



Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**C. F. G. C/ D. H. L. J. S/ INC. ELEVACIÓN**", (JNQFA4 INC N° 119326/2021), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **Patricia CLERICI** dijo:

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 12/13, dictada el día 1 de junio de 2021, que hace lugar a la medida solicitada por la parte actora, intimando a la accionada para que en el término de cinco días de notificada, ampliado en cuatro en razón de la distancia, proceda a restablecer la residencia de la niña C.C. en la ciudad de Neuquén, bajo apercibimiento de disponerse inmediatamente las medidas que se estimen necesarias a tal fin.

a) En su memorial de fs. 37/41 -presentación web de fecha 8/9/2021- y su ampliación de fs. 43/44vta. - presentación web de fecha 9/9/2021-, la recurrente se agravia, en primer lugar, por la falta de sustanciación con carácter previo al dictado de la resolución atacada y la consecuente afectación del derecho de defensa de la demandada.

Dice que el expediente principal ha recibido tratamiento bajo las normas del proceso sumarísimo y como medida autosatisfactiva. Cita doctrina.

Insiste en que el supuesto formal de procedencia de la medida autosatisfactiva requiere que no exista otra vía más idónea y la existencia de una cierta frustración de su resultado, lo que no se verifica en el presente caso, en tanto nada impedía un proceso de fondo tendiente a la resolución del conflicto.



Agrega, como segundo agravio, que no se ha valorado con perspectiva de género la violencia que caracterizó la relación afectiva entre las partes, y que desencadenó el traslado de la madre con su hija a la provincia de Mendoza.

Sigue diciendo que si bien en materia de relaciones de familia la regla es la coparentalidad, la existencia de situaciones de violencia de género -en su modalidad doméstica o familiar- quebranta tal principio.

Como tercer agravio sostiene que se le ha dado al lugar de nacimiento de la menor un alcance erróneo, al emparentarlo con el concepto de centro de vida. A continuación refiere a los elementos que componen este concepto, afirmando que en autos no se ha considerado la dimensión subjetiva -precepción personal e internalización del lugar donde desarrolla su vida, de las personas que con él interactúan en ese lugar, dotándolo de una significación que es propia y distintiva-.

Sobre este aspecto, la quejosa relata que la niña no desarrolló con la ciudad de Neuquén ningún tipo de arraigo, ni desplegó vínculos interpersonales, como tampoco hizo propios espacios de desenvolvimiento. Del mismo modo -dice-, tampoco fue ponderada la dimensión objetiva del concepto de centro de vida, en orden a que el tiempo que materialmente estuvo C. en la ciudad de Neuquén fue sumamente escaso.

Señala que, en contraposición, la niña ha pasado la mayor parte de su vida en el nuevo centro de vida, al que se debió arribar de manera "legítima", en tanto acción dirigida a proteger la integridad psicofísica de ambas como víctimas de violencia sostenida.

Así, la quejosa agrega que media la posibilidad de separar a la menor de su madre al pretender traerla a la



ciudad de Neuquén, debido a que la decisión de buscar refugio en el lugar de origen fue consecuencia de la violencia grave a la que fue sometida y respecto de la cual el Estado no la resguardó.

b) Conferido el traslado de ley, el actor contesta a fs. 46/52 -presentación web de fecha 20/9/2021-.

En primer término, refiere que el recurso de la demandada trasluce una mera disconformidad con la sentencia dictada en la instancia de grado, careciendo de una crítica concreta y razonada a esa decisión; solicitando se declare desierto el recurso deducido por su contraria, con costas.

En subsidio contesta los agravios. Acerca de la alegada falta de sustanciación de la medida autosatisfactiva, con carácter previo al dictado de la resolución atacada y la consecuente afectación de su derecho de defensa, alega que la recurrente contaba con todas las vías procesales que le otorgar el ordenamiento jurídico para hacer valer legítimamente los derechos que consideraba vulnerados; pese a lo cual, eligió utilizar las vías de hecho y sustraer a la niña del contacto con su padre.

