

Título: El "centro de vida" como pauta integrante del superior interés del niño y su impacto procesal

Autores: Cataldi, Myriam M. - Notrica, Federico

Publicado en: RDF 89, 10/05/2019, 261

Cita: TR LALEY AR/DOC/1258/2019

(*)

(**)

I. Una breve introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación propuso en el Título VIII del Libro Segundo una reforma integral referida a la normativa procesal en materia de familia.

Si bien las normas de procedimiento se rigen por el Código de forma, no es menos cierto que, de acuerdo con principios constitucionales y convencionales relacionados a la efectividad de los procesos, se debió "barajar y dar de nuevo", ya que se debían establecer pisos mínimos altos e iguales que impacten en la normativa procedimental.

Para ello se establecieron distintas reglas-principios que impactan definitivamente en las especificidades que tienen los procesos en los que se atienden los derechos de niños, niñas y adolescentes, personas con capacidad restringida o con discapacidad, entre otros grupos de los denominados "vulnerables", para su protección especial e integral.

Dentro de esta noción se deben entender las garantías que tienen estos grupos, en especial, dado el marco del trabajo, en las personas menores de edad, donde el principio del interés superior del niño y el centro de vida, como lugar de residencia habitual, toman especial importancia a la hora de definir cómo, cuándo y frente a quién se resuelven los conflictos atinentes a sus derechos y garantías.

Por ello, en el presente trabajo se intentará demostrar esa importancia, no solo desde la óptica constitucional y convencional, sino también desde la jurisprudencial y su impacto procesal.

II. La doctrina de la protección integral de derechos de los niños y su necesaria mirada constitucional-convencional

El tratamiento de la niñez como fenómeno particularizado no despertó en el discurso jurídico sino hasta comienzos del siglo XX, más precisamente a partir de la Declaración de Ginebra de 1924, momento que puede marcarse como el inicio de un importante proceso de positivación, internacionalización y expansión de los derechos humanos del niño.

Todo ello fue teniendo impacto en el derecho y así fue como en el año 1989 se firmó la Convención sobre los Derechos del Niño —en adelante, CDN—, generando un evento tan importante que, con la reforma constitucional de 1994, fue incorporada a la Constitución Nacional, otorgándole jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22).

La ratificación de la Convención implica el compromiso de brindar a los niños y adolescentes protección integral, ya que las leyes y prácticas que existían respondían a un "modelo tutelar" que tenía al menor como objeto de protección; a partir de la Convención se empezó a considerar a los niños y jóvenes como sujetos plenos de derechos, en el marco de un sistema de protección integral (1) y fue el hito por excelencia en el sendero hacia el reconocimiento de los derechos humanos de los niños y niñas.

Los dispositivos que emanan del texto constitucional y de los instrumentos internacionales de derechos humanos a ella incorporados han calado particularmente hondo en el campo del derecho de las familias, rama en el cual la más distinguida doctrina autoral se ha atrevido a hablar de un verdadero derecho constitucional de familia (2).

Han pasado muchísimos años desde allí, y no solo el tiempo, sino que, además, las formas de vivir en familia, el lugar que ocupan los niños y niñas en cada familia, el avance de la ciencia y la tecnología, la medicina y la bioética, y un mundo cada vez más complejo, han ingresado en esta cosmovisión de la niñez y la adolescencia.

III. Principales consideraciones acerca del interés superior del niño

El art. 3.1 de la CDN otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta, de manera primordial, su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada.

De acuerdo con este principio convencional, las disposiciones internas deberán ser valoradas por el juez, teniendo en cuenta el interés del niño, al aplicar la norma particular (3). Si bien este principio es de contenido

indeterminado y subjetivo, nadie puede negar que proporciona una pauta objetiva de decisión ante un conflicto de intereses entre el/la niño/a y el resto de los miembros de la familia.

Por ello resultará en ese caso en interés del primero toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y que resulte más beneficiosa para él (4). Para tal fin, deberán tomarse todas las medidas adecuadas (5) con el objeto de garantizar la satisfacción actual de sus necesidades.

