

Suprema Corte de Justicia:

I. El Tribunal de Familia n° 2 de San Martín resolvió declarar de oficio su incompetencia para entender en la tenencia cuanto en la medida cautelar de tenencia provisoria interpuesta por el Sr. C. J.F. respecto de su hijo menor de edad (v. fs. 18/19 Causa .48. 508 idem fs. 9/10 Causa 48.509).

Contra dicha forma de decidir se alza la actora mediante recurso de inaplicabilidad de ley denunciando la violación de los arts. 18 y 75 inc.22 de la Constitución Nacional; 11, 12, 15 y 36 de la Carta local; 2, 3, 9 inc. 1° y 2°, 12 inc. 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño; 89, 90 y 91 del Código Civil; 2, 3, incs. a, c y f, 11 de la ley 26.061; 4 de la ley 13.298. Asimismo acusa desinterpretación de la doctrina legal de V.E. y absurda valoración de la prueba de autos. Efectúa reserva del Caso Federal.

. En apoyo de su queja argumenta, en síntesis, que los sentenciantes han infringido las garantías de Juez natural y defensa en juicio establecidas constitucionalmente y actualizadas en su alcance y significación por los Tratados Internacionales en el sentido de que una persona debe estar sometida a la jurisdicción de Juez o Tribunal, independiente e imparcial, establecido por ley formal que le

otorgue competencia con anterioridad a que se produzca el hecho que motiva la causa.

Que esta insoslayable referencia temporal determina la competencia del Juez al momento en que se produce el hecho generador del estado de controversia a resolver, no después. Que aplicada tal condición al caso de autos surge el error del iudicante, desde que es la situación en que se disuelve una relación hasta ese momento establecida, de convivencia permanente entre los padres del niño y la consiguiente sustracción del mismo a la guarda y tenencia que se había desarrollado en forma conjunta en el hogar que todos habitaban, el hecho generador del presente conflicto, no las posteriores situaciones, que constituyen solamente su serie secuencial.

Agrega que tratándose de padres que conviven aún sin vínculo matrimonial, pero con residencia estable en donde cohabitan con su hijo, este lugar también constituye el domicilio del menor, solo modificable cuando se le otorgue la guarda en forma convencional o judicial a uno de los progenitores, extremo que no ha acontecido en autos donde el niño fue trasladado por su madre a la provincia de Entre Ríos sin ningún consentimiento de su parte a un lugar que no es el domicilio ni lugar de residencia habitual de la progenitora.

Dice que su parte inicio la acción de tenencia y medida precautoria concomitantemente con la sustracción del menor del

domicilio con residencia habitual que poseía junto a ambos progenitores, como inmediata reacción para recuperar el ejercicio de la patria potestad y en protección de su hijo que requiere particulares atenciones médicas y pedagógicas, que hasta ese momento le eran adecuadamente proveídas en el lugar donde vivía.

Que obviando las fechas pertinentes de iniciación de ambos actuados, cuya conexidad resulta ineludible, el Tribunal desconoce su prevención en la materia y decide declinar su competencia a favor del magistrado de Entre Ríos por apreciar – erróneamente- que dicho juez previno en un expediente de medida cautelar de restitución de menor iniciado ante aquellos estrados por la madre.

Sobre esta base resulta inconducente pretender extender la doctrina de V.E. al caso de autos, ya que aparece nítida la diferencia de las situaciones fácticas de los precedentes citados en el fallo y el sub examine. En aquellos se puede advertir la distancia temporal entre la separación de los convivientes y la radicación de aquel padre o madre que quedo viviendo con el hijo en lugar diferente del otro progenitor/a; casos en que el eventual lugar de residencia común pierde significación, tornándose aplicable el criterio subsidiario del domicilio de la parte demandada.

Alega también el desconocimiento del sentenciante del superior interés del niño y su derecho a su centro de vida, que en el

caso no es otro que San Martín donde el menor ha transcurrido legítimamente la mayor parte de su existencia, hasta que su madre excediéndose en sus derechos lo sustrae y lo traslada a un lugar ajeno en la provincia de Entre Ríos.

Que al otorgar automáticamente competencia al Juez del “domicilio de la demandada” el fallo se aleja de meritar las circunstancias particulares del caso, priorizando la eventual defensa del mayor por sobre los elementos que hacen al conocimiento integral de lo necesario para la protección del niño, y la ponderación de la atribución de su tenencia, en el lugar donde fue desarrollando sus núcleos afectivos, escolares, familiares y su atención terapéutica etc. y de donde fue abruptamente desarraigado.

Finalmente aduce que el fallo incurre en absurdo al afirmar en forma apodíctica que el domicilio real de la accionada se encuentra en Gualeguaychu Entre Ríos, ignorando el contexto de los hechos y la valoración de la prueba tempestivamente aportada para determinar que el domicilio de la madre y el centro de vida del niño es Villa Ballester. A saber: constatación del establecimiento escolar Instituto Ballester ; informe de tratamiento médico –fonoaudiológico y declaración de testigos coincidentes en señalar que el domicilio de la familia F. es la calle M. de Villa Ballester.