Expresa que la jurisprudencia y doctrina en la materia son contestes en afirmar que la restitución opera a los efectos de restablecer al niño a su centro de vida, en tanto que las cuestiones que hacen al ejercicio de la coparentalidad deben tramitarse por la vía que corresponda.

Dice que en la presentación que se contesta se pierde de vista el interés superior de la niña C., pretendiéndose constituir la en víctima para justificar el accionar de separarla de su padre a los pocos días de haber nacido.

Insiste en que el decisorio en crisis no conlleva una vulneración al derecho de la madre sino el debido respeto



del derecho constitucional del niño -que merece protección integral-, desde que aquella ha contado en todo momento con asistencia letrada y, por lo tanto, no puede desconocer la ilicitud de su conducta.

Aduce que la recurrente trasladó a la niña ilegalmente de su centro de vida, sin respetar los acuerdos de coparentalidad que ella misma había realizado con el progenitor.

Sobre este aspecto, señala que el segundo agravio de la quejosa no es más que una manera de justificar la ilegalidad de su accionar. Afirma que las decisiones judiciales tomadas en orden a la coparentalidad no fueron cumplidas por la madre; que su parte cumplió en tiempo y forma con el pago de la cuota alimentaria provisoria así como con el de la obra social; que las opciones ofrecidas por su parte respecto de la vivienda no fueron aceptadas por la recurrente; que no retuvo las pertenencias de la accionada y asistió junto con su hija a un centro de estimulación temprana en Neuquén - lo que formaba parte del plan de coparentalidad junto al régimen de comunicación diaria que la recurrente frustró al trasladarse a la ciudad de Mendoza-.

Agrega que la manda judicial de restitución continúa sin ser cumplida, en tanto que si bien fue apelada, el recurso se concedió con efecto devolutivo, y pese a que la integridad de la accionada jamás estuvo en riesgo, en tanto afirma no haber sido violento ni con la madre ni con la niña, la demandada pretende manipular la perspectiva de género para satisfacer un propósito que vulnera los derechos fundamentales de la hija en común.

Acerca del tercer agravio, insiste en la ilegitimidad de la medida adoptada por la demandada, sosteniendo al respecto que las circunstancias por las cuales



expone que tuvo que trasladarse a la ciudad de Mendoza, de ninguna manera legítima la decisión tomada.

c) La Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente emite dictamen a fs. 60, reiterando el realizado con fecha 28 de mayo de 2021, el que concluyó requiriendo la restitución de la niña a su centro de vida en la ciudad de Neuquén.

II.- Como primera cuestión, analizado el memorial de la recurrente encuentro que no están dadas las condiciones para declarar su deserción, en tanto el remedio deducido por la demandada contiene una crítica razonada y concreta del resolutorio cuestionado en los términos del art. 265 del CPCyC, por lo que he de avocarme a su tratamiento.

III.- Ingresando en el análisis de la resolución cuestionada, habré de examinar, en primer término, la viabilidad de la vía elegida por el accionante para obtener la restitución de C.C. a la ciudad de Neuquén. Luego, y en caso de corresponder, analizaré si las constancias de la causa han sido valoradas por la a quo transgrediendo los presupuestos que impone la perspectiva de género y, en concreto, si se le ha atribuido al concepto centro de vida un alcance equivocado.

Como es sabido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que abarca no sólo el acceso a la jurisdicción, sino también a contar con medidas justamente eficaces para la satisfacción del derecho que se pretende vulnerado.

Particularmente en los casos de impedimento de contacto con los hijos cuando los padres se han separado, su tratamiento procesal diferenciado es insoslayable en virtud de las dificultades que plantea asegurar la prestación de tutela judicial efectiva, no sólo en orden a la ejecución de la



sentencia, sino también en el trámite aplicable al procedimiento de restitución.

Se tiene dicho sobre este aspecto, que asegurar la eficacia de la actuación judicial es un imperativo de orden constitucional que se acentúa cuando están comprometidos los derechos de los niños, teniendo presente que la garantía de la tutela efectiva constituye un mandato dirigido no sólo al legislador -quien debe suministrar las normas procedimentales adecuadas para hacer realidad los derechos sustanciales-, sino también al juez, quién en la interpretación y aplicación de las normas legales existentes debe optar por las más idóneas para asegurar esa clase de tutela.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que *"cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional"* (autos "M.S.A. s/ Materia Prev. s/ recurso de amparo", 23/11/2004, M. 3805, XXXVIII).

Oportunamente, al fallar la causa "Cárcamo c/ Consejo Prov. de Educación" (expte. n° 46.876/2010, 15/11/2011) sostuve: *"Si bien coincido con la solución que propicia el señor Vocal que ha votado en primer término en orden a confirmar el resolutorio de primera instancia, entiendo preciso manifestar mi discrepancia respecto a la inconstitucionalidad del instituto "medida autosatisfactiva" ya que entiendo que no en todos los supuestos aquella vulnera el art. 18 de la Constitución Nacional o, dicho de otro modo, puestos en la instancia de no poder conciliar derechos y garantías de raigambre constitucional, la salida habrá de ser*



el debilitamiento momentáneo de uno de ellos, de acuerdo con su naturaleza.

"Jorge W. Peyrano, motor de la tutela anticipada en nuestro país, fue quién nos introdujo en esta temática, primero con la medida cautelar innovativa y, luego, con la medida autosatisfactiva. Dicho autor definió a la medida autosatisfactiva como un "requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota -de ahí lo de autosatisfactiva- con un despacho favorable, no siendo entonces necesaria la iniciación ulterior de una acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar" ("La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela..." en Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal-Culzoni, n° 1).

"He de reconocer que, conforme se señala en el voto precedente, el flanco más débil de esta tutela anticipatoria es la falta de contradictorio, que se vincula directamente con el ejercicio del derecho de defensa.

"El maestro Augusto Morello hace hincapié en este aspecto, y recuerda que "al asistir en agosto de 1999 a la Segunda Conferencia Nacional (brasileña) de Abogados, en Curitiba, Paraná, ante las arrolladoras propuestas de la procesalita brasileña, lanzadas al ruedo en el corredor de las nuevas tutelas urgentes y a las innovaciones legislativas en rededor de tales técnicas, colegas de Porto Alegre advirtieron, con tono severo y prudente, que era imprescindible, antes de que nos invadiera un contagioso empeño en pro de esos logros anticipatorios, detenernos a esclarecer el punto de partida. Esto es, sobre lo que no dejaba de experimentarse dudas y que, centralmente, son éstas: cuando de modo unilateral (sin audiencia de la otra parte), sin acatar la previa bilateralidad, reconozco y concedo un anticipo de la condena a sobrevenir al concluir el proceso que



tiene el mismo objeto que ha sido anticipado, ¿procede la jurisdicción en ejercicio de una actividad cautelar o, inversamente, condena ya (definitiva o provisoriamente) en todo o en parte, dejando total o parcialmente baldía a la sentencia de mérito, y si es así no compromete, severamente, lo más riguroso del proceso justo? La advertencia quedó flotando sin respuesta. También entre nosotros -nos parece- esa crucial interrogación tampoco ha merecido la respuesta convincente que procure explicar el perfil que recortan exteriorizaciones jurisdiccionales que atribuyen antes lo que hubiera correspondido a un después (la sentencia definitiva)...” (cit. por Enrique M. Falcón, “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, T. IV, pág. 860/861).

“Y para dar una respuesta a este interrogante ha de partirse de la premisa que los sistemas de tutela anticipada no pueden enmarcarse en los procesos cautelares comunes, sino que son una derivación necesaria, por lo menos en nuestro derecho interno, de la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 5° inc. 1° y 8° inc. 1°), y solamente en ese marco conceptual deben ser operativos. Únicamente cuando se encuentran seria e inminentemente comprometidos los derechos inherentes a la integridad psicofísica y moral de la persona es que procede el debilitamiento del derecho de defensa, frente a la irreparabilidad del daño que se puede producir sino se brinda una tutela judicial urgente y efectiva.

“Ello trae como consecuencia que los requisitos esenciales de la medida autosatisfactiva -como especie de la anticipación de tutela-, en los cuales coincide la jurisprudencia, son la evidencia del derecho, y la urgencia (apreciada como inmediatez del daño e irreparabilidad del perjuicio).



"Así se ha dicho, "quién pretende medidas autosatisfactivas no sólo debe dar los elementos que justifiquen sus hipótesis fácticas y normativas, sino con un altísimo grado de verosimilitud, la imposibilidad que la misma sea refutada; dentro de los presupuestos para admitir estas medidas no se requiere un simple *fumus bonis iuris*, una mera verosimilitud o apariencia de buen derecho, sino un alto grado de certeza, una evidencia tal que no admita, *prima facie*, posibilidad de discusión" (Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala 3°, "Abentin c/ Carranza", Lexis n° 1/70047103-3). Y es que, "a los fines de hacer lugar a la medida autosatisfactiva, el juez debe necesariamente sopesar, no sólo los derechos de quién peticiona la pronta satisfacción de su interés, sino también los de aquél contra quién habrá de ser ejecutada de modo anticipado la tutela, no pudiendo pasar por alto otras garantías constitucionales directamente vinculadas a la eficacia del proceso en el que se satisfaga ese requerimiento" (CSJBA, "R., V. y otro", Lexis n° 1/70024143-2).

"Con similares conceptos se ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así, al fallar la causa "Camacho Acosta" (JA 1998-I, pág. 645), en la cual trató una medida cautelar innovativa que era, en realidad, una tutela cautelar anticipada, precisó que este tipo de decisiones son excepcionales, porque alteran el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, por lo que resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión. En este precedente la Corte acoge favorablemente la tutela anticipatoria, destacando que mediante ella se pretendía reparar un agravio a la integridad física y psíquica tutelada por el art. 5° inc. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.



"Distinta fue la postura del máximo tribunal de la Nación cuando se trató de tutelar derechos de distinta naturaleza. En el caso "Bustos" (sentencia del 26/10/2004) la Corte niega la medida autosatisfactiva, y uno de sus Ministros, la Dra. Highton de Nolasco, critica duramente la actuación de los jueces de grado que, provocando una irritante desigualdad entre los depositantes, por medio de medidas autosatisfactivas, generaron un notable trastorno económico que incluso puso en riesgo la regularización de los compromisos asumidos por la Nación frente a los organismos internacionales de crédito. Claro está que este fallo debe apreciarse en el contexto socio económico de su dictado, y sobre todo considerando la generalidad de la problemática que abordaba, por lo que, en muchos aspectos, es más político que jurídico."

"Lo hasta aquí expuesto permite comprender el carácter excepcionalísimo de la tutela anticipada, la prudencia y estrictez con que debe apreciarse su procedencia, y los recaudos insalvables que debe reunir el caso".

En autos, al momento de peticionar el progenitor la restitución de la niña a la ciudad de Neuquén, y si bien prima facie existían elementos que abonaban el derecho a obtener una tutela rápida -la niña nació en la ciudad de Neuquén y había sido trasladada por su progenitora a la provincia de Mendoza, sin consentimiento paterno ni autorización judicial-, no existía, cuanto menos no se denunció, riesgo alguno para la persona menor de edad, por lo que, en mi opinión, se tendría que haber emplazado a la madre a estar a derecho con el objeto que ejerciera su derecho de defensa, por un término breve, claro está, y luego resolver sobre lo peticionado por el padre.

No obstante ello, lo actuado por la jueza de grado no resulta inválido por este motivo ya que la demandada



pudo ejercer su derecho de defensa en oportunidad de notificarse de la resolución judicial, recurriendo la decisión de grado y exponiendo las defensas que consideró pertinentes, por lo que aquél está salvaguardado. Ello, sin dejar de señalar que, de conformidad con las constancias del sistema Dextra, a la fecha de esta sentencia la resolución de grado no ha sido cumplimentada, ni voluntaria ni forzosamente.

IV.- Yendo ahora a la procedencia de la restitución ordenada, y conforme doctrina del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, el acento en este tipo de cuestiones ha de ponerse en la licitud o ilicitud del traslado.

Entre la jurisprudencia que exhibe al Alto Tribunal en la materia, en la causa "F.R.D. c/ F.A.V." (expte. n° 71.176/2015, Acuerdo n° 6, de fecha 10/5/2018, del registro de la Secretaría Civil) dijo: *"En pos de la correcta interpretación legal, se debe acudir a la Ley 26.061 que al tratar el interés superior del niño, define el concepto centro de vida como el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia (Art. 3, Inc. f).*

"Es claro que esta pauta se orienta a favorecer la intermediación del niño -en su calidad de sujeto de derechos- con la judicatura y su equipo interdisciplinario. Se trata de uno de los principios que rigen el proceso de familia conforme el Art. 706 C.C.yC., y tiene como finalidad garantizar la tutela judicial efectiva del niño en cuestión y el derecho a ser oído, los que conforman su interés superior.

"...Surge de las actuaciones que las niñas MC.F. y C.P.F. habitaron esta ciudad de Neuquén con su mamá y su papá, desde su nacimiento (30/4/10 y 19/6/12), hasta el año 2014, en que su madre se traslada llevándolas consigo, en infracción a



la orden judicial de abstenerse de abandonar la provincia...y con la oposición expresa y sostenida del padre que solicita el reintegro a Neuquén desde entonces.

"Resulta además que existen entre las partes numerosos procesos sobre protección de derechos, alimentos, régimen de visitas del padre, régimen de visita de los abuelos, que tramitan todos por ante el Juzgado de Familia nro. 2 de Neuquén, y que las niñas han sido entrevistadas y evaluadas por profesionales del Equipo Interdisciplinario, por la Defensora del Niño y por la magistrada titular del juzgado, en reiteradas oportunidades.

"...En el caso no puede pasarse por alto...que el traslado de las niñas fue ilegítimo, llevado a cabo por la madre en infracción a la resolución judicial dictada el 14/02/14 por la Jueza de Familia, que le ordenaba momentáneamente abstenerse de abandonar la provincia con las niñas con el fin de no violar las garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio...En efecto, la progenitora acudió a vías de hecho, cuando se encontraba en curso la intervención de la justicia, trasgredió la orden de la Jueza, no solicitó autorización, ni dio aviso de la decisión que estaba tomando de mudar el domicilio de las hijas a 1.200 km de su centro de vida.

"...De tal manera, se concluye que ha transcurrido el tiempo manteniéndose una situación de hecho en relación al desplazamiento del domicilio de las niñas, que no configura el centro de vida concebido como el lugar donde el niño hubiere transcurrido la mayor parte de su vida en condiciones legítimas...Es necesario recordar que uno de los principios del proceso de familia es la buena fe, y que el ordenamiento jurídico no avala el uso abusivo de los derechos...Asimismo que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos progenitores y que los desacuerdos deben resolverse ante



la judicatura...Por ello, y en este caso concreto, aquél domicilio fijado ilegítimamente por la progenitora, no es el centro de vida del art. 716 del CCyC...”.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un reciente fallo, dejó sin efecto la sentencia de la Cámara de Apelaciones -que hacía lugar a la restitución de la hija reclamada por el padre- acudiendo al concepto de lugar de residencia habitual y a la inexistencia de consenso relevante de los progenitores en orden al cambio de residencia familiar: autos “V.M. c/ Y.C.R”, sentencia del 22/10/2020 (DFYP junio/2021, pág. 31).

La Corte sostuvo en el precedente citado: “...a la luz del concepto de residencia habitual referido, la ausencia de una permanencia prolongada en la ciudad de Burdeos, así como de la acreditación de una voluntad precisa, concluyente y compartida de ambos progenitores de trasladar el hogar familiar a Francia, conducen a descartar a dicha ciudad como lugar de residencia habitual y, por ende, a rechazar la solicitud de restitución requerida por no configurarse un supuesto de retención ilícita”.

Trasladando estos conceptos al caso de autos, las características del presente se asemejan más al precedente de la Corte Suprema que al del Tribunal Superior de Justicia, más allá que en el primero se trató de una restitución internacional.

Es preciso destacar que, como siempre sucede en la generalidad de los conflictos que debe resolver el Poder Judicial, lo relevante son los hechos comprobados en el expediente, destacándose en el sub lite la relación que unió a los progenitores.

De acuerdo con lo manifestado por el actor en el trámite sobre violencia familiar (expte. n° 117.541/2021),



cuyas constancias tengo a la vista a través del sistema Dextra, mantuvo con la aquí demandada una relación de negocios a distancia, hasta que a mediados de febrero de 2020 deciden conocerse personalmente y realizar un viaje a Villa La Angostura por un lapso de diez días; luego del viaje -fines de febrero de 2020- la señora D. regresa a su domicilio sito en Chacras de Coria, Luján de Cuyo, provincia de Mendoza, manteniendo, desde ese momento, un contacto telefónico más fluido y personal.

El actor sigue diciendo en el trámite señalado: *"...el día 10 de marzo 2020, la actora en una charla telefónica me informa su estado de gravidez, por lo que quién suscribe decide viajar hasta la ciudad de Luján de Cuyo -Chacras de Coria-, para acompañarla, y desde esa fecha he asumido responsablemente todas las obligaciones con respecto a la niña, solventando los gastos de la obra social...alimentos, vivienda y demás necesidades que la actora y nuestra hija por nacer demandaba.*

"Que al momento de declararse el aislamiento social, preventivo y obligatorio ASPO en nuestro país, ambos nos encontrábamos en nuestros domicilios y realizando nuestras actividades normalmente, por lo que los meses subsiguientes solo mantuvimos contactos telefónicos.

"Que a mediados del año 2020 la Sra. D. viaja a Neuquén, con su hermana y su madre para realizar algunos estudios médicos a nuestra hija. Las mismas se hospedan en mi departamento. Durante esa estadía, la hermana de la actora se pone de novia con un vecino de mi edificio, precisamente en el piso 10 depto. C por lo cual las visitas posteriores de la actora en autos tienen como residencia el domicilio mencionado supra.



"A mayor abundamiento, es importante destacar que las desavenencias con la Sra. D. afloran cuando ella no acepta alojarse en mi departamento y prefería quedarse con su hermana y su cuñado... Que debido a la situación mencionada, le dí una llave de mi departamento para el caso que necesite descansar tenga la alternativa de hacerlo sin problemas en mi domicilio.

"El día 01/01/2021 nace C., nuestra hija...la señora D. nunca convivió con el suscripto en el domicilio de ..., piso ... depto. ..." -presentación web de fecha 25/2/2021-.

Por su parte, la aquí demandada denuncia, en el mismo trámite sobre violencia familiar, que se vino a vivir a Neuquén en febrero de 2020, habiendo conocido al padre de su hija en Mendoza, en una operación comercial. En la sede de la Oficina de Violencia, con fecha 24/2/2021, sostiene que *"Durante el embarazo sufrió violencia psicológica y aislamiento. Ella acá no tiene red. Vendió su casa allá para comprar máquinas, para invertir en la construcción de bolsas de polietileno. Ella montó su empresa en Cipolletti, en un predio alquilado en principio por la empresa familiar de él. En noviembre venció el alquiler, ella lo siguió pagando. Se quiere ir de ahí. En este último tiempo discutió tato con él como con su hermano E. La amenazaron con que se pudre todo en relación a la empresa, le dijeron nos debés plata. Esa noche entraron a robar, le robaron herramientas, sin eso no puede trabajar. Hizo con fecha 13/2/2021 denuncia penal en Cria 4ta. de Cipolletti. La adjunta. A solicitud de la empresa de él, le solicitaron a Edersa cortar la luz. Ahora está cortada. Si ella no puede trabajar sólo puede recurrir a él. De esta manera ejerce violencia psicológica.*

"Señala que la echó varias veces del domicilio, dejándola en la calle y denigrándola con dichos como: sos inútil, no servís para nada, estás loca, enferma, gorda,



volvete a Mendoza. Hasta llamó a su hermano R. para pedirle que se la lleve a Mendoza...".

Más allá de las diferentes visiones sobre los mismos hechos que dan los progenitores, entiendo que en autos no se ha logrado acreditar cuál era el centro de vida o el lugar de residencia habitual de la niña en oportunidad de su traslado a la provincia de Mendoza.

Sí surge de lo actuado hasta el momento que los progenitores de la niña nunca tuvieron la intención o la expectativa de constituir una familia y radicarse conjuntamente con su hija en esta ciudad. De los dichos de las partes se advierte que el nacimiento de la niña no respondió a una planificación familiar ni a un deseo común, y que tampoco aquél operó como elemento de unión entre los progenitores, antes bien acentuó las diferencias.

El solo hecho que la niña haya nacido en la ciudad de Neuquén no importa que este sea su centro de vida, ya que durante el embarazo la madre fue y vino entre ambas ciudades, en los momentos en que estuvo en Neuquén no convivió con el actor sino que se hospedó en el domicilio de su hermana, luego del nacimiento de la hija pareciera que se instaló en el departamento de propiedad del padre, pero sin convivencia con éste, y para mayo de 2021 (la niña nació el primero de enero de 2021) ya estaba de regreso en Luján de Cuyo.

Luciana B. Scotti y Leandro Baltar sostienen, con cita del caso "Delvoye c. Lee" de la jurisprudencia estadounidense, que en aquellos casos de recién nacidos menores de seis meses, el elemento esencial a los fines de establecer la residencia habitual del niño es la voluntad recíproca de ambos progenitores de fijar domicilio en la que resultare la residencia habitual del niño (cfr. aut. cit., "La



configuración del lugar de residencia habitual en los casos de restitución internacional de niños”, DFYP, junio/2021, pág. 36).

En autos, conforme lo indiqué, no encuentro elementos objetivos que me permitan entender que existió esta voluntad recíproca de ambos progenitores de fijar el domicilio común en la ciudad de Neuquén.

A ello cabe agregar la situación de desamparo en que se encontró la madre con posterioridad al nacimiento de su hija: sin vivienda, ya que no pudo ser reinstalada en el domicilio del actor y sin posibilidades de proveerse su sustento y el de su hija por estar imposibilitada de desarrollar su actividad comercial.

No paso por alto que la parte actora ha ofrecido el alquiler de una vivienda para que madre e hija puedan instalarse en la ciudad de Neuquén, como así también que el progenitor manifiesta cumplir con el pago de la cuota alimentaria provisoria fijada judicialmente, pero ello, en todo caso, importa el reconocimiento de que madre e hija fueron expulsadas del domicilio del padre, en el que se habían instalado con posterioridad al parto.

En síntesis, entiendo que no están dadas las condiciones, por el momento, para disponer el reintegro de la niña a la ciudad de Neuquén, ya que no existen en autos elementos que permitan entender que el traslado de la madre junto con la hija de las partes a la provincia de Mendoza sea ilícito.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte demandada y revocar el resolutorio recurrido.

Recomponiendo el litigio, se rechaza el pedido de restitución de la niña C.C. a la ciudad de Neuquén.



Las costas de ambas instancias se imponen en el orden causado, dado las características del caso de autos, que pudieron generar en el actor el convencimiento de que le asistió derecho para peticionar como lo hizo (arts. 68, 2da. parte CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la labor en la primera instancia en la suma de \$ para la letrada patrocinante de la parte actora ...; y por la actuación en la segunda instancia, fijo los honorarios en la suma de \$ para la abogada ..., y \$ en conjunto para el defensor oficial Nicolás Scagliotti y las letradas ... y ..., todo de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6, 9, 11 y 15 de la ley 1.594.

José I. NOACCO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia dictada el día 1 de junio de 2021 (fs. 12/13) y en consecuencia rechazar el pedido de restitución de la niña C.C. a la ciudad de Neuquén.

II.- Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (art. 68, 2 da parte del CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales por la labor en la primera instancia en la suma de \$ para la letrada patrocinante de la parte actora ...; y por la actuación en la segunda instancia, fijo los honorarios en la suma de \$... para la abogada ..., y \$ en conjunto para el defensor oficial Nicolás Scagliotti y las letradas ... y ... (arts. 6, 9, 11 y 15 de la ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria