----Trelew, de Junio de 2018. ----------

---**VISTO**: La Sentencia Interlocutoria Nro. 08/2018 de fs. 150/151vta., el recurso de apelación deducido a fs. 153 por la parte demandada, concedido a fs. 154, y que fuera fundado a fs. 158/162vta. y contestado por la contraria a fs. 167/169vta. Asimismo, el recurso de apelación deducido a fs. 155 por la parte actora, concedido a fs. 164, y que fuera fundado a fs. 165/166vta. y contestado por la contraria a fs. 171/172. ----------

---**Y CONSIDERANDO**:----------

--I.- Que la resolución recurrida decidió —en lo pertinente— no hacer lugar T. a la incompetencia planteada por la parte demandada a fs. 129/vta. y disponer que corresponde al Juzgado de Familia N° 1 continuar entendiendo en el proceso. Para así decidir tuvo en cuenta que la residencia actual de los menores de edad T. y H.A. , en la localidad de Telsen, Provincia del Chubut, fue creada de manera inconsulta y en forma unilateral por la progenitora, encontrándose su centro de vida en la ciudad de Trelew. Así, compartió lo dictaminado por la Asesoría de Familia, agregando que hasta tanto se resuelva la presente causa corresponde dar plena aplicación al principio de perpetuación de la jurisdicción. Finalmente, señaló que respecto a la petición del actor de que se restituya a sus hijos a esta ciudad,

correspondía fijar audiencia.----------

---II.- Que la parte actora se agravia porque la *a quo* no dispuso la restitución de los niños a su centro de vida habitual en la ciudad de Trelew, sin fundar su decisión, dándole a la demandada —al fijar una nueva audiencia— una nueva posibilidad de burlar las normas al impedirle ver a sus hijos. Agrega que la sentenciante omitió fundar la decisión adoptada a pesar del dictamen favorable a su petición efectuado por la Asesoría de Familia. Indica que la demandada no informó a su parte el cambio de centro de vida de los niños, no requirió su consentimiento y desobedeció las disposiciones ordenadas por la jueza a quo en la audiencia celebrada en el mes de diciembre de 2017. Expresa que a causa del traslado de residencia intempestivo realizado por la demandada, se impidió la asistencia de los menores a los encuentros con las psicólogas encargadas de la revinculación paterno filial.----------Que, por su parte, la demanda se agravia por que la *a quo* no consideró ni valoró que el progenitor se ha mostrado como un padre abandónico durante la vida de los niños, que incumplió su responsabilidad parental y que de las diversas causas conexas surgen las reiteradas ordenes de prohibición de acercamiento por violencia hacia su parte y sus hijos. Indica que existen publicaciones periodísticas de donde surgen diversos actos delictivos vinculados con el Sr. H., lo que –agrega- no fue valorado en la decisión de la sentenciante. Sostiene que yerra la jueza al decir que se trató de una decisión unilateral. Indica que desde el año 2012 el abuelo materno ostenta la guarda de los niños, lo que no fue cuestionado por el progenitor de los menores de edad. Añade que la decisión de residir en Telsen se fue construyendo familiarmente con traslados los fines de semana primeramente y en forma definitiva a partir del año 2018. Señala que el análisis efectuado por la magistrado es contradictorio por cuanto indica que el proceso fue iniciado por el Sr. H. el 17/11/2016 y

que por haber perdido contacto con sus hijos se le indicó terapia con permanencia que recién comenzó en el corriente año, a pesar –agrega- de no constar en autos informe con resultados profesionales de la evolución obtenida ni que se atienda a las recomendaciones del informe del ETI del 02/11/2017, donde el Sr. H. informó que cada 15 días se va a Pico Truncado. Remarca que la decisión de residir en Telsen de forma permanente se realizó consensuada y legítimamente en beneficio de los niños ya que allí tienen amigos y comparten momentos de alegría. Sostiene que la oposición del progenitor se funda en sus derechos como padre biológico pero no se tiene en cuenta los derechos de los niños priorizando su bienestar psicofísico y social. Cuestiona que la jueza deje latente la posibilidad de restituir a los niños a esta ciudad a pedido del padre, a pesar que los menores hace años no tienen relación con el progenitor ni con sus abuelos paternos. Remarca que el progenitor ha mostrado durante todos estos años gran desinterés en brindar explicaciones por su incumplimiento alimentario. Señala que la jueza omitió considerar que el Sr. H. adujo no tener trabajo y no existen constancias que intente procurárselo. Indica que existen indicios que hacen presumir que el progenitor posee ingresos suficientes para cumplir con su obligación alimentaria. Expone que su parte tiene en miras continuar laborando en Telsen en procura de un sustento que le permita dignificar la vida de los niños y poder independizarse económicamente de sus padres. Sostiene que el incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del progenitor es una forma de violencia contra su parte, así como contra sus hijos y abuela materna (que realiza venta de productos por catálogo para contribuir con la manutención de los niños). Realiza diversas consideraciones referidas al incumplimiento del deber alimentario por parte del progenitor. Señala que actualmente pesa sobre el Sr. H. una prohibición de acercamiento por 90 días hacia su parte y sus hijos. Indica que se agravia además de la imposición de costas. ----------III.- Que la cuestión a resolver aquí se dirige a determinar si la Jueza de Familia de esta ciudad es competente a los fines de resolver en relación tanto al régimen de comunicación solicitado en autos como en cuanto a la petición de restitución de los menores de edad a esta ciudad, como su centro de vida. Y en este sentido, esta Alzada ha tenido oportunidad reciente de explayarse sobre tal concepto en la SIF N° 55/2017, donde se han delineado algunos alcances del mismo que hacen a la cuestión aquí debatida. ----------
----------En primer lugar, según el art. 716 del C.C.C.N., los procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes, se dirimen en la competencia del juez del lugar donde éstos tiene su centro de vida, concepto que se configura como pauta axial para resolver las cuestiones relativas a menores de edad, tomado del art. 3° de la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (conf. STJCh, SI N° 35/SROE/2015; “Código Civil y Comercial de la Nación”, Dir: Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord: Mariano Esper. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2014, nota al art.
716 CCC). ----------

----Según ha dicho el máximo tribunal de esta provincia, este punto de conexión —independizándose así de la noción rígida e impersonal del domicilio— aporta una noción más sociológica que jurídica, por lo que atiende a la situación real del niño, niña, adolescente; satisface el principio de inmediatez de los operadores a intervenir; y garantiza la prevalencia de su interés superior, como estándar exigible a las cuestiones del derecho común y procesales, y como herramienta dirigida a la satisfacción de los derechos fundamentales en juego (conf. arts. 3, 12 CDN; arts. 3, 19, 24 y 27, Ley 26061; STJCh, SI N° 12/SROE/2017; “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, director Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. Rubinzal-Culzoni, tomo IV, pág.626).----A ello, cabe agregarse que el concepto de “centro de vida” que arroja el art. 3, inc. f de la Ley 26061, debe interpretarse conjuntamente con el art. 3 de su decreto reglamentario (Decreto 415/2006), en tanto lo enlaza de manera armónica con la definición de "residencia habitual" contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad, no limitándose su aplicación exegética —se ha dicho— a los supuestos de traslados o retenciones ilegales de menores entre países (conf. STJCh, SD N° 10/SRE/12; CC0102 MP 162802 43-S S 07/03/2017, “L.,N.A. S/
ADOPCIÓN”; Sumario B5026604, JUBA).----------

--En este aspecto, cabe tener presente entonces que por Leyes N° 23857 (BO del 31/10/1999) y 25358 (BO del 12/12/2000), nuestro país ratificó el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de la Conferencia Permanente de La Haya especializada en Derecho Internacional Privado y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de la Organización de Estados Americanos, respectivamente, donde enarbolando el principio del interés superior del menor, incorporó una conexión de corte fáctico y sociológico como es la residencia habitual, con la impronta funcional de obtener el rápido reintegro del niño sustraído al Estado de su residencia habitual en resguardo de su integridad física y psíquica (conf. Liliana Etel Rapallini, “Aportes de jurisprudencia comparada en materia de sustracción internacional de niños”, Revista Anales de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP 2015).----------

---Entre tales pautas, además, debe tenerse presente que el art. 2614 CCCN, señala que cuando la responsabilidad parental es ejercida por personas con distinto domicilio, se considerará como tal aquel donde el menor de edad tenga su residencia habitual, no pudiendo asignarse tal carácter al lugar donde aquellos permanezcan sustraídos o fuesen trasladados o retenidos ilícitamente.----------

---En conclusión, el lugar donde los menores de edad han transcurrido una parte importante de su existencia podrá calificarse como su “centro de vida”, siempre y cuando ello haya ocurrido en “condiciones legítimas” (conc. art. 6º ley III nº 21; conf. STJCh, SD N° 10/SRE/12; esta Sala, SIF N° 20/2014; SCBA LP Rc 121725 I 05/07/2017, Sumario B3901773; en igual sentido SCBA LP Rc 121599 I 23/05/2017 SCBA LP Rc 120602 I 22/03/2016, SCBA LP C 117874 S 11/06/2014, SCBA LP C 115227 S 14/03/2012, entre

otros; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMA, María V. - HERRERA, Marisa, "Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes", Ed.
Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 97).----------

-- Por el contrario, no adquiere tal carácter cuando el traslado del menor de edad se haya efectuado por vías de hecho, esto es, sin contar con el consentimiento —expreso o tácito— del otro progenitor o con la autorización judicial supletoria, en forma unilateral y sorpresiva; encontrándose en ese caso el primero legitimado para promover la acción de restitución (conf. CCiv. y Com. Azul, Sala I, en causa nº 58476, del 12.11.2013; ILUNDAIN, Mirta, “Responsabilidad parental”, Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, nº
57, p. 305 y ss).----------

--- Así pues, frente a estos supuestos, la “residencia habitual” que determina la competencia judicial no es aquélla en la que el menor de edad se encuentre al momento de plantearse el conflicto, sino la existente antes de producirse el traslado irregular; en tanto ello es lo que marca la interpretación analógica (conf. doct. art. 2 CCCN) que surge de los preceptos contenidos en los convenios internacionales ratificados por nuestro país que fueran citados *supra*, en tanto hacen mención al lugar de “residencia habitual del niño inmediatamente antes de su traslado o retención” como criterio determinante para atribuir la jurisdicción y para determinar la procedencia de la pretensión restitutoria.----------

---------- Debe agregarse, además, que en la cuestión —a la hora de evaluar la modificación de la residencia habitual de los niños a los fines de resolver la competencia— deben tenerse presente las reglas que regulan la cuestión de la responsabilidad parental, siendo que su principio general es que ésta se ejercer plenamente y de manera compartida por ambos padres, incluso en casos de no convivencia de éstos (conf. arts. 638 y 641, inc. b CCCN). El ejercicio de la responsabilidad compartida asume el valor de un compromiso de los dos padres y simboliza el respeto igualitario de la función materna y paterna, contribuyendo con su sola expresión a que ninguno de los progenitores se sienta apartado o excluido (conf. CACR, Sala B, SDF N° 05/2017). Por tanto, la modificación de la residencia de los hijos —más allá que sea a una jurisdicción extranjera o dentro de nuestro país— es un tema que precisa de la conformidad de ambos padres, más allá de su situación personal o de pareja, en tanto en el caso —además— ha existido expresa oposición del padre
(conf. art. 645 CCCN).----------

--- Es relevante en la cuestión, asimismo, que no haya mediado una clara pasividad o conformidad tácita por parte del otro progenitor ante esa modificación unilateral de la residencia, la que no se ha visto reflejada en el presente, atento que el padre ha solicitado de manera razonablemente tempestiva la restitución de los niños, incluso dentro de un proceso se encuentra intentando su revinculación con los niños y el establecimiento de un régimen de comunicación.---------- Tampoco son motivos suficiente las explicaciones dadas por la demandada para proceder a la mudanza de los niños, en tanto tal modificación no pueden vincularse solamente con

cuestiones personales de dicha parte, que no afectan —en principio— directamente a los primeros, ya que si bien toda persona tiene derecho a buscar lo mejor para sí y a radicarse en aquel lugar que considere más adecuado para su desarrollo integral, cuando el ejercicio de ese derecho involucra a los hijos menores de edad, debe prevalecer el interés de éstos por sobre el de los mayores de edad (Cámara Civil de Neuquén, Sala II, D. A. CONTRA T. D. M. M. F. S/TENENCIA", Expte. Nº 41394/9, 16/06/2011, MJ-JU-M-68571-AR | MJJ68571). Así, lo que se procura evitar son los cambios bruscos, apresurados, injustificados, y —sobre todo— inconsultos (conf. ILUNDAIN, Mirta, “Responsabilidad parental”, Revista Derecho de Familia, Revista
Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, nº 57,
p. 305 y ss).----------

--- Es dable reflexionar, también en esta línea, que los hijos no son una “propiedad” de cualquiera de sus padres, de modo que estos puedan resolver de manera antojadiza sobre su bienestar. Ello así por el solo hecho que estos no son considerados como un “objeto”, sino como plenos sujetos de derecho, de especial tutela constitucional. Más aún, el niño, niña o adolescente “es un ser humano especialmente frágil, con toda la vida por delante, al que debe evitarse cualquier situación que pueda traumatizarle, o simplemente a condicionarle en un futuro” (esta Sala, SDF N° 06/2015, con cita a Nieva Fenolli, Jordi. “La declaración de niños en calidad de partes o testigos”, en “Revista de Derecho Procesal”, tomo 2012-1, Ed. Rubinzal Culzoni, 2012, p. 552). Es por ello que “el cambio terminológico de "patria potestad" por la de "responsabilidad parental", se ha realizado de conformidad con el artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que alude, en primer término, a las "responsabilidades" de los padres, y el artículo 7° de la ley 26.061, que se refiere a la "responsabilidad familiar". Se ha sostenido que ello, no implica un simple reemplazo nominal, sino una transformación de fondo en la relación entre padres e hijos y, consigo, los fines y alcances de la institución en análisis. El obsoleto concepto de patria potestad llevaba ínsita la idea de los hijos como objeto de protección y no como sujetos de derecho en desarrollo. Ello, sin dejar de tener en cuenta el vínculo verticalista o de poder de los padres sobre los hijos en el marco de aquella "patria potestad" que no se estrecha con la concepción de los niños como sujetos plenos de derechos” (conf. CAPM, SDF N° 05/2016, con cita a “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ricardo Luis Lorenzetti, Miguel F.De Lorenzo, Pablo Lorenzetti-Coordinadores, Tomo IV, Autora: Herrerra, Marisa, pág.264/265).----------

----- Siendo así las cosas, se advierte de la misma presentación de fs. 129/vta., que la parte demandada solicitó la incompetencia del Juzgado de primera instancia de la ciudad de Trelew, en virtud del cambio de residencia de T. y T., sin hacer mención alguna a una conformidad del padre, tácita o expresa, que haya permitido realizar tal alteración. Ello también se advierte de las distintas presentaciones que ha realizado la madre de los niños en el trámite recursivo donde da por consumada la nueva situación de hecho y la pretende justificar en otras cuestiones que no sostienen la modificación unilateral del

centro de vida de aquellos, como —por ejemplo— la cuestión alimentaria. No quedan dudas entonces, por haber sido incluso reconocido por la demandada, que tal decisión trascendental en la vida de los niños ha sido tomada no solo de manera inconsulta sino también intempestiva, ya que la presentación de fs. 129/vta. fue la primera noticia al respecto, dando por hecho la mudanza.---------- Ello, no obstante, tener que advertir que tampoco se demuestra claramente que se haya modificado efectivamente la residencia de los niños, más allá de la mera invocación de la madre, en tanto ésta ha reconocido que cursa la carrera de derecho en la sede Trelew de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de la Patagonia y que T. y T. van a una escuela de esta ciudad (*vide* fs. 201/202), todas circunstancias que permiten presumir al menos que estos viven con su madre en esta ciudad, de lunes a viernes, para trasladarse a Telsen los fines de semana; todo lo cual tampoco habilita la modificación de la competencia.---------- Por tanto, deberá confirmarse la Sentencia Interlocutoria Nro. 08/2018 de fs. 150/151vta., manteniendo la competencia del Juzgado de Familia N° 1 de la ciudad de Trelew.----------

--- Por su parte, en cuanto hace a la restitución cautelar de los niños a la ciudad de Trelew, conforme ha señalado la Sra. Asesora de Familia en su dictamen de fs. 203/vta., la imposibilidad de haber tomado contacto con los niños en esta Alzada, atento la situación denunciada por su madre a fs. 201/202, y a fines de no dilatar aún más la cuestión, se advierte como en el mejor interés de aquellos —tras la resolución sobre la competencia—, remitir las actuaciones al grado a fines que dicho Juzgado tome el debido contacto con T. y T., y se resuelva lo más conveniente en este aspecto sin mayor dilación.----------

Finalmente, debe agregarse un párrafo aparte al inicio por la demandada de distintas actuaciones ante el Juzgado de Familia N° 2 de la ciudad de Puerto Madryn, sin aguardar que se resuelva la petición de incompetencia que la misma presentó en estos actuados a fs. 129/vta., y que guardarían estrecha vinculación entre sí. Incluso, sin poner en conocimiento a aquella Magistrada de esta situación en tanto, conforme manifestó en la audiencia de fs. 203/vta., solo ofreció allí como prueba instrumental la presente, pero sin dar noticia sobre el conflicto de competencia planteado.---------- Por tanto, deberá ponerse en conocimiento de la presente resolución a la Sra. Jueza a cargo del Juzgado de Familia N° 2 de la ciudad de Puerto Madryn a sus efectos, debiendo confeccionarse por Secretaría el oficio pertinente.---------- IV.- En cuanto a las costas, la misma serán impuestas a la demandada. Ello, en tanto, primeramente, se ha dicho que tal imposición no es una cuestión matemática sino que obedece a factores o elementos de juicio mucho más elásticos, en cuyas apreciaciones la ponderación judicial juega un papel preponderante. Así, en cuestiones de derecho de familia no patrimoniales, excluido el divorcio y los reclamos alimentarios, corresponde imponer las costas con fundamento en el principio de la derrota en

aquellos casos en donde la conducta de una de las partes fuera irrazonable, gratuita o injustificada y la consiguiente intervención de la justicia, obviable (conf. CACR, Sala A, SIF N° 300/2014; con citas a CApelCivCom BBlanca, Sala I, 2/5/89, ED 136-522; ídem CNCIV - Tipo de Fallo: Relación - Sala: J - Expte. Nº: J111768 - Fecha: 14-02-2012 - L., J.J. c/ V., A. s/ RÉGIMEN DE VISITAS Roberto Loutayf Ranea, “Condena en costas en el proceso civil”, ed. Astrea, 1998, pág. 450). Por tanto, habiendo sido resuelto que la petición de incompetencia de la demandada, esbozada a fs. 129/vta. ha sido a todas luces infundada e improcedente, deviene necesaria la imposición de costas en su carácter de vencida

(conf. art. 70 CPCC).----------

----- En cuanto hace a los honorarios profesionales, en mérito de la extensión e importancia de las labores desarrolladas, el resultado obtenido en el incidente, así como el carácter con que actuaron, corresponde regular los honorarios de la Dra. Rhona Lloyd y el Dr. Ruy Leandro Sechi Lloyd, letrados patrocinantes del actor, en 11 JUS, en conjunto; mientras que a las Dras. María Elena Echegaray Espejo y Mónica Graciela Moon, letradas apoderadas de la demandada, en 11 JUS, en conjunto, incluyendo el plus procuratorio

(arts. 5, 6, 6 bis, 7, 8, 9, 13 y 32, ley XIII Nro. 4).----------

----- Por ello, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew; **RESUELVE**:----------

---

--- CONFIRMAR la Sentencia Interlocutoria Nro. 08/2018 de fs. 150/151vta. en todo aquello que fuera materia de agravios.----------

----- IMPONER las costas a la demandada vencida.----------

------ REGULAR los honorarios de la Dra. Rhona Lloyd y Dr. Ruy Leandro Sechi Lloyd, en conjunto, en 11 JUS, y los de las Dras. María Elena Echegaray Espejo y Mónica Graciela

Moon, en conjunto, en 11 JUS.----------

----- LIBRAR oficio por Secretaria al Juzgado de Familia N° 2 de la ciudad de Puerto Madryn a los fines de informar el dictado de la presente, agregando copia de la misma.----------

----- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haber coincidencia de opinión y encontrarse vacante la restante vocalía de la Sala (arts. 7º y 8º, ley V nº 17).----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

MARCELO F. PERAL
JUEZ DE CÁMARA

NATALIA I. SPOTURNO
PRESIDENTE

--- REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2018 – SIF - CONSTE.----------

WALTER
CÁMARA

GUILLERMO N. WALTER
SECRETARIO DE CÁMARA