En este marco, principios como el de "interés superior del niño" pasan a ser de aplicación directa constitucional. Se trata de normas que se encuentra en condiciones inmediatas de operatividad (6), actuando, en consecuencia, como directiva expresa en toda cuestión que pueda afectar al niño y que enerva la aplicación de cualquier otra disposición que se encuentre en colisión con aquella. En este sentido se ha expedido, por ejemplo, la Corte Suprema de Tucumán (7).

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño había subrayado que la determinación del interés superior debía hacerse en función del corto como del largo plazo (8), reconociéndole dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño (9). En esta línea, se interpretó que el "mejor interés" podía definirse como la satisfacción integral de los derechos del niño, del que se pueden desprender las siguientes características: a) es una garantía, ya que toda decisión que se tome debe considerar primordialmente sus derechos; b) es de gran amplitud, ya que no solo obliga al legislador, sino a todas las autoridades públicas y privadas y a los padres; c) es norma de orientación en la resolución de conflictos jurídicos y en la formulación de políticas públicas (10).

Una correcta aplicación de este principio, especialmente en sede judicial, requiere que siempre se tome aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible, y la menor restricción de ellos, no solo considerando el número de derechos afectados, sino su importancia relativa (11).

Tan importante es este principio que el propio Comité efectuó la observación general 14 (12), en la que definió el concepto del "interés superior del niño" como un derecho, un principio y una norma de procedimiento.

Al respecto, determinó lo siguiente: "a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El art. 3º, párr. 1º, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

"b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

"c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho".

En definitiva, el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño.

IV. El respeto del centro de vida como pauta integrante del interés superior del niño. Cambio en materia de competencia jurisdiccional. Un nuevo paradigma procesal

El Código Civil de Vélez no contemplaba una normativa en cuanto a las reglas de competencia aplicables a los procedimientos de familia. No obstante, se observaban distintos artículos destinados a regular los procesos de familia, complementarios de los principios generales establecidos en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, como así también en algunos ordenamientos provinciales que legislaron al respecto dentro de sus Códigos de forma.

En ese panorama descripto, el criterio elegido para establecer la competencia territorial de los tribunales en materia de familia resultaba ser el principio conocido como *perpetuatio iurisdictionis*, entendiéndose por tal que aquellos juicios que competen a juzgados de la misma circunscripción territorial y del mismo fuero deben ser atribuidos al mismo magistrado que conoció en la conflictiva familiar.

Por su parte, siguiendo los lineamientos establecidos por la CDN, la ley 26.061, en su art. 3º, define al interés superior del niño como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías

reconocidos en esta ley" y, para ello, indica que deben respetarse las pautas enumeradas, a saber: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) su centro de vida (el resaltado nos pertenece).

Ahora bien, ¿qué se entiende por "centro de vida"? Es un elemento rector para regular asignaturas propias de este campo del derecho: responsabilidad parental en cuanto a su ejercicio, el cuidado personal, cuestiones de las tres causas fuentes filiales, restitución de niños y niñas, emancipación, autorizaciones y cualquier otra circunstancia vinculada a los derechos de las personas menores de edad. Al no existir una definición del llamado centro de vida, la normativa citada toma como antecedente el concepto receptado por la comunidad jurídica internacional, que entiende por centro de vida "el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia".

Por otra parte, el dec. regl. 415/2006 de la ley 26.061, respecto del principio del interés superior, se detiene en el concepto de "centro de vida" receptado en el inc. f) del art. 3º, estableciendo que él se interpretará de manera armónica con la definición de "residencia habitual" de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad.

Autores como Feldstein de Cárdenas opinan que "[s]i bien la Convención no se detiene en calificar, en definir qué se entiende por residencia habitual, no caben dudas de que ella alude al centro de vida del menor; se trata de un punto de conexión diferente al domicilio y a la simple residencia o habitación, que implica la presencia, el asentamiento e integración del menor en un determinado medio. Quizás la definición más acertada sea el lugar donde se encuentra el centro de los afectos del niño" (13).

En respuesta a los parámetros cimentados por la CDN, doctrina y jurisprudencia distinguida —sobre todo en materia de derecho internacional privado— se legisló tanto a nivel nacional como provincial teniendo en consideración la noción de centro de vida del niño, niña o adolescente como elemento fundamental en los procesos de familia, primando el interés superior de los niños, niñas y adolescentes sobre el principio de *perpetuatio iurisdictionis*.

Lo cierto es que esta previsión vino a modificar las pautas legales en materia de ley aplicable y juez competente, ya que tuvo fuerte impacto en la letra del Cód. Civ. y Com. al establecer en su art. 716 la noción de "centro de vida" y la importancia que de los postulados que trajo consigo la CDN.

La mentada norma consolida la regla de competencia territorial en función de la persona (*forum personae*). Se trata de un criterio de índole fáctico para la atribución de competencia en supuestos en los que se encuentran en juego los derechos de las personas menores de edad o con capacidad restringida o discapacidad, siendo esta de aplicación inmediata, tal como lo ha sostenido nuestro Címero Tribunal Federal.

Así, ha dicho que "[e]n los procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes —entre los que se encuentran los procesos de guarda y adopción—, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida —en el caso la Justicia Nacional en lo Civil y no la provincial—, pues así lo establece el art. 716 Cód. Civ. y Com., que debe ser aplicado en virtud de la entrada en vigor de la norma y en orden al principio de aplicación inmediata de las leyes modificatorias de competencia" (14).

V. La noción de centro de vida y su arista procesal

Las directrices adoptadas para todo proceso de familia en los que existan involucrados los derechos de personas menores de edad deben interpretarse de forma coordinada entre ellas y según el control de convencionalidad y el debido proceso legal (15).

Estos principios, si bien están pensados para un fuero especializado, tanto por las materias que hacen a su competencia como por sus operadores, lo cierto es que deben ser de aplicación por todos, ya que los niños, niñas y adolescentes, como grupo de vulnerables, gozan de esa protección especial que se deriva por su calidad de tales, todo ello íntimamente relacionado con el deber del Estado de tomar acciones positivas (art. 75, inc. 23, CN) para garantizar todos sus derechos.

La modificación de la competencia en cuestiones de niños y adolescentes trae aparejadas algunas consecuencias: a) Si bien parecía que el cambio en las reglas de competencia era acotado a algunas materias, el último párrafo del art. 3º establece una "cláusula de apertura": si existe conflicto entre los derechos e intereses de los niños frente a otros intereses igualmente legítimos, prevalecen los primeros. b) Cambios implícitos a la reglamentación procesal. La posible sustracción del tratamiento, por ejemplo, del régimen de comunicación del

juez natural. Basta que el "centro de vida" del niño fuere una nueva jurisdicción para que entienda un nuevo juez.

Es que la importancia del "centro de vida" impacta en los procesos en los que los niños, niñas y adolescentes son parte o en los que se resuelven cuestiones atinentes a sus derechos. Por eso este principio no solo tiene rango constitucional-convencional, como ya se ha desarrollado, sino que, además, va a definir el juez competente para entender en aquellos.

Esta noción de "centro de vida" como factor atributivo de competencia sostiene destacada doctrina que "se justifica en función de dicho principio procesal que asegura primero el interés superior del niño y la más eficaz tutela de sus derechos" (16).

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires resolvió que "en los conflictos de competencia suscitados en procesos en que se pretende la protección integral de los derechos del niño, el principio de inmediatez impone esa función al juez del lugar donde efectivamente vive el menor, en tanto 'centro de vida'..." (17).

La razón de tener en consideración el centro de vida del niño, niña o adolescente radica en que será el juez de ese lugar el que se encuentra en mejores condiciones de conocer el contexto familiar, social, afectivo y las circunstancias particulares que posee la conflictiva, con el objetivo primordial de la tutela judicial efectiva.

En definitiva, se busca lograr "...que el Estado esté cerca brindando el servicio de justicia que le compete, sobre todo a quienes les asiste el derecho a una protección especial, en cumplimiento de las obligaciones asumidas en el marco de tratados internacionales de derechos humanos, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño" (18).

Siguiendo esta línea de análisis, la Corte Suprema tiene dicho reiteradamente que, si los jueces que entablan la disputa están en situación legal análoga para asumir la función tutelar, la elección debe hacerse ponderando cuál de ellos se encuentra en mejores condiciones de alcanzar la protección integral de los derechos del niño (19).

Por otra parte, es notorio que esta noción del centro de vida se encuentra íntimamente relacionada —como ya se adelantó— con el principio de inmediatez "...como punto de conexión con el concepto de centro de vida del NNyA y la competencia territorial. Es decir, el principio de inmediatez, aplicado a los procesos que comprometen derechos de NNyA permite concretar la debida tutela judicial efectiva, la que tiene como uno de sus ejes esenciales el acceso a la justicia y el respeto a las normas del debido proceso legal" (20).

Demarcada esta cuestión, cabe preguntarnos si existe, por parte de las normativas de fondo, un abuso de la potestad legislativa federal sobre la referida a la materia procesal de las provincias.

Al respecto, un fallo de la Cámara de Apelaciones del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, frente al pedido de que se declare inconstitucional el art. 716, ha resuelto esta cuestión y ha dicho que "... de acuerdo con el sistema federal adoptado por nuestra Carta Magna, la atribución de regular los procedimientos pertenece, en principio, y de conformidad a los arts. 5º, 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".

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también se ha expedido y sentenció que "... 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" (21).

Sumado a lo dicho, debemos señalar que la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes instituida por la ley nacional 26061 es una norma de orden público, pues se ubica dentro de las competencias concurrentes que el sistema federal argentino habilita al Estado nacional respecto de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, configurando un piso mínimo e indisponible para la provincia de Buenos Aires (22).

Así, en caso de verificarse una colisión entre la norma federal y las normas locales o una "laguna normativa", la cuestión debe resolverse aplicando como vector hermenéutico el principio pro homine —y en el caso, el principio pro minoris—, que conduce a la prevalencia de la norma que —como bien afirma el maestro Bidart Campos— provea "... la solución más favorable a la persona humana, a sus derechos, y al sistema de derechos en sentido institucional..." (23).

Así nuestro Máximo Tribunal nacional ha expresado que "... una de las pautas de mayor arraigo en la doctrina de este tribunal, conforme a la cual la inconsecuencia o falta de previsión jamás debe suponerse en la legislación, y por esto se reconoce como principio inconcluso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto...", agregando que "... comprende además, su conexión con otras normas que integran el ordenamiento vigente, del modo que mejor concuerda con los principios y garantías de la Constitución Nacional..." (24).

Otra cuestión que se debe analizar para entender el "centro de vida" es definir si este puede modificarse de manera unilateral o si se requiere, en caso de que los progenitores se encuentren separados, autorización del otro. Al respecto, distintas respuestas fueron dadas por los tribunales. Veamos.

En primer lugar, en un fallos del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, del 22/11/2016 (25), en un caso en el que la hija menor de edad fue trasladada de la provincia de Corrientes en la que residía, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma unilateral por la progenitora con motivo en situaciones de violencia ejercidas por parte del marido, el tribunal entendió que no es ilegítima la mudanza de domicilio y que no corresponde descalificarla por la falta de consentimiento del padre, toda vez que no se obstaculizó el régimen de comunicación, habiéndose mantenido las pautas establecidas en audiencias sucesivas. Concluyó, asimismo, que el centro de vida de la niña en ese momento se encontraba en la Ciudad de Buenos Aires, donde realiza sus actividades y convive con su madre, quien ejerce su cuidado personal y, en consecuencia, definió la competencia del juez de ese domicilio para que entendiera en las cuestiones pendientes.

Por otro lado, en las situaciones en las que la modificación del centro de vida no obedece a una causa justificada sino a decisiones no consensuadas entre ambos progenitores, suele suceder que el progenitor que cambia el centro de vida del hijo corta el contacto, la comunicación con el otro. Es en estos casos en los que se vulneran los derechos derivados de la protección integral de la familia reconocidos.

Por eso, la nueva residencia creada ilícitamente no puede ser considerada, en principio, válida para resolver la competencia de un nuevo magistrado, ya que fue creada por uno de los progenitores por vías de hecho y unilateralmente, impactando directamente en las consecuencias procesales, debido a que, en caso de que se decidiera su aceptación, traería consigo avalar conductas abusivas contrarias al sistema legal.

Entonces, dice Wathelet que "... en estos supuestos, no hay duda de que corresponde mantener la competencia del tribunal de la jurisdicción en la que aquel vivía antes del evento que ocasionó el hecho cuestionado". Agrega la autora que "...si bien los expedientes son promovidos en forma urgente para interrumpir la desvinculación e impedir sus consecuencias dañosas, muchas veces la jurisdicción no se compadece con la actual residencia del hijo menor de edad ilegítimamente trasladado. Ello, en tanto no resulta acertado que se tenga por removido el eje del centro de vida de un menor por una decisión unilateral e injustificada; no resulta óbice que hubiere transcurrido algún período de tiempo desde el hecho hasta la petición. El fundamento radica en que no se presenta el factor mencionado en la norma mencionada en la normativa citada, ello es, que el menor tenga su centro de vida, ya que este se compone básicamente de elementos continuos, y no únicamente en una última residencia sin consolidar" (26).

Parece una cuestión sencilla de resolver, pero existe una gran cantidad de fallos que los superiores deben tratar debido a las contiendas negativas de competencia que se formulan jueces de distintas jurisdicciones.

Para analizar este punto, se tomará un caso a modo de ejemplo. La jueza del Juzgado de Familia n. 1 de San Isidro se declaró incompetente para seguir entendiendo en un caso de abrigo por entender que el nuevo centro de vida del niño era en la ciudad de Tigre. Así las cosas, la jueza del Juzgado de Familia n. 1 de Tigre resolvió no aceptar la radicación de las actuaciones por considerar que la continuidad del trámite del expediente debía realizarse ante el juez que previno en el caso, independientemente del domicilio efectivo del niño.

Para decidir así la magistrada se apoyó en lo dispuesto por el art. 716 del Cód. Civ. y Com., porque entiende que dicha norma no puede interpretarse de modo alguno como un motivo para el desprendimiento de la competencia ya consentida en causas que se encuentran en pleno trámite, so pretexto de que el domicilio del niño se encuentra en una localidad donde recientemente habían iniciado las actividades un nuevo juzgado (Tigre) con asiento en el mismo departamento judicial (San Isidro). A su vez, sostuvo que el desplazamiento de competencia iba en detrimento del interés superior del niño, ya que, en causas como los abrigos, entiende que el juez es un referente para el niño, ya que lo conocen y confían en él y lo mismo ocurre con el personal del organismo administrativo.

Si bien el argumento de la segunda magistrada es válido y razonable en tanto es conveniente que el juez que previno y que conoce con profundidad el conflicto familiar siga entendiendo en la causa —máxime si existe una escasa distancia entre la sede del tribunal y el domicilio del niño—, esta postura desvirtúa el espíritu del

legislador que sancionó principios generales a regir en los procedimientos de familia, en orden a los debates jurisprudenciales y doctrinarios que ya consagraban el centro de vida del niño, niña o adolescente como elemento determinante de la competencia territorial, dado que el principio de tutela judicial efectiva y el de inmediatez son sumamente importantes y quien mejores condiciones tiene de garantizarlos es el juez/a más próximo/a al lugar en donde se encuentra el/la niño/a.

VI. Conclusiones

El Cód. Civ. y Com., al establecer en su art. 716 la noción de "centro de vida" y la importancia de los postulados que trajo consigo la CDN, incorpora una pauta de determinación de la competencia en función de que la jurisprudencia mostraba desinteligencias y aun interpretaciones contradictorias, consecuencia del nunca acabado cambio de un modelo legislativo —el de la consideración de una persona menor de edad como objeto disponible por los adultos— a otro que lo visualiza y trata como sujeto pleno de derechos con ejercicio progresivo de su autonomía y capacidad.

De este modo recepta los argumentos esgrimidos en doctrina y jurisprudencia, colocando "el centro de vida de NNyA" como elemento principal a tener en cuenta en materia de competencia territorial cuando se resuelvan cuestiones que atañen a los derechos de estos. Dicha regla es la que mejor representa el efectivo cumplimiento del interés superior del niño, como principio que prevalece sobre el instituto de la *perpetuatio iurisdictionis*, consagrado tanto en la CDN como en la ley 26.061 y en varias normas del Cód. Civ. y Com. que regulan los procesos de familia [arts. 26; 64; 104; 113; 595, inc. a); 604; 621; 627; 639, inc. a); 2634; 2637; 2639 y 2642], además del principio general establecido por el art. 706, inc. c), en el que se impone el interés superior del NNyA como elemento determinante de la decisión judicial.

En esa línea argumentativa, se puede dar una redefinición sociológica del concepto de centro de vida que está constituido por "un conjunto de sensaciones, sentimientos, vivencias, acerca de las personas, cosas o lugares que permiten una construcción subjetiva. Se traduce en sensación de bienestar, de seguridad, sentido de posesión, sentimiento de anclaje no solo en el lugar sino en las cosas. Y que para evaluar en el caso concreto el centro de vida, se debe advertir que un lugar determinado, y no otro, junto con su gente, sus olores, sonidos, es vivido como propio, como natural" (27).

En palabras de Mizrahi: "la residencia habitual o el centro de vida del niño —que son ideas equivalentes— es un criterio fáctico (y no jurídico) y se configura por la residencia principal o permanente de ese niño; y suponen los conceptos de estabilidad y permanencia por hallarse allí el centro de gravedad de su vida y el núcleo de sus vínculos parentales y afectivos; sin que para tal determinación se dependa del domicilio real de sus padres o representantes legales" (28).

Lo novedoso en cuanto a la determinación de la competencia del juez, fijada a partir de tener en cuenta el centro de vida del NNyA, se impone tanto cuando se trata de un "juicio principal" como cuando se procura "modificar lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional". Es decir que aun habiendo intervenido un juez en la problemática familiar con anterioridad al nuevo conflicto que se plantea, ya sea en una causa principal o un incidente, será competente aquel juez más cercano al domicilio efectivo del NNyA, en cumplimiento con la CDN y la ley 26.061.

Por ello cabe señalar dos argumentos a considerar en torno al beneficio de que sea el centro de vida del NNyA el punto de partida para dirimir cuestiones sobre competencia: las características de provisoriedad y mutabilidad con las que cuentan las decisiones que se toman en materia de derecho de familia (cuidado personal, al régimen de comunicación, contribución alimentaria, guarda, entre otras, que son esencialmente modificables y no producen cosa juzgada material), por un lado, y la celeridad que debe primar en los procesos de familia, por el otro.

En síntesis, el mejor juez en los procesos de familia es el que mejor puede verificar la situación fáctica que rodea al pedido, ya que lo que se resuelve debe ajustarse a la cambiante realidad del beneficiario.

Ha dicho la doctrina con justeza que "[l]a determinación del juez competente, cuando están involucrados niños, es una cuestión compleja que presenta una variedad de matices; por lo que se requiere un análisis particularizado caso por caso para decidir el correcto camino a seguir. Por de pronto, exige de los magistrados un obrar con especial cautela y prudencia para que estos problemas no demoren el amparo necesario para lograr la plena operatividad del derecho sustancial. Se deberá tener presente de que a los niños no solo les asisten los mismos derechos y garantías que a los adultos, sino que aquellos son titulares de un plus de derechos; lo que exige que respecto de ellos se adopten medidas de compensación para neutralizar su situación de vulnerabilidad" (29).

(*) Lic. en Ciencia Política. Abogada (UBA). Especialista en Derecho de Familia. Juez titular del Juzgado

Nacional de Primera Instancia en lo Civil n. 7, con competencia exclusiva en cuestiones de familia y capacidad de las personas. Docente de la materia "Familia y Sucesiones" y del Posgrado de la Facultad de Derecho de la UBA. Coordinadora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia Infancia y Adolescencia, UBA. Miembro de la Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Ed. AbeledoPerrot. Autora y coautora de trabajos de su especialidad.

(**) Abogado (UBA). Magíster en Familia, Infancia y Adolescencia (UBA). Auxiliar letrado de la sala 3ª de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Familia del Departamento Judicial "Lomas de Zamora". Docente de la materia "Derecho de Familia y Sucesiones", UBA/UNDAV.

(1) BELOFF, Mary A., "Los derechos del niño en el Sistema Interamericano", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 15.

(2) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída R., "El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos", Revista de Derecho Comparado, Derecho de Familia-II, nro. 10, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, ps. 7 y ss.

(3) El art. 3º, Convención sobre los Derechos del Niño, dispone 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 condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

(4) GROSMAN, Cecilia P., "Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de Familia", LA LEY 193-B, 1089.

(5) Conf. arts. 4º y 5º, Convención sobre los Derechos del Niño.

(6) BIDART CAMPOS, Germán, "La aplicación judicial de la Convención sobre los Derechos del Niño", ED 150-515; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "El derecho constitucional del menor a ser oído", RDPyC 7-168 y ss.; Derecho privado en la reforma constitucional, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, y CS, 14/06/1995, "Wilner c. Oswald", LA LEY 1996-A, 260.

(7) "Estos derechos constitucionales son de aplicación inmediata y, por consiguiente, ingresan directamente al sistema mediante la integración de sus reglas al conjunto normativo, aun cuando falte la reglamentación pertinente. Solo si no es posible valerse de la interpretación o integración, entonces puede demandarse la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lesione, restrinja o limite los derechos contenidos en los tratados mencionados en el art. 75, inc. 22, CN" (CS Tucumán, sala Civ. y Penal, 06/04/2004, "L. M. R. c. T. R. V.", LLNOA 2004-1296, con cita de BUERES, Alberto - HIGHTON, Elena, "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, t. 1, p. 1124).

(8) "Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño", preparado para UNICEF por Rachel Hodgkin y Meter Newell, UNICEF, 2001 citado por CATALDI, Myriam M., "Responsabilidad alimentaria de los abuelos. Una respuesta jurídica que resulta de la Constitución", RDF 2014-II.

(9) GROSMAN, Cecilia P., ob. cit.

(10) CILLERO BRUÑOL, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio - BELOFF, Mary A. (comps.), Infancia, ley y democracia en América Latina, Ed. Temis-Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 69.

(11) Ibidem.

(12) Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, observación general 14, aprobada por el Comité en su 62 período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3º, párr. 1º) en www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf.

(13) FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., "Divorcio y restitución internacional de menores o sobre ¿quién podrá defender a los niños?", RDF 16-59. Algunos fallos: CS, 11/06/2013, E.183.XLVIII, "E., s/ reintegro de hijo", elDial.com A7F73; CS, 08/11/2011, "F. R., F. C. c. L. S., Y. U. s/ reintegro de hijo", LA LEY del 07/12/2011, DJ del 25/01/2012, DFyP 2012 (mayo), con nota de Luciana Beatriz SCOTTI, AR/JUR/66664/2011; Trib. Col. Familia Rosario n. 3, 23/02/2009, "G. M. M. c. M., M. O. s/ restitución urgente de menores", LLL 2009 (junio), p. 585, DJ del 18/11/2009, p. 3253, con nota de Martín Miguel CULACIATI, AR/JUR/2400/2009; SC Buenos Aires, 04/02/2009, "Boland, Sandro M. c. Peluffo, Virginia A. s/ restitución de menores", 14/15/1962, cita online: 14/151962, ED del 15/06/2006, p. 7; CCiv. y Com. Azul, sala 2ª, 13/09/2006, "R., H. S.", LLBA 2006-1346, ED 220-140, AR/JUR/4941/2006; CS, 22/08/2012, "G., P. C. c. H.,

S. M. s/ reintegro de hijo", LA LEY LXXXVI-7, Supl. Doctrina Judicial Procesal 2012 (septiembre), p. 39, DJ del 17/10/2012, p. 26, LA LEY del 05/11/2012, p. 6, con nota de Liliana Etel RAPALLINI, LA LEY 2012-F, 209, con nota de Liliana Etel RAPALLINI, DFyP 2012 (noviembre), p. 128, con nota de Mónica GRAIEWSKI, JA del 07/11/2012, p. 34, cita online: AR/JUR/40804/2012.

(14) CS, 27/10/2015, "D., L. A. y otro s/ guarda", LA LEY del 03/12/2015, p. 7; ED del 15/12/2015, p. 7; RCCyC 2015 (diciembre), p. 135.

(15) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - MOLINA de JUAN, Mariel, "Los principios generales del proceso de familia en el Código Civil y Comercial", Revista Derecho Procesal 2015-2, Procesos de Familia, ps. 40-41; OTEIZA, Eduardo, "Principios procesales: Aclaraciones para contrarrestar su ambigüedad", en Los principios procesales, Ed. Librería Editora Platense, La Plata, 2011, p. 43.

(16) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora, "Tratado de derecho de familia", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. V-B, p. 44.

(17) CCiv. Com. y Familia, sala 3ª, Dpto. Judicial Lomas de Zamora, 03/11/2016, "L., M. G. c. C., G. J. s/ alimentos", inédito.

(18) INSAURRALDE, Horacio, "El centro de vida del niño como criterio rector de atribución de la competencia", DFyP, 2017 (septiembre), 06/09/2017, p. 81.

(19) CS, 28/09/2004, "B., D. s/ incidente de competencia", en www.sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=10744.

(20) MÉNDEZ, Romina, "El centro de vida del niño, niña o adolescente como elemento determinante de la competencia", DFyP, 2016 (febrero), 04/02/2016, p. 95.

(21) CS, Fallos 138:157, 136:154, en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora, ob. cit., t. 4, p. 425.

(22) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa, "Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, comentada, anotada, concordada", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 45.

(23) Arg. arts. 41 de la CDN, 11 de la ley 13.298; cfr. BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, t. I-A, p. 389; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa, ob. cit., p. 45; SABSAY, Daniel, "La dimensión constitucional de la ley 26.061 y del dec. 1293/2005", en GARCÍA MÉNDEZ (comp.), Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 21.

(24) CS, 26/06/2012, in re "M., G. c. P., C. A.", Fallos M 394.XLIV.; en el mismo sentido: Fallos 314:445, 321:730, 324:975; entre otros.

(25) ST Corrientes, 22/11/2016, "R., J. D. c. D. M. R. s/ tenencia", LLL 2017 (marzo), 16/03/2017, p. 11; DFyP 2017 (mayo), p. 150.

(26) WATHELET, María, "Centro de vida del niño. Modificación. Decisión justificada. Variación unilateral. Competencia", DFyP 2017 (mayo), 11/05/2017, p. 150.

(27) AMOREO, María Cristina, "Centro de Vida", V Conferencia Internacional de Derecho de Familia "Hacia una Armonización del Derecho de Familia", Cuba, 12 al 14 de mayo de 2009, en línea, www.projusticiafamiliar.org/wp-content/uploads/2011/02/PonenciaCubaI.pdf. Cit. por GONZÁLEZ de VICEL, Mariela, comentario al art. 716, en "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Infojus - Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, 2015, t. II, Libro Segundo.

(28) CS, 14/06/1995, Fallos 318:1269; CNCiv., sala I, 31/08/2004, "D., O. A. c. C., T. M."; KALLER DE ORCHANSKY, Berta, en BUERES, Alberto (dir.) - HIGHTON, Elena (coord.), "Código Civil", t. 1, p. 138, cit. por MIZRAHI, Mauricio, Responsabilidad parental, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 214.

(29) MIZRAHI, Mauricio, "El niño y las cuestiones de competencia", LA LEY 2012-E, 1183.