

Salta, 29 de diciembre de 2016

Y VISTOS: Estos autos caratulados: “Z., M. E – Autorización Judicial”, Expte. N° 546.044/16 del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de Personas y Familia 6 ta. Nominación; **Expte. N° 546.044/16 de esta Sala Tercera;** y

_____ **C O N S I D E R A N D O** *La doctora Nelda Villada Valdez,* dijo: I.- Que contra la sentencia de fs. 99/101, a fs. 106 apela el señor J. R. G., con el patrocinio letrado de la doctora Luz del Socorro Moreira. A fs. 112/113 funda el recurso interpuesto. Se agravia en primer lugar por cuanto en el Considerando I del fallo, el sentenciante relata en forma pormenorizada los dichos de la actora, sin atender de la misma manera los hechos invocados por su parte, por lo que –afirma– la Cámara tomará en cuenta la sentencia apelada en la cual nada se dice sobre los argumentos jurídicos y de hecho vertidos por su parte. En segundo lugar, se queja por cuanto en el Considerando II, el Juez asevera que se ha declarado la cuestión de puro derecho, lo que es errado desde que a fs. 89 se revocó por contrario imperio la declaración dispuesta a fs. 87 y en consecuencia, no puede fundar una resolución en una providencia inexistente por su propia revocación. Considera que se debió ordenar la apertura a prueba, lo que trae aparejada una arbitrariedad de gravedad institucional vulnerándose la tutela efectiva de los derechos de la menor. En tercer lugar, repara que el Juez no ha meritado los expedientes conexos dando por cierto que contribuye con una cuota de \$ 800, cuando en realidad en la actualidad paga la suma de \$ 1.600 y sin tener en cuenta que su parte ha desconocido las facturas adjuntadas, no sólo porque en esa época la actora se encontraba en Salta, sino también por contener tachaduras que hacen presumir su falsedad. Sostiene que al haberse dado lugar al cambio de residencia de la menor se ha avalado la conducta de descalificación imputada a su parte en la demanda como también los impedimentos de contacto en perjuicio de la menor, la decisión unilateral de llevarse la niña sin la autorización de su padre y que diera motivo al pedido de restitución. También, se agravia en razón de que el sentenciante entiende que el centro de vida lo constituye el lugar donde la niña recibe estabilidad y contención necesaria, pero no existe una sola prueba que garantice que tal contención sea lograda con el cambio de residencia. Manifiesta

que resulta un perjuicio irreparable la consideración del Juez en ponderar la situación económica de la accionante en desmedro de su parte, vulnerándose el principio de igualdad y del interés familiar. Agrega que lo que se entiende por una adecuada comunicación, no puede representar un fortalecimiento del vínculo paterno filial, sino más bien, una destrucción del mismo. Sostiene que no se cuestiona el derecho de la madre a cambiar de domicilio, pero sí que pueda hacerlo respecto de los hijos menores confiados a su custodia. Por último, se queja porque se autoriza a la menor a trasladarse y residir con su madre sin que se haya abierto a prueba y sin saber cuáles son las condiciones, lugar y modo en que residirá la menor, conceptos que integran el interés superior del niño. Agrega que resulta inexplicable que se establezca una forma de vínculo entre su persona y su hija que nunca puede suplir la presencia y afectividad del vínculo paterno filial. Pide se revoque la sentencia, se ordene la apertura de la causa a prueba como así también las medidas que correspondan a fin de hacer efectivo el resguardo al interés superior de la niña. Corrido traslado, a fs. 118/119 contesta el memorial la señora M. E. Z. por derecho propio, con el patrocinio letrado de la doctora Ana María Carriquirry, solicitando se rechace la apelación. Afirma que los agravios carecen de sustento, siendo infundados y meramente caprichosos. Sostiene que en la audiencia celebrada en autos, las partes estuvieron de acuerdo en que la causa no se abra a prueba. Expresa que el sentenciante protegió a la niña sin perder de vista la estructura familiar y la realidad en concreto de la misma, siendo su madre quien convive con ella, ocupándose de sus necesidades y mejor calidad de vida. A fs. 134/135, la señora Asesora de Incapaces N° 6, doctora Silvia Marcela Ibaguren, manifiesta que debe rechazarse el recurso de apelación desde que el sentenciante realizó una valoración integral y medular del material probatorio en su conjunto, meritando que la madre de la menor estuvo a cargo de su hija brindándole contención familiar, a más de las posibilidades laborales de la progenitora lo que le permitiría brindar una mejor calidad de vida, lo que no implica desmerecer los esfuerzos del progenitor. Agrega que el Juez ponderó que se mantenga una adecuada vinculación entre el padre y la hija, garantizando la comunicación como también se procuró el contacto entre ellos, permaneciendo la menor con su padre en época de vacaciones y estando el costo

del 50 % de los gastos de traslado a cargo de la madre. A fs. 138/140 emite dictamen el señor Fiscal de Cámara Civil y Comercial, quien considera que se pueden rechazar los agravios y confirmar la sentencia. A fs. 141 se llaman autos para sentencia, providencia que se encuentra consentida por las partes. II.- En el sub-lite, la señora M. E. Z. solicita autorización judicial de cambio de residencia de su hija menor de edad a la Provincia de Río Negro, a lo que se opone el recurrente. La sentencia venida en revisión autoriza a la menor a trasladarse y residir con su madre en una localidad de otra Provincia, estableciendo a favor del progenitor no conviviente el derecho a comunicarse con su hija por distintas vías y además, que la niña permanezca junto al padre en la Provincia de Salta, durante el mes de enero y las dos semanas de las vacaciones de julio, quedando como obligación de la madre abonar el 50 % de los costos que implique su traslado y sin perjuicio de las visitas que el apelante pueda realizar personalmente en el lugar de residencia de V. G. G. Z. 1.- Sabido es que la responsabilidad parental es el conjunto de deberes o derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado. Existe una diferencia entre la titularidad de la responsabilidad parental y su ejercicio, la primera de ellas es el conjunto de los derechos y deberes que corresponden a ambos padres; en tanto que el ejercicio es la facultad de actuar concretamente en virtud de esos derechos y deberes y que puede corresponder, según el caso a uno o ambos progenitores. La titularidad es poseída por ambos progenitores, sin que dependa de que los hijos sean matrimoniales o extramatrimoniales, ni de que convivan o no con ellos. El ejercicio supone ámbitos de actuación práctica, delimitados por la ley, que permiten a uno y otro titular o a ambos, desarrollar un conjunto de facultades que la titularidad confiere. Este ejercicio de la responsabilidad parental refiere al actuar de los deberes y derechos de los padres, tanto en los actos cotidianos, como en las decisiones trascendentes del hijo, y corresponde a ambos padres, matrimoniales y extramatrimoniales, convivan o no, con independencia de la residencia diaria del hijo (Nora Lloveras, glosa al artículo 641 en *Tratado de Derecho de Familia*, dirigido por Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, tomo IV, p. 45; CApel. CC. Salta, Sala III, tomo

2.016, fl. 559/566). Nuestro sistema legal prevé la necesidad del consentimiento de ambos progenitores para el supuesto –entre otros– de autorizar al menor “para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero” (artículo 645, inc. c); supuesto éste que no es el caso de autos desde que lo que se pretende es una autorización para trasladar a la menor a otra provincia del país. No obstante, ante la oposición del apelante, la cuestión deberá ser resuelta en sede judicial. El nuevo Código Civil y Comercial tiende a que la no convivencia o el cese de la convivencia, en relación a los hijos, tenga la menor incidencia jurídica posible, y luego, de conceptualizar la responsabilidad parental (artículo 638), en el artículo 639 establece que dicha responsabilidad parental se rige por los principios del interés superior del niño; la autonomía progresiva del hijo y el derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. El interés superior del niño representa un principio de jerarquía constitucional, a partir de la reforma constitucional de 1994. Su importancia y trascendencia jurídica resulta indiscutida en el estado actual de las leyes, así como en la doctrina autoral y jurisprudencial. La Convención Internacional de los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes privados de libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad), son los instrumentos jurídicos que constituyen la llamada Doctrina de las Naciones Unidas de Protección Integral de la Infancia. Estos instrumentos rompieron con el paradigma dominante a lo largo del siglo XX, dejando de considerar al “menor” como objeto de compasión, tutela y represión, y reconociendo a los niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos. Sus lineamientos constituyen un marco renovado, que obliga a repensar y modificar el derecho de menores a la luz de estas nuevas fuentes normativas. De estos instrumentos, y de otros como la Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración de los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención para la Prevención y Sanción

del Delito de Genocidio, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y de las “leyes que por debajo de ese techo se encuentran vigentes”, surgen normas que receptan, para resolver conflictos en los que los niños se vean involucrados, la consideración primordial del “interés superior del niño”. Así, tan sólo para citar algunos ejemplos, encontramos que en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el artículo 3 establece en el párrafo 1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que atenderá será el interés superior del niño”. Además, el artículo 9 indica: “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...”. En cuanto al interés superior del niño, esta Sala recientemente dijo: “la Corte Federal, refiriéndose al primero de ellos, ha dicho que se intenta que este principio proporcione un parámetro objetivo que permita resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño (CSJN, 2/8/05, S 1801.XXXVIII, “S., C. s/Adopción”, especialmente considerando 5º). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Opinión Consultiva 17 del 28 de agosto de 2002 dijo que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de las normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. De este modo, el principio analizado ostenta un contenido normativo específico que supone que determinados derechos de los niños sean un “interés superior” al contraponerse con otros derechos individuales e intereses colectivos (conf.

Bellof, Deymonnaz, Freedman, Herrera y Terragny, *Convención sobre los Derechos del Niño, comentada, anotada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2012, págs. 37 y 38)” (CApel. CC. Salta, Sala III, tomo 2016, fl. 559/566). También en un precedente de esta Sala, el doctor Marcelo Ramón Domínguez, dijo: “Es una premisa necesaria en la materia el consagrar en los casos traídos a decisión de la judicatura el principio rector reconocido en numerosos precedentes, consistente en el interés superior de los menores. Tal es el criterio que, por lo demás, ha adquirido rango constitucional con la incorporación al texto de la Carta Magna de la Nación (artículo 75, inciso 22, texto según Reforma de 1994), de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 3º lo consagra expresamente (Bidart Campos, Germán *Tratado Elemental de Derechos Constitucional Argentino*, Editar, t. III, págs. 619), en cuanto prescribe que en todas las medidas concernientes a los menores que tomen los tribunales, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño, autor que señala que si bien dicha Convención había sido incorporada al derecho interno antes de la Reforma de 1994, a partir de esta última y mediante su inclusión dentro de la lista de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, se ha elevado al vértice de nuestro ordenamiento en el mismo nivel de la Constitución. Ello no sólo implica el reconocimiento por parte del Estado de los derechos enumerados en la Ley Fundamental, sino que genera la obligación hacia éste de no dictar normas que la contradigan, de no aplicar disposiciones violatorias de la Convención, ni omitir su cumplimiento, y por último, de adecuar su derecho interno infraconstitucional a sus postulados. El juez, entonces, al decidir el régimen de visitas tiene un imperativo categórico; en todos los casos, debe valorar el interés superior del menor. Este mandato supedita cualquier interés individual, y se traduce en la protección y defensa de sus derechos que relegan en una medida razonable los de los mayores. En función de ello, y habiendo las partes tenido la oportunidad de efectuar sus planteos, como de hecho lo hicieron, en defensa de las posiciones que respectivamente mantienen, debe despojarse al juicio de toda concepción ritualista que implique desconocer que el menor es el destinatario final de la sentencia (CApel. CC. Salta, Sala III, tomo 2007, fº 466)” (CApel. CC. Salta, Sala III, tomo 2014, fl.

483/486). La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando refiere al interés superior del niño, señala que debe entenderse como la máxima satisfacción, integral y simultánea de derechos y garantías reconocidos en la ley (CSJN, 26/03/2008, “A., M. S.”, DJ, 2008-2-772). Y, en su artículo 1º, establece que los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño; en el artículo 3, dispone que “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”, señalando "Cuando existan conflictos entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros". A su vez, el artículo 33 de nuestra Constitución Provincial establece que el Estado asegura la protección de la infancia, cubriendo sus necesidades afectivas, ambientales, de educación, salud, alimentación y recreación. Por su parte, el artículo 706, inc. c) del Código Civil y Comercial dispone que “la decisión que se dicte en un proceso en están involucrados niños, niñas y adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas”. Vale decir que tal sería la pauta que debe observar el juzgador, en cada caso, valorando los derechos y garantías que se hallan en juego específicamente y decidiendo cuál de ellos deberá prevalecer para integrar el principio bajo análisis. Principio éste que no solamente resulta aplicable a las cuestiones de fondo que atañen a la niñez sino que también irradia sus efectos a las cuestiones formales y de procedimiento. 2.- En el caso de autos, resulta evidente que la relación entre los progenitores de la menor -cuya autorización para vivir fuera de esta Provincia se procura- se ha transformado en una relación conflictiva, prueba de ello son los diversos procesos judiciales en los cuales están involucrados. Las partes han convenido en los autos caratulados “G., J. R. vs. Z., M. A.- Régimen de Visitas”- Expte. N° 473.169/14, que la tenencia de la menor sería detentada por su madre, acordando un régimen de visitas limitado a dos días de la semana y fines de semana de por medio, acuerdo que fuera presentado en el proceso el día 11 de diciembre de 2.014 (cf. cargo de fs. 30) y homologado a fs. 40/41 en fecha 18 de marzo de 2.015. Si bien el apelante aduce que la accionante

no cumplía con lo convenido, esto no es materia de controversia en este proceso, a más que de las pruebas documentales aportadas no surge que la accionante haya impedido en forma constante el vínculo entre el progenitor y su hija. Tampoco se han invocado causales que pongan en duda el desempeño de la progenitora en el cuidado de la menor y si bien al contestar la demanda, el apelante aduce haber iniciado una demanda de Cuidado Personal Compartido, que tramitaría por Expte. N° 549.200/16, el mismo no se encuentra reservado en Secretaría, por lo que se desconocen los motivos por los cuales se pretende modificar lo convenido originariamente. Decidir si se concede o no la autorización para el traslado de la menor junto a su madre, sin duda se trata de una cuestión que no resulta fácil de decidir, desde que entran en juego por un lado los derechos de la madre de poder acceder a un trabajo que le proporcionará una mejor situación económica y por otro lado, el derecho del padre a mantener un contacto fluido con su hija; pero, por encima de los intereses de los progenitores, están los intereses de la niña que constituyen un supremo interés. El señor Juez de primera instancia ha fundado su decisión teniendo en cuenta el interés superior de la menor, valorando lo acordado entre las partes en cuanto a la custodia otorgada a la madre, como así también la conducta de ésta al haber trasladado a la niña sin el previo consentimiento del apelante conforme fuera convenido. Y, sobretodo meritó lo expresado por la menor en la audiencia que da cuenta el Acta reservada en Expte. N° 538.533/15, en la cual manifestó su deseo de vivir con su madre y que le gusta el lugar de su nueva residencia en donde estaba con unos amiguitos, cumplimentándose, así, con el tercer principio contenido en el artículo 639 que es el derecho del niño a ser oído, derecho personalísimo, que constituye una garantía sustancial que fluye de su consideración como sujeto y no mero objeto de derecho y, en consecuencia, la voz del niño no puede ser reemplazada por la de sus representantes legales o promiscuos (conf. Cárdenas, Cimadoro, Hersovici y Montes, *La escucha del niño en el proceso judicial de familia*, La Ley, 2007-B-1132). Asimismo, se tuvo en cuenta otras circunstancias como la edad de la menor, el hecho de que la misma siempre ha vivido con la accionante y la posibilidad de la madre de acceder a un trabajo que le permitirá brindar una mejor calidad de vida a su hija, concluyendo que el cambio de residencia resulta

beneficioso para V. G. G. Z. En rigor de verdad, las razones invocadas por el apelante para oponerse al traslado de la menor se limitan a la imposibilidad de tener un contacto personal con su hija, con quien habría desarrollado un vínculo filial fuerte, lo que emerge también de lo expresado por la menor, quien en la audiencia manifestó extrañar a su papá y que él y su abuela son buenitos. No cabe duda que el traslado de la menor, no solamente puede haber llevado a la niña a extrañar a su padre, sino también a la familia materna, vecinos, amigos, etc., a todo el entorno en el que creció. Pero, tampoco puede perderse de vista el hecho de que la menor ha expresado que le gustó el lugar, a más de permanecer con su madre con quien estuvo siempre desde que nació. Además, debe ponerse de resalto que desde el dictado del fallo hasta el momento de este pronunciamiento, el apelante no ha denunciado la existencia de hechos o circunstancias que puedan haber tornado inconveniente o que se haya producido algún perjuicio a la menor. Por otra parte, el Juez ha tenido en consideración el artículo 652 del Código Civil y Comercial que sienta el derecho y el deber del progenitor a quien no le ha sido atribuido el cuidado, a tener fluida comunicación con el hijo, disponiendo no sólo el derecho a comunicarse por distintas vías, sino que también ordenó que la niña permanezca todo el mes de enero y las dos semanas de vacaciones de invierno junto al padre en esta Provincia, imponiendo a la madre la obligación de abonar el 50 % de los costos que implique su traslado, todo ello sin perjuicio de las visitas que el padre pueda realizar personalmente en el lugar de residencia de la menor. Cabe destacar que el hecho de que el apelante pague una cuota alimentaria, el monto de la misma no incide en el resultado de la controversia, desde que el hecho de otorgar alimentos no es sino el cumplimiento de una obligación legal que emerge de su responsabilidad parental. Tampoco puede considerarse que el hecho de autorizar el traslado de la menor implique avalar la conducta de la progenitora al haber trasladado a la menor a otra provincia, sin la autorización de su padre desde que tal comportamiento ya ha sido meritado en el Expte. N° 538.583/15, en el cual se dispuso que la niña regrese a esta ciudad. Ni mucho menos significa avalar los supuestos impedimentos de contacto invocados por el apelante ya que ello no constituye el objeto del presente proceso. Siendo que lo decidido en la sentencia

apelada resulta beneficioso para la niña, sin que los argumentos esgrimidos por el apelante lleguen a conmover los fundamentos dados por el señor Juez de Primera Instancia, los agravios formulados no resultan atendibles. 3.- En cuanto al primer agravio que el recurrente sustenta en el hecho de que el sentenciante no ha transcrito los hechos y el derecho argumentado por su parte, carece de todo andamiaje desde que de la lectura del fallo surge que el Juez ha mencionado la relación sucinta de las cuestiones que constituye el objeto del juicio, meritando la materia controvertida y valorando todas las circunstancias necesarias para decidir sobre la procedencia de la pretensión deducida. A más, de que el Tribunal de Alzada, si bien se encuentra limitado por la materia que ha sido objeto de agravio, ello no le impide examinar las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia, obviamente dentro de los límites de los puntos objetados. 4.- Con respecto a que el Juez ha consignado en la sentencia que a fs. 87 se ha declarado la cuestión de puro derecho, si bien a fs. 89 se ha revocado dicha declaración, tal decisión fue dictada de oficio por el Juzgado, sin que el apelante haya interpuesto recurso alguno contra dicha providencia. Además, tampoco el apelante ha solicitado ni en la audiencia celebrada a fs. 86 ni a posteriori que se provea la prueba ofrecida por su parte, lo que recién peticiona en esta instancia al formular el memorial, lo que resulta improcedente, y ello en razón de resultar necesario que la providencia cuestionada sea impugnada en tiempo oportuno; de lo contrario por aplicación del principio de preclusión, el asunto queda consentido y concluido. En este sentido, esta Sala en forma reiterada ha dicho: “Como enseña Chiovenda todo juicio, cual más cual menos (*Instituciones*, tomo III, pág. 277), para asegurar la precisión y la rapidez en el desenvolvimiento de los actos judiciales, pone vallas al ejercicio de ciertas facultades procesales, con la consecuencia siguiente: fuera de esos límites esas facultades ya no pueden ejercitarse. Por lo tanto, al impedirse a un litigante la renovación de una cuestión ya decidida y firme, se suele sostener que resulta improcedente por haberse operado la preclusión (Cám. Nac. Civ. Sala F, en L.L. 1977-A-541 y CApel. CC. Salta, Sala III, t. 1994, fº 222, íd. 1995, fº 314, íd. íd. t. 1999, fº 549, íd. íd. t. 2004, fº 820) Y las normas y principios que vedan reeditar etapas procesales precluidas son de orden público. La estabilidad

de las etapas procesales cumplidas así como la de las decisiones jurisdiccionales, en la medida que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica es también exigencia de orden público y posee jerarquía constitucional (Cf. CSJN Rev. La Ley, 1981-C-667-J, Agrup. Caso. 4407) ... Y, si una decisión no mereció recurso alguno, por lo que se encuentra firme, no resulta admisible un planteo posterior que pretende reeditarla. Se lo impide la preclusión que veda dentro de un proceso el regreso a etapas o momentos ya extinguidos o consumados (Fenochietto-Arazi, *Código Procesal Comentado*, Bs. As., Astrea, tomo I, año 1987, págs. 512 y 513 y CApel. C.C. Salta, Sala III, t. 1993, fº 371; id. id. tomo 2013, fl. 727/731; id. id. tomo 2014, fl. 125/128). Por otra parte, tampoco el apelante invoca las razones por las cuales de producirse las pruebas ofrecidas en primera instancia –cuya producción no ha instado oportunamente– podrían llegar a modificar lo decidido en la sentencia apelada. 5.- Por último y con respecto de la petición formulada por el recurrente a efectos de que se ordenen las medidas que correspondan a fin de hacer efectivo el resguardo al interés Superior del Niño, tal petición no ha sido invocada ni en la contestación de demanda ni en la audiencia celebrada a fs. 86, por lo que no corresponde pronunciamiento alguno al respecto. Y ello por cuanto la doble instancia no importa un nuevo juicio, no resultando procedente admitir nuevas pretensiones o defensas que no han sido alegadas en primera instancia desde que ello vulneraría tanto el derecho de defensa en juicio como el principio de congruencia. Y conforme a lo dispuesto por el artículo 271 del Código Procesal Civil, “el tribunal de segunda instancia no puede conocer aquellas cuestiones que no hubiesen sido sometidas a conocimiento de la instancia anterior...” (Roberto Loutayf Ranea, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Editorial Astrea, año 1.989, t. I, p. 77); en este mismo sentido, Arazi dice “la Cámara no realiza un nuevo juicio...no pudiendo pronunciarse más allá de lo peticionado por las partes en sus escritos introductorios que hayan sido propuestos a la decisión del juez de primera instancia; este es el significado del viejo aforismo *tantum appellatum quantum devolutum*, toda vez que la inobservancia de esta regla por parte de la cámara importará el dictado de un fallo violatorio del principio de congruencia” (Rojas – Arazi, *Código Procesal Civil y Comercial de*

la Nación, Rubinzal Culzoni Editores, año 2.007, t. I, p. 1009) (CApel. CC. Salta, Sala III, tomo 2.013, fl. 605/608). En virtud de lo expuesto, voto por rechazar el recurso de apelación interpuesto por el demandado. III.- Las costas se imponen al perdedor por resultar vencido (artículo 67 del Código Procesal Civil). **El doctor Marcelo Ramón Domínguez**, dijo: Integrando la Sala Tercera con el Dr. Roberto Loutayf Ranea, en la causa “Ch.M.G. -Autorización judicial” (CApel.CC. Salta, Sala III, año 2001, f° 153/163, del 23 de marzo de 2001), si bien durante la vigencia del Código de Vélez, pero en una situación en cierto modo similar a la presente, reparaba, con cita de doctrina, que “La regulación jurídica de los menores de edad, debe distinguirse de la destinada a la persona adulta, porque los principios tutelares a que debe responder imponen la separación. Cabe, en consecuencia, concluir que existe un *verdadero estado de minoridad* ya que la legislación vigente tiene que tomar en cuenta *la condición de menor para consagrar un plexo normativo de índole protectoria* en tanto así lo requiere la especificidad del sujeto. Los elementos e instituciones de *tutela jurídica al menor tienen como fundamento su condición de persona en formación*, cuyo incompleto desarrollo requiere el resguardo por parte de los responsables directos o por medio de la intervención concurrente o supletoria de los organismos del Estado señalados a tal fin. Todo ello importa el funcionamiento orgánico y sistemático de un complejo legal distinto a su respecto. Lo antes dicho justifica que *en la actualidad pueda hablarse, con propiedad, de un derecho de menores, dado por el conjunto de reglas e instituciones ideadas con fines de protección al menor* o, en otras palabras, que tienen por objeto reglar la actividad comunitaria en relación al mismo. Dijo Sajón (*Derecho de menores*, Abeledo Perrot, Bs. As. 1995, pág. 17) que es una rama del derecho que regula la protección integral del menor para favorecer, en la medida de lo posible, el mejor desarrollo de la personalidad del mismo y para integrarlo, cuando llegue a su capacidad plena, en las mejores aptitudes físicas, intelectuales, emotivas y morales, a la vida social normal. Según este autor, es un nuevo derecho en el que se dan presupuestos filosóficos y sociológicos, aún cuando pueda precisarse que existen otros aspectos a considerar que permiten hablar de una suerte de abordaje multidimensional, interdisciplinario y transdisciplinario en la materia. En suma,

de lo que se trata es de advertir que *existe un interés de la sociedad de que el menor nazca, crezca y se desarrolle normalmente y llegue a la mayoría de edad en la plenitud de sus posibilidades físicas, mentales y espirituales*. Al respecto, doctrina y jurisprudencia han reiterado que el interés de los menores es el criterio que debe presidir la atribución de la guarda por el juez (J. Cafferata: *La Guarda de Menores* Bs.As. Astrea, 1978, pág. 40; Borda: *Familia*, Bs.As. Perrot, 1973, t. II, pág. 245; CNCiv. Sala A, E.D. 84-569; C. Apel. Salta, Sala III, año 1981, f° 339 y año 2000, f° 588). En la materia debe prevalecer, como factor decisivo de toda resolución judicial, el interés material y moral de los menores, sobre cualquier otra circunstancia que pueda concurrir, sin que el padre o la madre puedan alegar preferente derecho a tenerlos. Ello, sin perjuicio de que se contemplen los intereses y afectos de los progenitores en cuanto no se opongan al de los hijos (C.N.Civ. Sala D, en L.L. 1980-C-18). Destaca Gowland (*Tenencia de Hijos: Criterios de Atribución* en L.L. 1984-C-928) que existen ciertos principios que deben tenerse siempre en cuenta: 1°) *Las decisiones en la materia no causan estado*, se dictan “rebus sic stantibus” es decir mientras se mantengan las circunstancias bajo las cuales fueron dispuestas. 2°) *Los conflictos de tenencia se deciden siempre en concreto, en base a las circunstancias del caso*. 3°) *El criterio rector en la materia es el llamado “bien entendido interés del menor”* (CApel. Salta, Sala III, año 1999, f° 157). Es decir, en la elección del progenitor que presente mayor idoneidad para tener a los hijos se debe tener por norte el interés prioritario del menor, al ser la directiva esencial para la atribución de su tenencia, y sin perjuicio de destacar la nota de provisoriedad de la sentencia sobre el tema (CApel. Salta, Sala III, año 1994, f° 108), pues lo resuelto no implica de ninguna forma su irrevocabilidad, al no causar estado (C.N.Civ. Sala C, en L.L. 86-343); los alcances normales de la cosa juzgada no funcionan para la tenencia de menores (CApel. Salta, Sala III año 1995, f° 336; id. id. año 2000, f° 192)”.__

Dije también en el precedente que tal principio se encuentra asimismo consagrado en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño que fuera aprobada mediante la sanción de la Ley 23.849 (EDLA 1990-203), cuyo rango constitucional resulta incuestionable a la luz de lo normado por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución de la Nación, en cuanto prescribe que en todas las

medidas concernientes a los menores que tomen los tribunales, una consideración primordial a que se atenderá será “el interés superior del niño”. Bidart Campos (*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, t. III, págs. 619 y ss.) señala que si bien dicha Convención había sido incorporada al derecho interno antes de la Reforma de 1994, a partir de esta última y mediante su inclusión dentro de la lista de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, “se ha elevado al vértice de nuestro ordenamiento en el mismo nivel de la Constitución”. Ello no sólo implica el reconocimiento por parte del Estado de los derechos en la misma enumerados, sino que genera la obligación hacia éste de no dictar normas que la contradigan, de no aplicar disposiciones violatorias de la Convención, ni omitir su cumplimiento, y por último, de adecuar su derecho interno infraconstitucional a sus postulados. Puede concluirse entonces al respecto que tanto la Convención de los Derechos del Niño como las normas internas referidas al ejercicio de la autoridad parental, reconocen expresamente la función de los padres como agentes primordiales de la socialización del niño, esto es en su crianza y desarrollo”. Agregaba luego que “no se trata sólo de asegurar la satisfacción espiritual del padre a través de su comunicación con el hijo, sino de tutelar el derecho de éste a mantener esa comunicación con aquél, indispensable para su buena formación. Más aún, la norma en cita alude al derecho del padre que no tiene la tenencia del hijo de “supervisar su educación”, concepto que debe ser entendido en sentido amplio, referido a la educación integral del menor (CNCiv. Sala A en J.A. 1958-I-66; SCBA, en L.L. 147-546). Es que si bien todo lo que hace a la educación es una responsabilidad que pesa primordialmente sobre el cónyuge a quien se otorga la tenencia, la norma destaca el derecho y el deber del otro de no desvincularse en esa tarea de orientación y formación del hijo. La norma significa, pues, que ese progenitor ejerce un control del modo en que el otro conduce la formación y educación del niño. Sin dudas que el traslado de la niña a la Provincia de Río Negro afecta la adecuada comunicación del padre con la misma, cuanto asimismo minimizará el derecho de éste de supervisar su educación, por lo que una solicitud como la decidida exige un prudente e integral análisis de las circunstancias que rodean el caso. La opinión del menor, en edad de emitirla, me

parece, a este respecto, un elemento decisorio fundamental. Es menester tener en cuenta que todo traslado discontinúa la relación tanto con el progenitor con el que no convive como con el resto de su grupo familiar y social. Y en autos, la niña ha sido oída, tal como consta en acta reservada en Secretaría que tengo a la vista, evidenciando la buena relación que mantiene con su padre. También es cierto que la comunicación en estos tiempos se ve facilitada por las ventajas que brinda internet. Por ello, y por coincidir en el encuadre jurídico hecho en su bien fundado voto por la señora Jueza de Cámara preopinante, en tanto consulta con precisión los antecedentes de la causa, voto en igual sentido en orden al rechazo del recurso intentado. Por lo que resulta del acuerdo que antecede, **LA SALA TERCERA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SALTA,**

I.- **NO HACE LUGAR** al recurso de apelación interpuesto, a fs. 106 por el demandado. **CON COSTAS.**

II.- **CÓPIESE**, regístrese, notifíquese y **REMÍTASE.**