



NEUQUEN, 28 de Junio del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**O. D. M. M. E. C/ M. D. E. S/ CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS**", (JNQFA4 EXP N° 81750/2017), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela **ROSALES** y,

CONSIDERANDO:

I.- El actor apeló la resolución de fs. 11/vta., mediante la que la magistrada de grado declina su competencia al juez de turno con competencia en la ciudad de Las Heras, provincia de Mendoza.

Fundó su recurso a fs. 22/29.

A fs. 31 obra el dictamen de la Defensoría del Niño y del Adolescente y a fs. 37/vta. el del Agente Fiscal.

II.- Tal como quedó planteada la cuestión, pasaremos a su tratamiento.

1. En primer lugar, nos referiremos al planteo de nulidad efectuado por la Defensoría del Niño y del Adolescente.

Recientemente, en la causa "**A., M. A. S/ GUARDA**" (Expte. 67.223/2014, resolutorio de fecha 13 de Junio de 2017), se señaló que:

"(...) asiste razón a la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente respecto de que se omitió, en la instancia de grado, otorgarle la participación prevista en el art. 103 del Código Civil y Comercial, debiendo llamarse la atención al juzgado de origen sobre la necesidad de cumplir escrupulosamente la manda legal que determina la intervención



necesaria del Ministerio Público en todos los procesos que involucren o afectan a personas menores de edad.

Sin embargo, de ello no se sigue la nulidad de la resolución recurrida.

En efecto, el mismo art. 103 del Código Civil y Comercial señala, en su inciso a), que cuando la intervención del Ministerio Público es complementaria, la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.

En autos, la intervención que debió tener la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente en el proceso era complementaria, conforme lo reconoce el mismo Ministerio Público.

Ángeles Burundarena señala que la intervención del Ministerio Público es representativa, de orden legal, de carácter necesario, es de control en el ámbito judicial para el ejercicio de la responsabilidad parental, y en el caso de los supuestos contemplados en el inciso a) del art. 103, resulta complementaria a la actuación de los representantes legales individuales. Por tanto, continúa la autora citada, en el supuesto del inciso a) señalado, su representación es complementaria a la de los padres, tutores, guardadores o curadores (cfr. aut. cit., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. I, pág. 456).

Agrega la autora que vengo citando que la sanción de nulidad prevista por la ley ante la falta de intervención del Ministerio Público, sea en su actuación complementaria o principal, es de carácter relativo, porque puede ser confirmada: de haberse realizado actos disvaliosos para los intereses del niño o niña, y habiéndoles causado perjuicio la omisión de intervención, corresponde declarar su nulidad, pero si los actos del proceso realizados sin su intervención han



sido favorables para la prosecución de las actuaciones y para el interés de la persona menor de edad, ningún sentido tiene oponer la nulidad, porque no se deriva perjuicio alguno a aquella (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 457).

Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel F. Molina de Juan también se pronuncian favorablemente por la atribución de carácter relativo a la nulidad que acarrea la omisión de intervención del Ministerio Público. Señalan estas autoras que el argumento del carácter relativo de la nulidad ha sido utilizado por un fallo dicado por la Cámara Civil y Comercial de Corrientes (autos "H., A.V.A. s/ medida cautelar", sentencia del 1/9/2015), que confirmó una medida de protección hacia una mujer anciana por la que se ordenó la exclusión de la vivienda de la nuera y sus hijos menores de edad, rechazando el planteo de nulidad realizado por el Ministerio Público ante la falta de intervención, atento la urgencia del caso y la provisionalidad de la medida (cfr. aut. cit., "La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial", RCCyC 2015, pág. 3).

En autos, dada la necesidad de otorgar una respuesta eficaz y adecuada a la niña de autos, y teniendo en cuenta el tiempo excesivo transcurrido desde que se inició el presente trámite, entiendo que sería más perjudicial para los intereses de M. nulificar la sentencia de grado -único acto respecto del cual se solicita la sanción de nulidad-, y devolver las actuaciones a la instancia de grado para el dictado de un nuevo resolutorio, que abordar la apelación planteada por el peticionante y resolver en definitiva.

Tengo en cuenta para arribar a esta conclusión, además de los motivos invocados en el párrafo anterior, que en esta instancia se le ha dado la debida intervención a la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, y que se ha escuchado a M." (Del voto de la Dra. Patricia CLERICI).



Aplicando estos conceptos al caso, es que no haremos lugar a la solicitud efectuada por la Sra. Defensora.

