En Lomas de Zamora, a los días del mes de noviembre de 2016, reunidos en Acuerdo Ordinario los Jueces de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, de este Departamento Judicial, doctores: Rosa María Caram y Sergio Hernán Altieri, con la presencia del Secretario del Tribunal, se trajo a despacho para dictar sentencia la causa número: SEX-7902, caratulada: "LUCIUK MONICA GRACIELA C/ COLOMBO GUSTAVO JORGE S/REGIMEN DE VISITAS". De conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial del mismo Estado, la Cámara resolvió votar las siguientes:

C U E S T I O N E S:

1º) ¿Debe accederse al planteo de inconstitucionalidad articulado?

2º) En caso contrario, ¿es justa la resolución apelada?

3°) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley (art. 263, “in fine” del C.P.C. y C.); dio el siguiente orden de votación: Dr. Sergio Hernán Altieri y Dra. Rosa María Caram.

V O T A C I O N

A la primera cuestión, el Dr. Sergio Hernán Altieri dijo:

I.- Antecedentes - Sentencia - Agravios.

I.a) El señor juez titular del Juzgado de Familia N° 8 de Lomas de Zamora, en igual sentido que los dictámenes de la Sra. Asesora interviniente y del titular de la Fiscalía de Juicio N° 1, dictó resolución a fs. 663, declarándose incompetente para entender en estos actuados, de acuerdo a lo establecido en el art. 716 del Código Civil y Comercial de la Nación, disponiendo su remisión al juez del lugar en el cual los niños tienen su centro de vida.

I. b) Dicho pronunciamiento fue apelado por el demandado, siéndole concedido el recurso en relación (v. fs. 677). Fundó su discrepancia en los términos que ilustra la pieza glosada a fs. 671/676.

La referida expresión de agravios, recibió la réplica de la Sra. Asesora de Incapaces, a cargo de la Asesoría N° 4 Departamental, a fs. 687/689.

I. c) Ya radicadas las actuaciones en esta sede revisora, conferida la vista pertinente, el Sr. Fiscal General Departamental, Dr. FERRARI, se notifica a sus efectos (v. fs. 695)

I. d) Se agravia el demandado respecto a la interpretación y aplicación del concepto "centro de vida" del niño. Asimismo, tacha de inconstitucional el art. 716 del Código Civil y Comercial por considerar que es una norma procesal, la cual vulnera la atribución que poseen las provincias respecto a dictar sus códigos de forma. Finalmente, sostiene que ha precluído la instancia procesal para declarar la incompetencia por parte del magistrado de la anterior instancia.

I. e) A fs. 696 se llamaron autos para sentencia, providencia que se encuentra firme y consentida por las partes (art. 270 del C.P.C. y C.).

II.- Solución.

Inconstitucionalidad del art. 716 del CCyC:

a.- Previo a adentrarme en el tratamiento puntual del tema traído a decisión, considero atinado recordar -en lo que atañe al planteo de inconstitucionalidad formulado a fs. 671/676 por el demandado- que la invocación de la infracción a preceptos constitucionales efectuada resulta no sólo válida y tempestivamente realizada en la primera oportunidad que fue posible (arg. CJN in re "Mill de Pereyra, Rita Aurora C/ Pcia. de Corrientes"; SCBA C. 93193 S. 30-10-2013; C. 102284 S. 02-05-2013, entre muchos otros), sino que la potestad de los jueces de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión comparándolas con el texto de la Constitución Nacional, se enmarca en el llamado control de constitucionalidad difuso que todos los tribunales de justicia están llamados a ejercer, incluso de oficio (art. 31 de la C.N.).

b.- Dicho esto, cabe destacar que el Código Civil y Comercial, recepta la denominada doctrina de la "constitucionalización del derecho de familia", generando un fuerte impacto sobre los principios procesales los cuales actúan como mandatos plenamente operativos para los jueces.

En estas circunstancias y producto del cambio de paradigma, es que resulta necesario el aseguramiento de la efectividad del ejercicio de los derechos a partir de lo estipulado en el bloque de constitucionalidad federal (art. 75, inc. 22). En ese sentido, se ha dicho que "es sabido que las normas procesales no se encuentran ubicadas exclusivamente en los códigos de procedimiento y en las leyes de organización y competencia de los órganos judiciales. También las hay en la Constitución Nacional, en las constituciones provinciales, en los códigos de fondo a que se refiere el artículo 67, inciso 11 de la Constitución Nacional y en los ordenamientos jurídicos nacionales y provinciales de diversa índole" (conf. Palacio, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, 2° ed., 5° reimp., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, t. I, p. 30).

Es que de acuerdo al sistema federal adoptado por nuestra Carta Magna, la atribución de regular los procedimientos pertenece, en principio, y de conformidad a los arts. 5, 75 inc. 21 y 121 CN, a las legislaturas provinciales. No obstante ello, dicha atribución debe ser entendida sin perjuicio de las normas que puede dictar el Congreso para asegurar la efectividad de los derechos consagrados en la legislación de fondo, dado que el poder de las provincias no es absoluto.

Dicho esto, cabe destacar lo que señala la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimiento, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos estableciéndolas en los códigos fundamentales que le incumbe dictar" (Fallos 138:157, 136:154, en Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lloveras, Nora; Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. 4, p. 425).

En este punto, el CCyC fija de manera sistematizada pautas que han de regir en todo procedimiento en los que se tratan cuestiones que incumben el derecho de familia, siendo éstas ineludibles, reconociéndose de manera especial la existencia de un derecho procesal con autonomía científica y legislativa, aplicable en todo el territorio nacional.

Es menester establecer la importancia de transitar los procesos de familia de manera que facilite el acceso a la justicia, en especial de los más vulnerables, grupo integrado, sin dudas, por niños, niñas y adolescentes.

Es en esta inteligencia que considero que el art. 716 del CCyC no violenta norma constitucional alguna, por lo que he de proponer al Acuerdo, el rechazo al pedido de inconstitucionalidad de la norma atacada.

En consecuencia,

VOTO POR LA NEGATIVA.

A la primera cuestión, por compartir idénticos fundamentos, la Doctora Caram expresó que: VOTA EN IGUAL SENTIDO.

A la segunda cuestión, el Dr. Sergio Hernán Altieri dijo:

Abordando la queja traída en derredor a la declaración de incompetencia, conforme tiene dicho esta Sala, la misma no ha de prosperar.

Ello es así porque, habiendo entrado en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, de conformidad con su art. 7º, se debe aplicar en forma inmediata a las consecuencias de las situaciones jurídicas existentes, es decir, las que se encuentran en curso de desarrollo al tiempo de su sanción, aún cuando se hubiese dictado sentencia de primera instancia bajo el imperio del antiguo Código Civil.

En las cuestiones vinculadas a las relaciones de familia gravitan otros valores y principios que llevan a reformular la función del propio órgano jurisdiccional frente a estos derechos (conf. CALZ, esta Sala, causa N° 7724, RSI-253, Sent. del 16-07-2016).

Y en este sentido, el artículo 716 del Código Civil y Comercial dispone que: "En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida".

Es que los procesos que tienen como protagonistas o partícipes a niños, niñas y adolescentes exigen la aplicación y salvaguarda del principio constitucional del interés superior del niño (art. 3 de la CDN).

La regulación procesal tradicional fijó la competencia judicial en muchos supuestos, por aplicación del principio de prevención y de perpetuatio jurisdictionis, determinando la intervención en los incidentes en referencia al proceso principal u originario, independientemente de los cambios o mutaciones en la vida, residencia y domicilio de los interesados.

En la actualidad, se desplaza el centro de imputación: es el niño y sus derechos integralmente considerados, quien indica el punto de contacto, para determinar qué juez será competente, aunque resulte necesario prorrogar una intervención jurisdiccional anterior.

La competencia se determina, entonces, virando de un estándar objetivo a uno subjetivo: se desentiende del tipo de proceso o de la acción y se focaliza en la condición del sujeto de tutela judicial: el niño, niña o adolescente (conf. art. 716, Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso en "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", T°II, Libro Segundo, pág. 585 y sigs., año 2015, Infojus).

En la especie, se encuentran involucrados los derechos e intereses de los hijos, Ignacio y Camila, quienes residen en la ciudad de San Isidro.

De lo dicho surge con total nitidez que es la justicia de familia con jurisdicción en San Isidro, quien mejor responde al andamiaje normativo antes citado, que prioriza el superior interés de las personas menores de edad involucrados en los conflictos que los atañen al momento de determinar el juez competente para entender en el caso.

Así lo ha entendido nuestra Suprema Corte en C. 120.271 "C., M. D.. Abrigo", S. del 7-10-2015: "... En la tarea de poner en práctica tales premisas, se aprecia que la noción de centro de vida de los menores, no importa, en rigor de verdad, un viraje en el derrotero de las causas que los involucra dentro del ámbito territorial de nuestra provincia, pues tal criterio constituía ya una pauta de singular gravitación a ponderar a la hora de dirimir una contienda de competencia entre los órganos jurisdiccionales, para asignar el conocimiento de las causas de esta índole al magistrado que luce mejor posicionado a los fines de un más acabado conocimiento y más urgente resolución de la problemática de los niños en salvaguarda de sus derechos fundamentales (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 1, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes. Constitución nacional; arts. 2, 3 y ccdtes., Ley 26.061; art. 3, Dt. 415/2006; arts. 1, 11, 15, 36.2 y ccdtes. Constitución provincial; causas C. 115.227, sent. del 14-III-2012 y C. 117.874, sent. del 11-VI-2014 de la SCBA).

En el mismo sentido, la CSJN, en el fallo "C., R. F. c/ C., M. D. s/ divorcio art. 214 inc. 2do. Código Civil", del 30 de agosto de 2016, en consonancia con el Dictamen de la Procuración General de la Nación, ha dicho que: " (...) adquiere virtualidad el criterio que remite al tribunal del territorio donde habita efectivamente el titular menor de edad del derecho alimentario, dada la relevancia que reviste la inmediación para la tutela de la niñez (cfse. Comp. CDJ 2245/2015/CS1 "Fernández, Emilce c/ Medina, Laureano s/alimentos", del 20/08/15)"

En consecuencia,

VOTO POR LA AFIRMATIVA

A la segunda cuestión, por compartir los mismos fundamentos, la Doctora Caram dijo que: VOTA EN IGUAL SENTIDO.

A la tercera cuestión, el Dr. Sergio Hernán Altieri expresó:

Visto el acuerdo logrado al tratar las cuestiones anteriores, corresponde rechazar el pedido de inconstitucionalidad y aplicable el art. 716 del Código Civil y Comercial de la Nación, y confirmar la resolución de fs. 663.

ASI LO VOTO

A la tercera cuestión, por compartir idénticos fundamentos, la Doctora Caram expresó que: VOTA EN IGUAL SENTIDO.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Que en el Acuerdo celebrado quedó establecido:

1º) Que es constitucional el art. 716 del Código Civil y Comercial de la Nación.

2°) Que la apelada resolución de fojas 663 debe confirmarse.

3º) Sin costas, atento a la falta de contradictorio (art. 68, 2° párrafo del C.P.C y C.).

POR ELLO: Y fundamentos consignados en el Acuerdo, declárase constitucional el art. 716 del CCyC. Consecuentemente, confírmase la resolución de fs. 663. Regístrese. Notifíquese y, oportunamente, devuélvanse las actuaciones al juzgado de origen.-

ROSA MARÍA CARAM SERGIO HERNÁN ALTIERI

JUEZA DE CÁMARA JUEZ DE CÁMARA

LEONARDO TODARELLI

SECRETARIO