II. Opino que la queja debe tener andamio.

Previo a toda consideración entiendo pertinente señalar que la naturaleza misma del conflicto por el que llega el expediente a esta sede, exige mantenerse al margen de toda consideración respecto del tema de fondo relativo a la custodia del niño que ambas partes reclaman para sí, puesto que -en rigor - no se trata aquí de valorar las capacidades que éstas puedan detentar o atribuirse, sino de definir el Tribunal que habrá de conocer en los procesos que tienen como protagonista principal al niño A. F..

Según surge de autos el señor C. J.F. promovió acción de tenencia provisoria de su hijo contra la señora M. L. C. con quien refiere convivió por espacio de cuatro años y seis meses y de cuya relación nació su hijo A. en fecha 24 de febrero de 2007; en actuaciones que fueron recepcionadas y radicadas ante el Tribunal de Familia n° 2 de San Martín los días **14 y 18 de marzo de 2011**, respectivamente -v. fs. 8 vta. y 9 de la causa **48.508-** y de previa denuncia efectuada el día 4 de marzo anterior con motivo de la ausencia de la madre junto con el menor del domicilio en que residían, situado en la calle M.XX de la localidad de **Villa Ballester partido de San Martín**. En la citada **fecha 18 de marzo** - fs. 9 de la causa 48.508- el Magistrado interviniente, tuvo por iniciado el trámite y dispuso: “atendiendo a la urgencia invocada y principalmente la edad del niño involucrado en la conflictiva (4 años), la urgente

intervención del Equipo Técnico del Tribunal –área social y psicológica- a los fines de la evaluación de la situación denunciada”.

Asimismo obra en fs. 14 -c. 48.508- certificación de haber ingresado con fecha **21 de marzo de 2011** por ante el citado Tribunal de Familia n° 2 un exhorto rogatorio de restitución del niño A. F. proveniente del Juzgado de menores y penal de niños y adolescentes de Gualeguaychú, Entre Ríos, en medida dispuesta por ese magistrado con fecha **16 de marzo de 2011** en autos “C. M. L. c/ F., C. J. s/ Medida Precautoria (Restitución de Hijo)”.

También surge del escrito de inicio que frente al sorpresivo retiro de la Sra. C. con el pequeño A. el **3 de marzo de 2011**, el actor en tren de informarse sobre el paradero de su hijo se comunicó con los padres de la Sra. C. en Gualeguaychu –Entre Ríos- quienes le refirieron que efectivamente ambos se encontraban en ese domicilio y que la Sra. C. no volvería, y que frente a tal situación -el Sr. F.- previa denuncia, decidió en el día domingo **13 de marzo** viajar a aquella localidad, trayendo de regreso a su hijo, con quien se encuentra actualmente, a fin de no interrumpir la escolaridad y el tratamiento médico y fonoaudiológico que desde tiempo atrás venía realizando el niño dos veces por semana.

Que obran en fs. 11, 12, 13 y 15 sendas constancias del tratamiento fonoaudiológico seguido al menor por la especialista

tratante y de la escolaridad de A. en el Instituto Ballester en condición de regular en el Nivel Inicial desde Sala de dos años concurriendo actualmente a la Sala de cuatro años. A su vez constan en fs. 20/21 testimoniales que dan cuenta de aquellos extremos cuanto del domicilio del niño y su madre en Villa Ballester.

En tal contexto, considero que la regla atributiva *forum personae* utilizada en supuestos como el presente, hace referencia como lo ha dicho nuestro Máximo Tribunal “al lugar donde los hijos viven efectivamente y representa un punto de conexión realista, en tanto contribuye a la inmediación, valiosísimo elemento en el manejo de casos de esta índole...” que “.... se profundiza y refina, a la luz de la noción del *centro de vida*, que hace suya el art. 3º inc. f) de la ley Nacional 26.061, como una derivación concreta del *mejor interés del niño*, y al que recurre la comunidad jurídica internacional, cuando los asuntos de competencia afectan a la niñez -v.gr. Conferencias de La Haya de 1894 sobre tutela, de 1961 y de 1996 sobre competencia y ley aplicable en materia de protección de menores; y de 1980 sobre aspectos civiles de sustracción internacional de menores- (Conf. dict. Proc. Gral y CSJN “in re“ F., M. A” del 20/08/2008 La Ley Online).

Consecuentemente, quedando claro que el *centro de vida* del pequeño Agustín es la localidad de Villa Ballester, San Martín, habiendo permanecido circunstancialmente en la localidad de Gualeguaychú Entre Ríos, donde fue llevado por su madre sin

consentimiento paterno, y de donde fue regresado por su progenitor, obviamente sin el consentimiento materno a la luz del trámite de restitución que la misma iniciara ante el magistrado entrerriano, y en coincidencia con la doctrina citada y la opinión vertida por la Sra. Asesora de Incapaces, estimo que el fallo en crisis debe ser revocado, debiendo asumir su competencia el Tribunal de Familia n° 2 de San Martín.

Tal es mi dictamen.

La Plata, 13 de julio de 2011.

Fdo. Juan Ángel de Oliveira. Subprocurador General.