2. Sentado ello, y pasando ahora al tema central de la apelación, en la causa **"R. E. D. C/ J. M. N. S/ CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS"**, (Expte. N° 74840/2016, resolutorio del 30 de Agosto del año 2016) señalamos:

"Tal como hemos dicho en autos "Molina c/ Amin" (P.I. 2012-IV, n° 269), "Becerra c/ Passarella" (P.I. 2012-III, n° 185) y "Sainz c/ Bracalente" (Expte. N° 55014/12, resolutorio del 26/2/2013), "Las decisiones judiciales, cuando existan menores involucrados, deben consultar primordialmente, su interés y estar inspiradas en lo que resulte más conveniente para su protección. El niño tiene derecho a una protección especial. Por ello, la tutela de sus derechos debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que ocurra en cada caso. (FANA CNCI A, CAPITAL FEDERAL 28-5-1996 9929).

"...El marco jurídico en el que se desenvuelve este proceso es el principio del "interés superior del niño" consagrado en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene rango constitucional -Ley 23.849-. Este está por encima de todo otro precepto legal y debe ser preferido por los jueces sobre los demás derechos de los padres y de la familia al momento de decidir los conflictos que atañen a los menores.

"Concordante con ello tiene dicho la jurisprudencia: "El carácter operativo de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporadas a la CN en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 CN, permite admitir el reconocimiento de competencia al juez del domicilio



del menor" (cfr. LDT; DRES.: BRITO - AREA MAIDANA - DATO.L. M. R. C/T. R. B. s/FILIACION, Fecha: 06/04/2004, Sentencia N°: 242, Corte Suprema de Justicia Sala Civil y Penal)".

En estos antecedentes se ha privilegiado el lugar de residencia del menor a efectos de determinar cuál es el tribunal competente, por entender que es el que se encuentra en mejores condiciones de conocer la realidad de aquél y resolver en consecuencia.

No obstante, el art. 716 del nuevo Código Civil y Comercial unifica la cuestión relativa a la competencia judicial para las acciones que comprometen derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes.

Así, la fija en el juez del domicilio donde aquellos tengan su "centro de vida".

La Suprema Corte de Justicia bonaerense señaló que "la noción de centro de vida -artículo 3º, ley 26.061- prevalece no sólo en las cuestiones de fondo sino también en materia de competencia: es la residencia del niño el eje a tener en cuenta para determinar el juez competente. Se desplaza el centro de imputación; es el niño quien indica el eje a tener en cuenta para determinar su domicilio legal, sin perjuicio del de sus representantes legales. El punto de conexión es su centro de vida, el lugar de su residencia actual" (14-3-2012, C.115227, "F., C. J. c/C., M. L. s/Tenencia de hijo").

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia, ya con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, aplicó el mismo criterio y juzgó aplicable el precepto en comentario, fijando la competencia del juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida, prescindiendo de reparos formales y del modo en que se planteó la



controversia (CSJN, "D., L. A. y otro s/ guarda", sent. del 28-10-2015, consid. 4º y 5º).

Dicho Tribunal de la Nación también, y con anterioridad, ha remarcado que la eficiencia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor inmediación del juez de la causa con la situación de los menores y que en base a ésta, correspondía conocer en las actuaciones al juez de la jurisdicción territorial donde se encuentran residiendo efectivamente los niños.

Claramente, la competencia está intrínsecamente relacionada con la inmediación y la noción de "centro de vida" asigna las causas de esta índole al magistrado que luce mejor posicionado para conocer y resolver en la forma más urgente la problemática de los niños en salvaguarda de sus derechos fundamentales."

En la especie, tenemos que los progenitores de K., luego de su separación, acordaron en un momento un régimen de parentalidad que incluyó -al menos- dos lugares de residencia, San Antonio Oeste y Neuquén.

Actualmente, el niño reside junto a su progenitor en esta ciudad capital, desconociéndose el domicilio actual de la madre, suponiendo el padre que estaría en la ciudad de Las Heras, Chubut.

Aquí, K. se encuentra escolarizado, inició estudios de inglés y también la práctica de fútbol, conforme se desprende de los certificados originales que lucen a fs. 17/19.

Por lo que bajo las pautas aquí expuestas y la postura de la Sala en casos similares, consideramos que el juez competente para entender en esta causa será el correspondiente a su domicilio actual.



Es así que la jueza de familia inhibida deberá continuar con el trámite de este caso.

III.- Por todo lo expuesto, propiciamos el rechazo del planteo de nulidad formulado por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, y la admisión del recurso de apelación de autos, revocándose el fallo recurrido.

Sin costas de Alzada, en atención a la forma en que se resuelve y por no mediar contradicción.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Rechazar el planteo de nulidad formulado por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente.

II.- Revocar la resolución de fs. 11/vta., haciéndole saber a la titular del Juzgado de Familia n° 4 que deberá continuar con el trámite de esta causa.

III.- Sin costas de Alzada.

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici
Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA