38).

V.- Que cabe anticipar en primer punto que en relación al cuidado personal de las hijas, las partes no habían formulado planteo autónomo alguno, consolidándose en los hechos lo que el nuevo Código Civil y Comercial describe bajo la modalidad compartido indistinto (art. 650), atento a que aquellas mantuvieron la residencia junto a la madre, compartiendo decisiones y distribuyéndose con el padre labores atinentes al cuidado.

Luego se comprueba que en el proceso de alimentos, la madre asume compromiso de no mudar el domicilio de las niñas sin previa coordinación fehaciente al efecto con el padre, y de no ser posible esto último, peticionarlo en forma judicial.

En el caso particular puede apreciarse que por el acuerdo homologado la madre asumió coordinar en forma previa con el padre lo relacionado a la mudanza con las hijas, y en su caso, ocurrir judicialmente a peticionar al efecto,



por lo que si bien su proceder es absolutamente objetable, no se deriva de su incumplimiento la restitución de las niñas a esta ciudad, en lo fundamental por la ausencia de convención expresa respecto al régimen de cuidado personal o de alguna de las modalidades previstas.

Sin embargo considero que existen otros y sustanciales elementos que deben integrarse a los fines del análisis, como es la voluntad exteriorizada por las dos niñas que tienen 6 y 8 años, en la audiencia en que fueron escuchadas, y que pone en juego el principio de interpretación que impera en la materia que nos ocupa, esto es el interés superior del niño.

Tal interés se ve reflejado en sus dichos, que involucran otros aspectos como son el ámbito familiar y social, tanto como la estabilidad en la habitación, que son resaltados por la Juez de grado, acerca de que "Comentan, con alegría, que están muy bien en La Plata y desean permanecer allí. En aquella ciudad concurren a la Escuela 10, V. practica guitarra y J. está pensando en iniciar piano o danzas", que "están conscientes de la situación actual".

Esto importa aún en niños de corta edad la clara indicación acerca de donde consideran que van tener mejor satisfechos sus intereses, y aún con la provisoriedad del caso por no haberse establecido un régimen adecuado al legal, se observa que está garantizada la justa comunicación con el progenitor que se mantiene en la distancia, cuando manifiestan: "que desean ver a su papa, los fines de semana largos, durante las vacaciones, y que las vacaciones de invierno las pasaron con su papá. Les gustaría poder compartir las vacaciones de verano también con su papá. Las navidades les gustaría pasarlas con su mamá, y que su papá viaje para venirse con él a Neuquén para fin de año y pasar con él las vacaciones de verano".



Que otro aspecto es que a lo largo de los últimos 5 años los progenitores no supieron resolver en forma cabal en cuanto a la asistencia de alimentos, habitación, educación, vestimenta, etc, con el nivel de satisfacción esperada, y que ahora las hijas exteriorizan detentarlo junto a su madre en la ciudad de La Plata, viviendo en la casa de su abuela materna.

Que tan es así, que el día 28 de abril de 2015 la madre debió promover la individualizada demanda de alimentos por la irregularidad e insuficiencia de los proporcionados conforme constancia de la causa agregada por cuerda; y en él sólo lograron coincidir en fijar una cuota alimentaria de \$6000 con más el 50% del importe correspondiente del colegio al que concurrían las niñas, con el traslado a cargo del padre; y lejos de avanzar en otros acuerdos o prever progresiones en la mejora de la asistencia (educación, deportes, música, etc), le siguió lo relacionado con el cambio de residencia, ciertamente novedoso, más elocuente en que la cierta problemática que implicaba la estabilidad habitacional, y que hoy es informada como satisfecha por las principales beneficiarias.

Que vale recordar que el caso convocante posee como titulares de los derechos a dos niñas de 6 y 8 años de edad a quienes el ordenamiento constitucional y convencional reconoce como sujetos activos de derechos, y otorga especial protección, caracterizando como prioritaria su efectivización y privilegiando su interés superior -Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, Art. 47 de la Constitución Provincial; Art. 3.1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño.

Que la Convención de los Derechos del Niño, en sus artículos 12 inc. 2 y 18 inc. 1, prevé expresamente el derecho del niño a ser escuchado en todo trámite judicial que



lo afecte y el interés superior de protección del mismo que debe primar en las decisiones que se tomen.

En el orden local, la ley 2302 determina que la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente debe resguardar la Defensa Pública de las personas menores -así como velar por la protección integral de todos sus derechos, en orden al interés superior que ostentan- y ha de cumplir aquellas obligaciones constitucionales y legales que tienen como objetivo su protección.

Ello así, por cuanto el debido proceso legal de infantes y las normas que así lo garantizan no resultan ser de aplicación discrecional sino obligatoria.

El art. 706 del Código Civil y Comercial establece que los principios generales de los procesos de familia: "El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. a) las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. b) los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyos multidisciplinario. c) la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas y adolescente, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.

Reiteradamente se ha dicho que la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas y adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de estas personas. El interés superior del niño se constituye como principio rector que rige la responsabilidad parental, junto al de la autonomía progresiva del niño y el derecho del



niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (art. 639 C.C. y C.)

Al respecto, la Corte Federal ha resuelto que cuando se trata de resguardar el interés superior de aquellos, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encausar los tramites por vías expeditas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (CSJN 23/11/2004, "M. S A s/recurso de amparo", M 3805 XXXVIII).

En base al desarrollo efectuado y como ya se anticipara, ordenar el reintegro de las niñas se encuentra no sólo alejado del interés que ellas han informado, y no menos si para satisfacer la totalidad de la asistencia en la ciudad de Neuquén el progenitor estima suficiente destinar lo comprometido en el proceso de alimentos, sin acreditar que puede brindar estabilidad en cuanto a la habitación, y elocuente que haya propuesto satisfacer la planilla practicada en concepto de cuotas atrasadas en 48 cuotas de \$930 cada una (fs. 95, Exte. 69.864/2015).

Frente a lo expuesto, tampoco informa a qué fin hubiera sido relevante la consulta previa de la madre, más allá de aludir de que las hijas fueron alejadas de su "residencia habitual", cuando no explica en qué medida ello constituye un valor en su beneficio.

Ciertamente que lo expuesto, como ya anticipara, no permita justificar el proceder de la madre, más el nuevo régimen de familia contiene numerosas disposiciones relativas a la autocomposición, esto es, a la solución negociada de los conflictos intrafamiliares, y el criterio reinante, es que resulta más conveniente y positivo los progenitores acuerden antes que el juez haga valer su imperium; contando incluso con



la misma instancias que ya se había habilitado, solicitando la convocatoria a una audiencia, prestar su máxima colaboración para evitar anteponer la problemática o los conflictos de los adultos por sobre la de las hijas; proponer un plan de parentalidad, o medidas de intervención interdisciplinaria.

Y es que como dice Mizrahi "...no cabe duda, que en los procesos de familia el juez cumple una función tuitiva que le impone participar activamente acompañando a las partes en la búsqueda de la mejor solución del problema que los afecta. Véase que el Código Civil y Comercial impulsa a los progenitores -que obviamente están en conflicto- a presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado de los hijos; disponiéndose, además, que aquellos deben procurar la participación del niño involucrado tanto en la elaboración como en su modificación. En síntesis, favorecer la autocomposición, vale decir, la solución negociada de los conflictos familiares, conlleva a la bien denominada justicia de acompañamiento que constituye una nota esencial en los procesos de familia (Mauricio L. Mizrahi, Responsabilidad Parental, Editorial Astrea, págs. 169/191).

