Comodoro Rivadavia, de abril de 2010.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"B., M. I. c/S., S. L. s/RESTITUCION DE MENOR", Expte. N° 120/2010**, venidos del Juzgado de Familia N° 3 (Expte. N° 124/2010).

I.- Llegan las presentes actuaciones a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 66, contra la sentencia interlocutoria de fs. 60/61vta. que declara la incompetencia del Juzgado de Familia N° 3.

La magistrada para entender en las presentes actuaciones fundó la decisión en la calidad de la niña como sujeto de derecho y en su derecho a participar activamente en todo procedimiento. Consideró que la problemática a tratar y resolver amerita que sea competente el juez del lugar en donde reside actualmente la menor de edad, por la inmediación y porque en ese lugar es donde pueden hacerse efectivos sus derechos con mayor fluidez dada la distancia que los separa de esta provincia. Adhiere al dictamen del Ministerio Publico Fiscal de fs. 59 y vta.

II.- Se agravia la recurrente a fs.68/72, porque la magistrada consideró una medida cautelar superior a otra, cuando el demandado sólo manifestó supuestas situaciones de riesgo de la niña, no acreditando extremo alguno en autos. Agrega que el progenitor no acreditó haber llevado a la niña a un psicólogo infantil, ni a un pediatra a fin de verificar el estado psicofísico de B.; ergo la jueza sólo se basa en los dichos de la contraria. Señala que la niña cursa sus estudios primarios en ésta ciudad (acompaña boletines fs. 11/12) y que se encuentra en Buenos Aires

cumpliendo con el régimen de comunicación homologado por sentencia firme y consentido desde el año 2004 a la fecha; acreditado en autos, siendo actualmente retenida por el padre al incumplir con el compromiso asumido. Continúa diciendo que la guarda y la custodia es detentada por ella y que el demandado solicitó en Buenos Aires la tenencia de la niña. Sostiene que la Ley III N° 21, Libro II art. 72 inc. b) en concordancia con el art. 87 en su parte pertinente y el art. 5° del D.J., determinan que es competente el Juzgado de Familia de ésta ciudad atento que el domicilio real y actual de residencia de la niña, siendo ésta ciudad el centro de vida de la niña. Insiste en que sólo viajó a Buenos Aires a visitar a su padre el cual la ha retenido, mediante engaños y artilugios que no corresponden a un buen padre de familia. Afirma que tanto el Ministerio Público Fiscal como la magistrada incurren en un error al considerar que el lugar de residencia de la niña es Buenos Aires, toda vez que de las probanzas agregada en autos surge que el lugar de residencia de la niña es la ciudad de Comodoro Rivadavia, ergo lugar de competencia. Manifiesta que una decisión contraria implicaría violar de sobremanera el interés superior de la niña, sería comulgar con la retención indebida ejercida por el padre.

III.- De las constancias de autos surge que los padres de la niña, en abril del 2004 acordaron de común acuerdo que la custodia de B.F.S.B. sea ejercida por la madre en el domicilio por ella indicado, es decir la ciudad de Comodoro Rivadavia. Asimismo acordaron un régimen de comunicación y asistencia alimentaria (Acta Nro. 470/04 homologado mediante sentencia interlocutoria N° 452/2004 (fs. 2/3), Actas

Nros. 211/05-ODPS-AC, 8449/2008, 8512/2008, 9512/2008 (fs. 4/7).-

También que, estos acuerdos, evidentemente se cumplieron ya que la niña cursó sus estudios en la Escuela Provincial N° 32 "República Argentina". En tal orden de ideas se adjuntaron boletines del año 2007 y 2008 (fs. 11/12) y constancia del establecimiento, de haber cursado 5to. grado en el año 2009, encontrándose inscripta para continuar sus estudios primarios en el año en curso (fs. 10).-

Se agregó certificado de vacunas aplicadas en el año 2009 (fs. 13).

Asimismo se anejó carta documento de fecha 24 de febrero de 2010, remitida por la actora (fs. 14/15) al demandado, en contestación a la CD ****** remitida por la Sra. A. R. F., mediadora prejudicial MJS y DH N° 4358 en la causa de tenencia iniciada en la provincia de Buenos Aires por el Sr. S.L.S.-

IV.- Corresponde ahora adentrarnos en las cuestiones traídas a consideración de esta Alzada.-

Comenzando el estudio de la cuestión sometida a consideración del Tribunal, surge que la actora promovió una acción de restitución de la niña, y que en cumplimiento de lo acordado por ambos progenitores (fs. 1/7), se trasladó a Buenos Aires, en el mes de febrero para permanecer hasta el 21 de dicho mes con su padre en la ciudad de Buenos Aires y no retornó hasta el día de la fecha.-

La jueza de grado invoca el interés superior del niño para fundar su pronunciamiento olvidando que tal concepto en nuestro ordenamiento positivo ha recibido expresa definición legal y que la decisión adopta en contraria a tal concepto.-

Así el art. 3° de la Ley 25.661 preceptúa: "Interés Superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley… inc. f) Su centro de vida. 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. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de las misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores, cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros."

Justamente el inc. f) contiene una pauta legal en materia de ley aplicable y juez competente que ha sido desconocida por la jueza de grado. Evidentemente es en éstas materias que el interés superior del niño se vincula directamente con el respeto a su lugar de residencia o centro de vida.

A los fines de arribar a una aproximación conceptual a la idea de "centro de vida" o "residencia habitual" resulta interesante citar lo expuesto por lo más versados estudiosos del Derecho Internacional Privado. Entre ello, Biocca ha resaltado que, a los fines de delimitar estos conceptos, "los elementos ha tener en cuenta son aquellos hechos que vinculan al menor con un ámbito espacial. No es, por tanto, sólo

una noción jurídica, sino una con mayor contenido sociológico. Así, el centro de vida será el lugar en donde está la escuela a la que asiste, el lugar de encuentro con sus amigos, el lugar donde se encuentran los familiares; esto es, la vinculación del lugar con los seres y cosas que conforman el mundo real y emocional del niño. Por eso debe tenerse especial cuidado y prudencia al definir el centro de vida como la residencia habitual del menor. Este centro de vida no puede adquirirse tras un traslado ilícito, sea por parte de quien lo efectúa o cuando es el mismo padre junto al menor el que es trasladado ilícitamente de un país a otro" (Cfme. "Ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes – Derecho constitucional de Familia" Comentada, anotada concordada", Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama y Marisa Herrera, Ed. 2007, p. 96/98).

Además en el caso concreto la solución que ha de consagrarse por aplicación de la nueva pauta legal, coincide con la que correspondería por aplicación de las normas del Código Civil.

Tal, por otra parte, es la pauta establecida por el art. 237 del C.Pr. –D.J.- (antes art. 235) del código adjetivo, disposición que le otorga competencia al juez del domicilio de la persona que haya de ser amparada.-

Por supuesto esta decisión no impide al juez escuchar a la niña.

Huelga decir que será el juez de la causa quien deba ocuparse personalmente de establecer contacto con la niña, garantizándose de esta manera la inmediatez y la celeridad que requieren los asuntos que la involucran.-

Debe decirse, además que en el caso, el proceso sobre tenencia de la niña comienza con posterioridad a la actuaciones, conocimiento y resolución llevadas a cabo por la Jueza de Familia N° 3 quién es la que conoció las pretensiones sustentadas entre las partes y respecto a la hija de la pareja. Evidentemente existe conexión entre los procesos de tenencia, homologación de convenio que incluye (custodia, régimen de comunicación y asistencia alimentaria) y restitución de la niña, todos tienen entidad y derivan de un sólo derecho que es el interés de la niña, conforme lo expresado.

Es que, el interés superior del niño debe considerarse no sólo respecto de las soluciones que atañen al fondo de la cuestión, sino también en lo atinente a la determinación del juez competente.-

En consecuencia, teniendo en cuenta que conforme lo acordado por sus padres, la niña viajó a la provincia de Buenos Aires, en la época establecida para ver a su padre, no retornando hasta el día de la fecha y si bien podría, eventualmente y previo debate quedarse en esa ciudad, el lugar para debatir dicha cuestión es en Comodoro Rivadavia, lugar de residencia habitual de la niña, de otro modo se premiaría la vías de hechos ejercida por el padre para elegir el foro competente.

En este contexto, corresponde revocar la sentencia interlocutoria N° 14/2010, de fs. 60/61vta. y declarar competente al Juzgado de Familia N° 3 de la ciudad de Comodoro Rivadavia.-

IV.- Corresponde de acuerdo a lo previsto por el art. 282 del C.Pr. –D.J. (antes art. 279 del ritual readecuar las costas de primera instancia, no

así, respecto de los honorarios.- Las que se imponen en ambas instancias, conforme al principio objetivo de la derrota, al demandado vencido (arts. 68 y 69 del C.Pr. –D.J. (antes arts. 69 y 70 del C.P.C.Ch.).- A los fines de la regulación de honorarios profesionales por los trabajos realizados en la Alzada, a cuyos efectos se tendrán en cuenta, a fin de determinar los porcentuales previstos en el art. 13 de la mencionada norma, el resultado obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada.-

Por ello, la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en fs. 66 por la actora y revocar la sentencia interlocutoria de fs. 60/61vta.

2) Declarar competente para actuar en los presentes y en las causas conexas a la titular del Juzgado de Familia N° 3.

3) Costas de ambas instancias al demandado vencido.- Por los trabajos realizados en la Alzada se regulan los honorarios profesionales de las Dras. A. A. de T. y R. S. G., conjuntamente, en la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA ($150) y los de los Dres. A. G. M. y N. A. D., conjuntamente, en la suma de PESOS CIEN ($100).

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2010

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS