

\_\_\_\_\_ Salta, 20 de septiembre de 2017.- \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados “V., I. I. vs. H. A, F. S. - CUIDADO PERSONAL DE HIJOS” - Expte. N° 375278/11 del Juzgado de 1° Instancia en lo Civil de Personas y Familia 1° Nominación; **Expte. N° 375278/11 de Sala**, y \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **C O N S I D E R A N D O** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ I. La señora Defensora Oficial N° 9 Dra. Ruth Guzmán de Genovese, apoderada del actor, interpuso a fs. 230 recurso de apelación en contra de la sentencia de fs. 207/208vta., que dispuso otorgar el cuidado personal compartido de J.I.V. DNI N° 45.598.727 bajo la modalidad indistinta a ambos padres, y estableció el centro de vida del niño junto a su madre, con costas por el orden causado. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Funda el recurso (memorial de fs. 243 y vta.) diciendo que agravia a su mandante que la sentencia haya establecido como centro de vida del niño junto a su madre y no a su padre. Señala que el niño nació en esta Provincia de Salta y que ésta fue su centro de vida hasta el año 2014 en que la madre solicitó en audiencia la tenencia provisoria, -sin que estuviera presente su representado aclara- para trasladarse a la Provincia de Tucumán. Afirma que la señora H. -madre del menor- manifestó que sus deseos de ir a residir a la Provincia de Tucumán se debió a que el padre no cumplía con la cuota alimentaria, cuando en realidad -alega- sus deseos eran retomar a aquella Provincia de donde es oriunda para residir junto a su familia, sin importarle que alejaría al hijo de su padre y del centro de vida en donde creció. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Sostiene que la custodia compartida permite al niño mantener un estrecho vínculo con ambos padres y promueve su participación activa en las funciones de educación, amparo y asistencia. Agrega que se atenúa el sentimiento de pérdida padecido por el hijo e incentiva a ambos padres a no desentenderse de las necesidades del niño en cuanto posibilita su convivencia con los dos. Sin embargo, sostiene que en este caso al haberse establecido como centro de vida el de la madre se está menoscabando a su representado y a su hijo de gozar plenamente de todos los beneficios que tiene esta figura legal. Considera también, que el objeto de esta modalidad de cuidado es

mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de manera regular, situación que en el caso no se está dando, debido a que la demandada se llevó a vivir el niño a otra provincia. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Indica que la señora Juez al fallar, no tuvo en consideración que la madre deliberadamente no respetó el centro de vida de su hijo. Agrega que, sin ninguna justificación razonable y vulnerando el interés superior del niño, sin importarle la permanencia del contacto con su padre, su familia paterna, amigos y afectos en general modificó la situación familiar existente. Concluye que toda modificación en las condiciones de vida de un niño, cuando de cuidado personal se trate, debe encontrar su legal justificación en la falta de idoneidad de quien la ejerce, o bien cuando la convivencia con uno de ellos consulta su mejor interés. Solicita se mantenga la modalidad de cuidado personal otorgada pero estableciendo que el centro de vida del niño sea junto a su padre. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Contesta el traslado conferido la señora Defensora Oficial N° 2, en el carácter de apoderada de la demandada, señora F. H. solicitando se rechace el recurso. Sostiene que la sentencia es justa, que no existen sólidos argumentos que indiquen que deba ser revocada, sino un mero descontento por parte del actor. Señala que es imposible modificar el centro de vida de J. si causarle un evidente perjuicio al niño, y que si bien éste pudo haber nacido en Salta y crecido durante su primera infancia, hace más de 3 años que vive en la Provincia de Tucumán, donde -actualmente con 13 años- reside felizmente junto a su madre y familia materna y es el centro que debe respetarse porque es la decisión que consulta su superior interés. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En cuanto al agravio referido a que los beneficios de la modalidad otorgada en esta situación no se estarían verificando porque la madre se llevó al niño a vivir a otra provincia, refiere que la sentencia en crisis no causa ningún perjuicio al apelante ni mengua sus derechos, pues le caben los mismos que a la madre, siendo que lo que lo disgusta es que deberá trasladarse a la ciudad de Tucumán para compartir tiempo con su hijo. Finaliza diciendo, que el apelante niega la realidad reconocida en la sentencia en crisis y los deseos de su propio hijo que expresó en dos oportunidades que prefiere residir

junto a la madre. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 251 contesta la vista conferida la señora Asesora de Incapaces N° 8 y a fs. 253/254 lo hace el señor Fiscal de Cámara, concluyendo ambos dictámenes en el sentido de rechazar el recuso \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por providencia firme de fs. 255 se llama autos para sentencia. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ II. La cuestión de fondo traída a conocimiento del Tribunal se centra en el establecimiento del centro de vida del adolescente J.I.V. junto a su madre en la Provincia de Tucumán, lo que afectaría el ejercicio pleno del cuidado compartido en modalidad indistinta por parte del progenitor apelante. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Es sabido que con la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial sancionado mediante Ley N° 26.994, ha operado una reforma sustancial en el Derecho de Familia, cuya incidencia se extiende notablemente al ámbito de la responsabilidad parental y sus efectos. Así, el cuidado compartido por los progenitores -que otrora fuera considerado de manera excepcional-, actualmente constituye la principal modalidad del régimen de parentalidad en casos de progenitores no convivientes (art. 650 del CCCN). \_

\_\_\_\_\_ Sentado lo cual, y siendo éste el criterio adoptado por el fallo en crisis, lo que por otro lado, ha sido expresamente solicitado por el actor en su demanda, cabe examinar la injerencia que tiene haberse establecido como centro de vida del adolescente, el domicilio actual en la Provincia de Tucumán a los efectos del ejercicio del cuidado parental decidido. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ El “centro de vida” ha sido finalmente consagrado por el nuevo código como el elemento determinante de la competencia en los asuntos que refieran o afecten directamente a los Niños, Niñas y Adolescentes (en adelante NNyA). Ello así, en tanto es la solución que mejor armoniza con el interés superior de éstos -principio insoslayable en la materia- y permite además, el pleno ejercicio de otros principios igualmente receptados como el de tutela judicial efectiva, inmediatez, el derecho a ser oído, entre otros (art. 706,707, 716 del CCCN). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por otro lado, la Ley N° 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes conceptualiza el término “centro de vida” estableciendo a tales efectos que es “el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen

transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia” (inciso f) del artículo 3º). Por su parte, el Decreto N° 415/06 que reglamenta esta ley, dispone que el alcance de esta norma se interpretará de manera armónica con la definición de "residencia habitual" contenida en los tratados internacionales ratificados por nuestro país en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad. Con ello tenemos que los Instrumentos Internacionales suscriptos (Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y el Convenio Bilateral sobre Protección Internacional de Menores), coinciden en el empleo del término residencia habitual como sinónimo de centro de vida. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Marisa Herrera apunta que el “centro de vida” es un concepto de orden sociológico donde reviste singular importancia el lugar donde hubiese desarrollado los vínculos afectivos, sociales, educativos y culturales esenciales para la definición de su personalidad, el lugar del último domicilio en común con sus padres, o aquel donde se conservan gran parte de sus afectos. La residencia habitual no es un concepto jurídico, sino una cuestión de hecho, y en eso coinciden con el centro de vida, al que, además, integra. Por eso se deberá considerar el lugar donde la persona menor de edad desarrolla sus actividades, donde está establecida con cierto grado de permanencia, despliega vivencias y mantiene relaciones interpersonales. Alude al centro de gravedad, pero la diferencia reposa en que para hablar de centro de vida se requiere, además, que en él haya transcurrido en condiciones legítimas una buena porción de su existencia, cuestión que comprende el despliegue más amplio posible de construcciones vitales, seguridad, anclaje y cotidianeidad. Es, en definitiva, la vinculación del lugar con los seres y cosas que conforman su mundo real y emocional (Código Civil y Comercial Comentado del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Tomo II, Pág. 570/571). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Para considerar en definitiva cuál es el centro de vida en el caso particular, debe establecerse su integración inmediata con el principio de Superior Interés del Niño. En este sentido, la Convención sobre los Derechos de Niños Niñas y Adolescentes (CDNNyA) consagra una regla constitucional

que resulta aplicable durante el curso el proceso, pues prescribe que 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 se atenderá será el interés superior del niño (art. 3.1). La CSJN (Fallos: 328:2870), tiene dicho que la regla del artículo 3.1 de la CDN que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto (CApelCCSalta, sala IV, tº XXXVIII-I, fº 632)\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ III. Antecedentes: Examinando los antecedentes de la causa, se advierte que el señor I. I. V. promovió demanda de tenencia compartida en el año 2011 -es decir estando aún vigente el Código Civil de Vélez-, respecto de su hijo J.I.V. para aquel entonces, de 7 años de edad. Concurrentemente, petitionó como medida cautelar que se intime a la madre de abstenerse de modificar el domicilio real y legal del niño ante la presunta voluntad de la misma de trasladarse a la Provincia de Tucumán con el niño. Con fecha 15/5/2012 -fs. 22- se llevó a cabo la primer audiencia de conciliación ordenada sin que la partes arribaran a ningún acuerdo, no obstante lo cual, se dispuso una prórroga a los efectos de trabajar en el avenimiento, para el día 6/6/2012. A fs. 25vta. obra constancia de la reserva por Secretaría del acta de audiencia con el J.I.V., la que fuera impugnada por la demandada a fs. 27/28. El día 4/10/2012 tuvo lugar una nueva audiencia de conciliación entre las partes junto al niño en la que tampoco logró acordarse el cuidado sobre éste, con lo que, contestada la demanda -fs. 42/43-, la causa fue abierta a prueba -providencia de fs. 44-\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Habiendo transcurrido más de un año, en el mes de septiembre de 2014 el actor solicita se ordene la medida cautelar petitionada antes sospechas de

que la madre se llevaría al niño hacia la Provincia de la que es oriunda. Del pedido efectuado se corrió vista a la señora Asesora de Incapaces, quien atento el tiempo transcurrido, solicitó se celebre nueva audiencia (fs. 65). A fs. 67 la apoderada de la accionada denuncia como nuevo domicilio de su mandante la Localidad de El Manantial en la Provincia de Tucumán. A fs. 69/92 vta. obran constancias incorporadas de la acción de habeas corpus iniciada por el actor con resultado negativo. En la audiencia llevada a cabo el 9/12/2014 la demandada expone que se trasladó a la referida provincia por razones económicas y que tuvo que solicitar ayuda a sus progenitores ante la falta de asistencia alimentaria del actor. Atento el nuevo centro de vida del niño denunciado, se corrió vista a la Fiscalía a los efectos de que se expidiese sobre la competencia del Juzgado interviniente. Conforme el dictamen de la señora Fiscal, la residencia de J.I.V fijada por la madre en aquel entonces sería “no consentida” o “ilícita”, expidiéndose por la continuidad de la competencia del Juzgado de esta Provincia (fs. 102/103vta.) \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 121/122 se presenta el actor peticionando como medida cautelar la restitución del menor. Con fecha 24/6/2015 se fijó nueva audiencia para el día 7/8/2015 -fs. 126-, la que prorrogada en distintas oportunidades -cfr. fs. 150, 152, 174- se llevó a cabo el día 28/4/2016, manteniendo las partes sus posturas iniciales y labrándose acta de la audiencia privada en la que se escuchó al hijo -a esas alturas, de 12 años de edad-. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Cabe destacar, que rolan agregados por cuerda floja los autos caratulados “V., I. I. vs. H., F. S. - RESTITUCION DE MENORES” Expte. Nº 534577/15, iniciado por el actor en estos obrados con fecha 4/11/2015, el que quedó supeditado a las resultas de la audiencia antes mencionada conforme providencia de fs. 28 de aquellas actuaciones. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 193 la Asesora de Incapaces se expide por otorgar a la demandada el cuidado personal unilateral. Finalmente, se dicta sentencia rechazando la demanda -de cuidado personal compartido conforme adecuación a la normativa vigente -cfr. fs. 142- pero paradójicamente disponiendo otorgarlo a ambos progenitores en la modalidad indistinta y estableciendo el centro de vida del menor junto a su madre en la Provincia de

Tucumán (fs. 207/209 vta.) \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ IV. Ingresando en el examen de los agravios deducidos, se advierte que, aun pese a compartirse el argumento emitido por la Fiscal en cuanto a que la residencia en la Provincia de Tucumán no sería lícita -fs. 102/103vta.-, lo cierto es, que el J.I.V. consolidó durante todo el tiempo transcurrido desde el traslado en el año 2014 su centro de vida allí, el que a estas alturas en el que se haya el proceso, se hace imposible revertir sin provocarle un menoscabo. En efecto, sin soslayar el alto grado de conflictividad generado por el cambio de domicilio perpetrado de manera ilegítima por la madre, cabe considerar que el adolescente ha expresado su voluntad de vivir con ella y que se siente bien en el lugar donde reside (cfr. Acta privada del 28/4/2016). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ De esta manera, resulta aplicable lo dispuesto en la CDNNyA en cuanto al derecho que tienen no solo de ser oídos, sino de que su opinión sea tenida en cuenta de acuerdo a la edad y grado de madurez (art. 12). El CCCN, siguiendo el paradigma de protección de los derechos humanos en el derecho de familia, lo consagra específicamente en el art. 707 de acuerdo con principio de la autonomía progresiva. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ La CDNNyA prescribe que los Estados Partes velarán por que 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. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo... cuando éstos (los padres) viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. En el caso de autos, no puede sostenerse que la determinación del centro de vida efectuada en el fallo resulte arbitraria por no haber considerado la Juez a quo las condiciones ilegítimas del traslado, como pretende el impugnante. Lo que fue meritado -y así correspondía que se hiciese- es el interés superior de J.I.V. en su deseo de continuar viviendo junto a su madre y en la Provincia de Tucumán, preservando el centro de vida construido a los largo de estos años. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ V. De los agravios expuestos por el recurrente no se advierte

elementos de permitan avizorar cual sería la conveniencia para el adolescente en modificar tal situación de hecho, como tampoco se avizora que el cambio solicitado tienda a evitarle algún perjuicio. Éstos se centran principalmente, en la afectación sufrida por el padre que deberá ejercer sus obligaciones pese a la distancia. Y es que la responsabilidad parental, materializada en el sub lite con el cuidado personal dispuesto, es nuevamente atravesada por el interés superior de J.I.V., en cuyo beneficio se ha dispuesto. Es decir, el fallo reconoce y respeta el derecho de los progenitores a cuidar y definir la crianza y el desarrollo del niño, pero atiende principalmente su interés superior al establecer como centro de vida el que ya detenta (art. 18 CDNNyA, art. 638, 639 y 707 del CCCN).

Con todo ello, se comparte el dictamen dado por el señor Fiscal de Cámara en cuanto a que el apelante no se hizo cargo de lo argumentado en el fallo respecto de la conveniencia material y moral y que el interés del adolescente debe prevalecer sobre cualquier otra circunstancia que pueda concurrir en el caso, ni es recomendable innovar en situaciones de hecho consolidadas de alguna manera. Así, resulta contundente lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley 26.061 al referirse al alcance del interés superior, cuando prescribe que ante la existencia de conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

En virtud de lo analizado, los agravios resultan insuficientes para modificar lo resuelto, por lo que cabe desestimar el recurso interpuesto. Con costas (arts. 67 y 68 CPCC).

Por lo expuesto,

**LA SALA CUARTA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL,**

**I. NO HACE LUGAR** al recurso de apelación interpuesto por el actor a fs. 230. Con costas.

**II. REGÍSTRESE,** notifíquese y **BAJE.**

**CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SALTA.** VOCALES: Dres. José Gerardo Ruiz - Soledad Fiorillo  
Secretaria: Dra. Eugenia M. Cornejo SALA IV, T.XXXIX – S, º 417/420, 20/09/17

