

V. J. E. C/ F. N. A. S/ MEDIDA CAUTELAR AUTOSATISFACTIVA (RESTITUCIÓN DE HIJO)- (N°10796)

CAPITAL: JUZGADO DE FAMILIA N° 4 SEC. N° 4

Paraná, 23 de noviembre de 2018

VISTO Y CONSIDERANDO:

VOTO DE LA SRA. VOCAL DRA. ALICIA C. OLALLA:

I - Contra la resolución que rechaza el planteo de incompetencia efectuado por la demandada N. A. F., y declara la competencia del juzgado interviniente para entender en los presentes actuados, entabla la accionada recurso de apelación.

Surge de autos que 33/36, en fecha 18/12/17, el Sr. J. E. V. inició, con habilitación de días y horas, medida autosatisfactiva de restitución de su hija I. V. F., de un año de edad, la que - expresa- fuera trasladada inconsultamente por la madre N. A. F., a la ciudad de Caviahue, Pcia de Neuquén, y de lo que tomó conocimiento el 15/12/17 al enviar un mensaje por whatsapp a la madre preguntándole que día podía ir a buscar a la niña, respondiéndole que se encontraba en aquella ciudad. Preciso que la niña tenía su centro de vida en la ciudad de Paraná, ya que el domicilio de la progenitora es calle Independencia n° XXXXX de la ciudad de Crespo, y que en el Juzgado de Familia local N°4 se había homologado el convenio privado de plan de parentalidad presentado.

La accionada N. A. F. se presentó en autos (fs.75/78) ratificando la gestión de la Dra. B. y manifestando serle imposible presentarse a la audiencia fijada por el Juzgado atento a encontrarse radicada en la localidad de Caviahue, en la Provincia de Neuquén, y planteó la incompetencia del fuero local y la competencia de los tribunales de la jurisdicción territorial de aquella localidad por ser el domicilio de la niña.

Al rechazar el planteo de incompetencia la Sra. Jueza a quo tiene en cuenta que, previo al traslado a la provincia de Neuquén, el centro de vida de la niña ha sido sin duda alguna, la localidad de Crespo, Dtp. Paraná, Entre Ríos, y en ese lugar se consolidaban los encuentros con su progenitor, conforme pacto de parentalidad provisorio homologado, que prevé un sistema de comunicación paterno filial y el cuidado personal de la niña a cargo de la progenitora. Destaca que de los dichos de la propia accionada y de la documentación que aporta surge lo inconsulto del traslado de la hija en común, siendo de aplicación analógica las previsiones del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores CH1980-, aprobado por ley 23.857 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores-en adelante Convenio Interamericano o CIDIP IV, - ley 25.358, las que definen la residencia habitual inmediata previa al desplazamiento. art. 4 CIDIP IV, ART. 3 CH 1980-, a lo que agrega que, el art. 2614 C.C. y C., en su 2do. párrafo, dispone que "sin perjuicio de lo dispuesto por las convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos o fuesen trasladados o retenidos ilícitamente". Afirma que la regla fórum personae cede en caso en que, mediante vías de hecho, en forma inconsulta, unilateral o sorpresiva, un progenitor traslada a su hijo a otra jurisdicción, sin el asentimiento expreso o tácito del otro.

2.- Al expresar agravios a fs. 124/ 125 vto. la accionada se queja que se resuelva de manera contraria a lo dictaminado por el Ministerio Fiscal y de la Defensa. Sostiene que no se ha valorado el interés superior de la niña, el principio de inmediatez, y la relación que une a la niña con la madre, la violencia y necesidades que ambas padecían de parte del actor que no cumplió con su obligación alimentaria y fue denunciado por violencia de género, lo que motivó aceptar la posibilidad laboral en Caviahue, pues en Crespo no tenía ingresos

económicos y ni siquiera podía satisfacer sus necesidades básicas. Entiende que debió valorarse la ilicitud de la conducta del padre que determinó la necesidad de traslado de la niña con su madre, la que, -agrega- por su corta edad depende totalmente de su madre, por lo que su residencia habitual será la de su madre.

A fs. 139 y vta. se expide la Sra. Defensora de Pobres y Menores remitiéndose a lo dictaminado por dicho Ministerio con anterioridad al dictado de la sentencia, y a fs. 141 y vto. lo hace la Representante del Ministerio Fiscal que adhiere al criterio de la Sra. Jueza a quo.

3.- Cabe inicialmente precisar que la opinión de la representante del Ministerio Público de la Defensa ni del Fiscal resultan vinculantes para la decisión que toma el juzgador, atento a lo cual, ninguna defecto puede endilgarse a la resolución recurrida por no compartir la opinión de los mismos.

4.- La cuestión a decidir en autos es dónde se entiende tiene el centro de vida la niña I. V. F. a los fines de determinar cuál es el Juzgado competente a los fines del art. 716 del C.C.C.

De una atenta lectura de la expresión de agravios se advierte que la apelante no cuestiona que el centro de vida debe ser interpretado y evaluado analizando la situación existente al momento de instarse la intervención judicial y sin desconocer los antecedentes que la precedieron; como tampoco que el fórum personae cede en casos en que, mediante vías de hecho, en forma inconsulta, unilateral o sorpresiva, un progenitor traslade a su hijo a otra jurisdicción, sin el asentimiento expreso o tácito del otro. La queja del recurrente se centra en que no se valoró que el cambio de domicilio fue a causa de la violencia y necesidades que ambas padecían de parte del actor que no cumplió con su obligación alimentaria y fue denunciado por violencia de género.

En esta etapa del proceso, como lo aclaró la Sra. Jueza A quo, solo corresponde resolver quién es el juez competente para intervenir en autos.

No obstante ello, de los elementos probatorios aportados hasta este momento por ambas partes, y que no han sido negados -sin importar adelantar opinión respecto de la decisión judicial que en definitiva se adopte sobre el fondo objeto de estos obrados- no se advierte a diciembre de 2017 una situación de riesgo y/o desprotección de la pequeña que justifique el traslado de su domicilio. Existía un convenio suscripto entre los padres que regulaba la parentalidad e incluía el cuidado de la hija, régimen de comunicación y alimentos. No existían reclamos judiciales por incumplimiento, ni denuncias de violencia. La presentada a fs. 61/2 es de febrero de 2018 y se relaciona con un mensaje de whatsapp en el que el Sr. F. manifiesta que no le depositará la cuota alimentaria.

Sí puede advertirse una complicada relación entre los progenitores, pero ello, ni las legítimas aspiraciones de progreso personal de la Srta. F., habilitan a un inconsulto y repentino cambio de domicilio de la pequeña (que también surge de la documental presentada), de allí que no pueda considerarse su actual domicilio como un centro de vida legítimo a los fines de determinar la competencia.

Por otra parte, es el Juzgado de Familia local el que ha prevenido en la homologación del convenio presentado por las partes (conf. fs. 0) y la concentración de causas relacionadas evita el dictado de pronunciamientos contradictorios que afecten el interés superior de la niña.

Los criterios precedentemente expuestos han sido aplicados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos, 328:3315 de fecha 30/8/05 (dictamen de la procuradora fiscal subrogante, que la Corte hace suyo).

5.- Se precisa demás que pese al actuar diligente del padre de no consentir la situación e iniciar la presente medida a pocos días del cambio del domicilio de su hija, justamente esa

circunstancias ha demorado la tramitación de la presente causa, habiendo ya transcurrido once meses desde que la pequeña se encuentre en Caviahue , y ello debe tenerse en cuenta, pero aún así, el juez competente es el de esta ciudad.

En primer lugar porque la corta edad de la niña indican que la inmediatez que el juzgador tendrá con ella será limitada, independientemente de la localidad en que resida. En segundo término, por aplicación analógica o referencial- a los preceptos contenidos en el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores del 25/10/80, aprobado por ley 23.857, aunque sean dispositivos que se aplican a circunstancias diferentes a la de autos. Las normas en cuestión -en relación al niño- hacen mención a “su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención” (art. 3o) y en el mentado Convenio de La Haya, a su vez, para ordenarse la restitución del niño (aplicable en nuestro caso para la asignación del juez competente), es necesario que no haya transcurrido un año desde el traslado y, si aconteció más tiempo, el mismo criterio se aplicará siempre que el niño no haya quedado integrado en su nuevo medio (art. 12). (conf. Mizrahi, Mauricio L, "Cuidado personal y comunicación con los hijos". Ed. 2018, pag 221. Recuperado de <http://www.astreavirtual.com.ar>).

Así voto.

A SU TURNO LA SRA. VOCAL DRA. MASTAGLIA DIJO:

Que se remite a los antecedentes del caso ya desarrollados en el voto precedente y adhiere a la solución propiciada en virtud de las consideraciones que pasa a expresar.

Se agravia el apelante con fundamento en que se ha decidido en contrario de los dictámenes del Ministerio Público de la Defensa y del Ministerio Fiscal,; que se fije la competencia del juez de una jurisdicción en donde no tienen domicilio, ni residencia ni la madre, ni el padre ni la hija; que no se haya valorado que la decisión de la madre de modificar el lugar de residencia se debió a razones de necesidad económica; que resulta necesario que la niña permanezca con la madre y que la niña preferirá permanecer con su madre, así como que se ha avalado la posición de un padre que hace valer derechos reconocidos a favor de los niños para así limitar el derecho de la madre a trabajar y a elegir su lugar de residencia, controlando así su vida. Controvierte asimismo la aplicación de las disposiciones de Derecho Internacional Privado al caso citados por la Sra. Jueza de Primera Instancia por no darse los supuestos de dichas normas, especialmente el art. 3 del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Que la cuestión a resolver en esta oportunidad versa exclusivamente sobre la cuestión de competencia planteada respecto del Juzgado de Paraná para entender en la presente medida autosatisfactiva de restitución de persona.

El examen de las posiciones de las partes debe así circunscribirse a dicha cuestión, sin que lo expresado importe pronunciarse sobre la acción entablada, su procedencia o improcedencia.

Tal como señala el voto precedente, los dictámenes de los Ministerios Públicos no son vinculantes para los jueces (cfr. esta Sala I in re: "Villagra y Otros c/ Dalmasso y Otro", N° 8-7938, 26/10/2010).

Que ante el Juzgado de Paraná interviniente tramitan los autos: " F., N. A. c/ V., J. E. s/ Homologación de Convenio (Civil), Exped. N° XXXXX, en el cual se habría presentado el convenio que el actor adjunta en copia a fs. 30/31 y por el cual se acordó el plan de parentalidad (cuidado de la hija y régimen de comunicación) y los alimentos.

Por aplicación de la regla de competencia por conexidad consagrada en los arts. 6, inc.1 CPCyC y art. 64, inc. t) Ley 9861, y estando involucrado el cumplimiento del acuerdo

celebrado entre las partes sobre el régimen de responsabilidad parental y comunicación, es que se encuentra comprendida la competencia del Juzgado de Familia de Paraná, en el caso de que se entienda que en el caso no cabe aplicar la regla de competencia consagrada en el art. 716 CCyC, que está a la competencia del juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida.

El centro de vida de los niños, niñas y adolescentes es definido en el art. 3, inc. f) como el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. El Dec. 415/06, reglamentario de la ley 26.061, dispone que el concepto de centro de vida a que refiere el art. 3, inc. f) de la Ley 26.061 se interpretará armónicamente con la definición de "residencia habitual" del niño, niña o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina.

Asimismo se ha propiciado tener por pautas orientadoras la normas de los instrumentos internacionales sobre restitución internacional de menores en casos de derecho interno en la hipótesis de que uno de los progenitores modifique el centro de vida de la niña en forma ilícita, aunque los supuestos contemplados en tales normas sean distintos (v. gr. el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores aprobado por Ley 23.857) (cfr. Mizrahi, M. L. (2015) Responsabilidad parental. Buenos Aires: Astrea, p. 221).

Por fuera de lo expuesto, no debe dejar de considerarse que la finalidad de la regla de competencia establecida en el art. 716 CCyC es asegurar la tutela judicial efectiva del niño, niña o adolescente involucrado, lo cual está íntimamente ligado al principio de inmediatez, de allí que la competencia del juez se relaciona con el lugar donde la persona menor de edad tiene su residencia efectiva y habitual.

Sin perjuicio de ello, tales principios se tornan secundarios si el centro de vida de la persona menor de edad es modificado en forma ilícita por uno de los progenitores.

Cuando el cambio del lugar que ha constituido el centro de vida de la persona menor de edad ha sido creado de manera ilícita por uno de los progenitores, privando al otro del contacto con el niño y media cierta inmediatez temporal entre el traslado que ha tenido el hijo y el problema de competencia suscitado, la doctrina es conteste en que no es posible considerar "el centro de vida" al domicilio actual de la persona menor de edad dado fue creado ilegítimamente por uno de los progenitorios al modificarlo en forma unilateral y no consentida. De lo contrario se estaría avalando conductas reñidas con el ordenamiento jurídico (Mizrahi, op. cit., pp. 220/221: Bueres, A. J. (dir.) Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires: Hammurabi, 2:982/988). En igual sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación citado en el voto precedente y al que me remito por razones de brevedad.

En el presente caso, la niña tuvo su residencia habitual en la ciudad de Crespo, Provincia de Entre Ríos, el que constituía su centro de vida, hasta que la madre decide trasladarse a la ciudad de Neuquén; se había celebrado un convenio sobre régimen de contacto de la niña con su padre que, dado sus términos y la distancia existente entre el lugar de residencia de ambos progenitores no podrá cumplirse; que la cuestión de la restitución de la niña y de competencia han sido planteados en forma inmediata al cambio de lugar de residencia de la niña; y que de la causa no surgen elementos que dejen claramente establecido que el padre consintió el cambio de radicación.

La situación de violencia y necesidad denunciadas, más allá de la valoración que ha de efectuarse al momento de dictarse sentencia definitiva en estos autos en función de la prueba

que se produzca, no surge acreditada de tal forma que cause convicción en este estado del proceso a los fines de decidir sobre la competencia.

Que en razón de lo expuesto es que debe estarse a la competencia del Juzgado de Familia de la ciudad de Paraná.

Así voto.

Por todo ello, se

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 115/117 contra la resolución de fs. 99/102 aclarada a fs. 104 que se confirma.

2.- Costas a la apelante vencida (art 65 C.P.C. y C.)

Regístrese, notifíquese la presente en la forma prevista en los arts. 1 y 4 del Reglamento de Notificaciones Electrónicas, Ac. 15/18 STJ. y oportunamente bajen sirviendo la presente de atenta nota de remisión.

ALICIA C. OLALLA GABRIELA T. MASTAGLIA

Se registró. CONSTE.- mm.-

María del Pilar Remedi
Secretaria de Cámara