Desde otro vértice, se advierte que el reintegro de las niñas a la ciudad de Neuquén importa establecer de hecho otra modalidad de "cuidado personal", se concretaría sin que se haya preservado la bilateralidad de las partes ni la oportuna y debida intervención de la Defensora del Niño y Adolescente; y sólo se aprecia como sanción hacia la madre, quien si bien ha incumplido el "compromiso de no mudar el domicilio sin previa coordinación fehaciente al efecto con el progenitor", en el caso, ello nunca importó una prohibición que se correspondía a un derecho atribuido al padre, de tal forma que pudiera ser suplido, a petición del último, a través de una decisión judicial de reintegro.



Que si bien el art. 642 del Código Civil dispone que "en caso de desacuerdo entre los progenitores cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público. Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos años. El juez puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación", al comentarlo, Mizrahi explica que "...es un error interpretar, que el artículo regula una "sanción" que se concreta en la atribución del ejercicio de la responsabilidad parental al otro o de determinadas funciones que a dicho ejercicio incumbe. Pensemos que la única finalidad de esta perspectiva es la conveniencia del niño; y ese debe ser el norte que tiene que guiar la decisión judicial, mas allá de que medie una conducta obstructiva de alguno de los progenitores que, a todo evento, podrá ser objeto de una sanción distinta" (págs. 270/271 obra citada).

Para resumir, no es dable ignorar la dimensión psicológica que hay tras los conflictos familiares por lo tanto consideramos atinado que se trabaje desde la interdisciplina para la dilucidación y solución de los problemas que motivan la intervención del tribunal, precisamente para que no desborde a las partes adultas y se termine afectando a los hijos. Es cierto que, mediante la cooperación terapéutica, tendremos la posibilidad de reducir la agresión circulante y -como se dijo dar paso a la palabra y a la escucha (Fernández Larravide, Servicio de asistencia



sicológica a los juzgados de familia, LL, Actualidad, 14/7/11, p.1.).

Sabido es que el Código Procesal Civil y Comercial consagra la regla mencionada en el art. 34 inc. 4 que impone a los jueces el deber de respetar en el pronunciamiento de sus sentencias definitivas o interlocutorias "el principio de congruencia" y, en el art. 163 inc. 6º). Dichas normas prohíben a los jueces por consiguiente otorgar algo que no haya sido pedido (extrapetita) o más de lo pedido (ultra petita). Tal limitación además reviste en nuestro ordenamiento jurídico jerarquía constitucional habiéndose declarado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia que afectan las garantías reconocidas por los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional los pronunciamientos judiciales que desconocen o acuerdan derechos que no han sido objeto de litigio entre las partes.

Ahora bien, corresponde señalar que existen excepciones al principio de congruencia, en las que el juez puede flexibilizar la congruencia cuando ello sea menester a los fines de la tutela efectiva, en tanto no resulte afectado el derecho de defensa ("Postulación y Flexibilidad de la Congruencia"; revista Iberoamericana de Derecho Procesal; año IV N° 6-2004 Pág. 45). Así, en las causas de familia cuando intervienen niños o adolescentes dado que estamos ante materias indisponibles -en tanto-, no se afecte el derecho de defensa de las partes intervinientes, tal como acontece en autos.

Obsérvese que en el sub lite, los progenitores no han debatido acerca del modo o manera que determinarían la titularidad y ejercicio de la Responsabilidad Parental, ni el régimen de comunicación, si la modalidad del cuidado personal será "compartido" o "indistinta", siendo que han dejado de convivir desde hace mucho tiempo ("...mayo de 2011, fecha en la



cual decidimos separarnos", cfr. demanda de alimentos), y como adelantara, no se comprueba que las niñas no se encuentran expuestas a riesgos de sufrir daños por el cambio de residencia, el que a tenor de lo que manifiestan, es todo lo contrario, quedando así vacío de contenido, hasta aquí, la pretensión de obtener un comportamiento contrario.

En definitiva, sólo en la medida de la obligación de comunicación previa asumida podrá evaluarse la conducta de la madre y sus efectos, más en modo alguno como un incumplimiento del que se derive exigible por vías compulsivas de tener que cumplir con la restitución de las niñas a esta ciudad, como derecho que titularice el padre que nunca demandó por cuidados parentales bajo alguna modalidad que lo legitime a obtener un pronunciamiento como el recurrido; y máxime si su concreción implicaría desatender aquellos aspectos que se han evidenciado concretamente la mayor satisfacción del interés superior de aquella.

VI.- Por las razones expuestas y normativa citada, corresponde hacer lugar al recurso de apelación deducido por la progenitora, y revocarse el pronunciamiento de grado.

Las costas se impondrán en el orden causado, atendiendo que el progenitor pudo interpretar que tenía expedida esta vía a los fines del cumplimiento del compromiso asumido por la madre (art. 68, 2da parte y 69 del CPyC).

La Dra. Patricia Clerici dijo:

I.- He de disentir con la solución propiciada por el señor Vocal preopinante.

Al fallar la causa "D.A. c/ T.D.A. M.F." (expte. n° 41.394/2009, Sala II P.I. 2011-III, n° 245) señalé que: *"Conforme los nuevos paradigmas y directivas de la legislación internacional a la que ha adherido nuestro país, la persona menor de edad es un sujeto pleno de derechos y no un objeto de*



protección, y ello no solamente vale para el juez, sino que principalmente tiene que ser entendido por los padres: sus hijos son personas y sujetos de derechos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación -voto del Dr. Maqueda- ha determinado que la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquél interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, e incluso, el de los propios padres (autos "S., C.", sentencia del 2/8/2005, Fallos 328:2870).

"En el mismo fallo, el más Alto Tribunal de la Nación destacó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el interés superior del niño como principio regulador, siendo obligación del Estado adoptar esta pauta de interpretación -en las diversas esferas en las que le corresponde actuar- desde la perspectiva libre de prejuicios que ordena utilizar el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En palabras de la Dra. Argibay: "...cuando hay un menor de edad cuyos derechos pueden verse afectados, el juez debe decidir teniendo en cuenta su mejor interés, opinión que puede o no coincidir con la de los adultos que intervienen en el pleito...".

Luego, y al igual que sucediera en el precedente citado, las niñas de autos han nacido en la ciudad de Neuquén (fs. 1/2 del expte. 69.684/2015, que corre agregado por cuerda), y esta ciudad ha sido su centro de vida desde ese momento y hasta el día que su madre decidiera, unilateralmente, su traslado a la localidad de Berisso, a principios del año 2016, cuando ellas contaban con nueve y siete años de edad.

Por otra parte, anoticiado el progenitor de la posibilidad de que su ex cónyuge mudara su domicilio junto con las hijas, solicitó una medida cautelar y se arribó a un acuerdo de partes, en el cual expresamente consta que la



progenitora *"asume el compromiso de no mudar el domicilio de las niñas sin previa coordinación fehaciente al efecto con el progenitor, y que para el caso de que ello no fuera posible ocurrirá judicialmente a peticionar al efecto"* (acta de fecha 12 de junio de 2015, obrante a fs. 1 de este incidente).

No obstante el compromiso asumido, el que fue homologado con fuerza de sentencia, la demandada, sin coordinación con el padre de las niñas y, menos aún, autorización judicial, se mudó, junto con las hijas, a la localidad de Berisso, aproximadamente siete meses después de celebrado el acuerdo de partes.

En estos términos entiendo que la medida decidida por la a quo se ajusta a derecho y respeta, por sobre todo, el interés superior de las niñas de autos.

II.- Tal como lo puse de manifiesto en el precedente ya citado, la conducta de la madre se encuentra reñida con la buena fe -además de importar principalmente una violación palmaria de un acuerdo homologado judicialmente-, ya que acudió a vías de hecho inadmisibles en el marco del derecho y del debido proceso.

Y si bien podría admitirse el traslado inconsulto de las niñas si existiera para ellas en la ciudad de Neuquén algún riesgo, tanto para sus vidas como para su salud psicofísica, o si el interés superior de aquellas aconsejara alejarlas del lugar de residencia habitual; estos extremos no han sido acreditados en autos.

En el mismo acuerdo incumplido hoy por la demandada, las partes acordaron el importe de la cuota alimentaria, el que incluyó el pago del 50% de la matrícula del colegio al que venían concurriendo las personas menores de edad, habiéndose pactado también que el traslado hacia y desde la escuela era asumido por el progenitor.

Comprendo que la madre pueda tener problemas para asistir económicamente a sus hijas en la proporción a su



cargo, y conozco las dificultades para la locación de inmuebles en la ciudad de Neuquén, pero surge de fs. 26/57 del expediente que corre agregado por cuerda que el progenitor ha colaborado en la manutención de las niñas, asumiendo, incluso, el pago del alquiler de la vivienda donde ellas vivían con la mamá.

Es cierto que esa situación puede haber variado, pero ello debió ser planteado oportunamente ante la jueza de la causa, y con carácter previo a llevar a sus hijas a vivir a aproximadamente 1.200 kilómetros de distancia de la ciudad donde nacieron y vivieron hasta la mudanza.

Los dichos de las niñas ante la jueza de grado (acta de fs. 37), si bien satisface su derecho a ser oídas, y, en principio, manifiestan estar conformes con su nuevo lugar de residencia, aparecen, en otros aspectos, influenciados por personas mayores de edad, compartiendo la opinión de la recurrente en orden a que el esquema del régimen de contacto con su padre que proponen en la audiencia, se ajusta más a los deseos de la madre que a los de las menores de edad. Asimismo, cabe tener presente que la magistratura no se encuentra obligada a obedecer los deseos de los niños, sino que su resolución debe respetar su interés superior que puede no coincidir con lo que quieran los menores de edad.

En definitiva, no se puede agregar al trauma de la separación de los padres, el alejamiento de su lugar de residencia habitual y centro de vida, con debilitamiento de la comunicación con su progenitor y contra la voluntad de éste.

Consecuentemente, entiendo que debe confirmarse la resolución adoptada por la jueza de grado, disponiendo el reintegro de las niñas J. y V. a la ciudad de Neuquén, debiendo convivir con la madre si es que ella decide también mudarse a esta ciudad y, en caso contrario, convivir con su progenitor; en ambos casos hasta tanto se resuelva



judicialmente el régimen de cuidados personales y de comunicación con sus padres.

Asimismo, teniendo en cuenta la época del año en la que nos encontramos con relación al ciclo lectivo, el traslado de las niñas a la ciudad de Neuquén deberá efectivizarse el primer día hábil correspondiente al receso escolar de invierno para la provincia de Buenos Aires, debiendo acreditar el padre que las menores cuentan con lugar en un establecimiento escolar de esta ciudad.

Las costas por la actuación ante la Alzada se imponen a la demandada perdidosa (art. 69 C.P.C.C.), difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

Existiendo disidencia en los votos que anteceden, se integra Sala con **el Dr. Federico Gigena Basombrío**, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la Dra. Clerici, adhiero al mismo.

Por todo ello, **la SALA III POR MAYORIA,**

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución dictada a fs.49/50, disponiendo el reintegro de las niñas J. y V. a la ciudad de Neuquén, debiendo convivir con la madre si es que ella decide también mudarse a esta ciudad y, en caso contrario, convivir con su progenitor; en ambos casos hasta tanto se resuelva judicialmente el régimen de cuidados personales y de comunicación con sus padres.

2.- Disponer que el traslado de las niñas a la ciudad de Neuquén deberá efectivizarse el primer día hábil correspondiente al receso escolar de invierno para la provincia de Buenos Aires, debiendo acreditar el padre que las menores cuentan con lugar en un establecimiento escolar de esta ciudad.



3.- Imponer las costas de Alzada a la demandada perdidosa (art. 69 C.P.C.C.).

4.- Diferir la regulación de honorarios para cuando se cuente con base a tal fin.

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

**Dra. Patricia Clerici - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr.
Federico Gigena Basombrio**

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA