



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

14C

C 121539 "P. B., E. G. c/
B. K. E. s/ medidas precautorias"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Zárate Campana con fecha veintisiete de diciembre de 2017 rechazó los numerosos recursos de apelación planteados por el progenitor de los niños (fs. 202/8 y 704/9), por el adolescente F. P. B. (fs. 202/19, 754/5 y 772/7) y por la Asesora de Incapaces (fs. 529/42) contra: (1) la resolución de fs. 142/9 y vta. que ordenó el reintegro de los niños a su progenitora, conjuntamente con medidas especiales destinadas a garantizar el tratamiento psicológico de todo el grupo familiar (fs 142/9 con fecha 29 de diciembre de 2015);(2) contra la resolución de fs 509/9bis que, con fecha 25 de febrero de 2016, ordenó al Sr. P. B. a que proceda a la inscripción de sus hijos en el Colegio "" de C. y haga efectivo el traslado de los niños a dicha institución diariamente;(3) contra la resolución de fs 691/3 que, con fecha 5 de septiembre de 2016, dispuso el inmediato inicio de una terapia de revinculación entre los menores y su madre a realizarse con la intervención de un perito psicólogo a desasincular de la lista del organismo de control –con la debida colaboración del progenitor–, el rechazo de la solicitud de designación de un abogado del niño para los menores F. y M. y la ratificación del abogado D. M. como letrado del menor F.; y (4) por último, contra lo decidido a fs 767 vta, con fecha 17 de octubre de 2016, respecto del rechazo de los planteos de incompetencia y recusación formulados por el adolescente

Asimismo hizo lugar parcialmente al remedio planteado por la progenitora a fs. 720 respecto de la designación del letrado

patrocinante Dr. M. como abogado del niño F. (13 años de edad). (fs 799/815)

Contra dicho resolutorio se alza el Sr. progenitor de los niños, Sr. P. B., como abogado en causa propia a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley agregado a fs. 906/32.

II. Del recurso extraordinario de Inaplicabilidad de ley.

El quejoso denuncia violación de los artículos 18 de la Constitución Nacional; 15, 168 y 171 de la Constitución Provincial, 702 inc. d), 703, 704, 706 inc. a), b) y c), 707, 710 y 716 del Código Civil y Comercial de la Nación; los derechos reconocidos en la ley nacional sobre protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes (26.061) y en las leyes nro. 24.417 y su par provincial 14.509 sobre protección contra la violencia familiar; de la doctrina legal de esa Corte relativa a la aplicación del interés superior del niño, en especial, aquella vinculada con el centro de vida de éste y con su derecho a expresar su opinión y a que ésta sea debidamente tenida en cuenta. Asimismo denuncia absurdo en la valoración de la prueba.

Más concretamente, y con el objeto de sistematizar el extenso y puntilloso desarrollo de los agravios traídos, me permito reunir las quejas traídas al amparo de las denuncias sobre absurda valoración de la prueba, de la vulneración del principio del interés superior del niño y de la garantía del debido proceso legal, de la siguiente manera: (i) la omisión del tratamiento de las denuncia de violencia familiar formulada por el hijo F. contra su madre (fs 913 y vta. y 914); (ii) la vulneración de los principios procesales de bilateralidad e incongruencia al resolver la cuestión sin sustanciación previa (fs.931 y vta y ccs); (iii) el incumplimiento del mandato que establece la obligación de tomar en cuenta la opinión de sus hijos de 8 ,9 y 13 años de edad de conformidad con la garantía constitucional que exige que los niños sean oídos y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta de acuerdo con su edad y grado y de madurez-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

capacidad progresiva- (fs. 908vta y 909, 910); (iv) el desconocimiento del derecho de los niños y adolescente a contar con asistencia letrada al revocarse la designación del abogado del niño F. (fs.927 y vta); y por último, (v) la vulneración del concepto de centro de vida como parte integrante del principio del interés superior del niño(fs 918/20 y ccs.).

(i) En primer lugar sostiene que "...la sentencia en crisis no se encuentra debidamente fundada, a tal punto se advertirá que respecto del objeto principal de estas actuaciones, es decir la denuncia de violencia familiar, y luego de mencionar algunas de las manifestaciones de F. en su denuncia de violencia, el fallo dice "más allá de la gravedad de los hechos narrados por F. los mismos no dejan de ser manifestaciones unilaterales que no se encuentran acreditadas, además, no han sido expuestas a la decisión de la jueza de primera instancia por lo que no han podido ser sustanciados. Hallándose comprometidos los principios de bilateralidad y debido proceso y encuadrada la cuestión en el supuesto del artículo 272 del CPCC, el Tribunal no procederá a abordar el agravio en cuestión en esta vía recursiva." (fs. 917).

En igual sentido, afirma que "la sentencia recurrida rechaza mi agravio respecto del reintegro inmediato de los niños al domicilio materno en función de la existencia de acuerdos homologados sobre tenencia y régimen de visitas. Aquí vemos como el no haber tratado la violencia denunciada lleva a que la decisión tomada por la Excm. Cámara resulte absolutamente arbitraria y contradictoria. Ello, ya que no ordena el reintegro inmediato en virtud de no estar dadas las condiciones, pero rechaza mi agravio al respecto, careciendo de sentido dicho análisis, las cosas pueden ser o no ser, pero no pueden ser y no ser al mismo tiempo. Nótese que no esta fundado el por qué los niños no pueden ser restituidos en forma inmediata, a excepción de la denuncia de violencia que si bien no la trataron, fue calificada como grave por la propia Cámara" (fs. 922 vta).

A ello agrega que “la resolución es arbitraria porque sobre un mismo tema resuelve en forma dispar para las partes, por un lado descalifica el informe pericial psicológico de la experta que ha evaluado a los menores por iguales motivos que podría según su entender descalificar a los profesionales que han brindado informes de la Sra B., nada más arbitrario, ofensivo y gravoso, ello es, resolver en forma dispar en beneficio de una parte en disvalor de la otra ante una misma situación dada. La defensa en juicio fue afectada habida cuenta de que no solo se dictó una medida distinta a la peticionada por el actor sino que no se resolvió el fondo de la cuestión planteada por el propio demandante aún considerándose la gravedad del tema traído a la jurisdicción (violencia ejercida contra los menores). En este estado de cosas, se alcanza a percibir que la alzada incurrió en un exceso ritual manifiesto y omitió sentenciar sobre cuestiones sometidas a su jurisdicción frustrando el derecho federal invocado” (fs 930).

En sustento de su queja, destaca que “el equipo técnico del juzgado de familia, como la psicóloga de la Asesoría de Incapaces y la propia Asesora de Incapaces dieron sustento a las denuncias de los niños.” (fs. 917 y vta).

Concretamente afirma que lo que “...debió haber resuelto la Excma. Cámara de Apelaciones es haber devuelto los autos a primera instancia a efectos de que se sustancia la denuncia de violencia familiar y se produzcan las pruebas pertinentes. De ninguna manera podría resolver desoyendo el objeto principal de estos actuados la violencia. Entonces, esta parte se pregunta en virtud de qué resuelve el resto de las cuestiones, es decir, si el proceso comienza con una denuncia de violencia familiar y una reconvención, y la violencia no es tratada ni sustanciada, a qué se debe la revinculación, ¿por qué no se ordena el reintegro?, en virtud de qué se expide sobre el centro de vida, si es que los niños hace casi un año y medio viven en Buenos Aires y concurren al Colegio “. “ y tienen su redes de contención en Buenos Aires, por qué se dice que actué de hecho si no se ha sustanciado la violencia, nunca se pudo demostrar con las pruebas que requiere el Tribunal, ya que a los niños aparentemente no les cree, que en realidad mi accionar fue justificado



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

en su protección, ajustado a derecho y, es más, quien inició el expediente tanto en Capital Federal como en Campana fue el suscripto. Como vemos, son cuestiones imposibles de resolver si no se trata la causa de todo esto, niños que denuncia haber vivido graves, reiterados, y sostenidos hechos de violencia por parte de su madre. Ello trae aparejada la cuestión de la competencia, toda vez que el juez que debe intervenir en la problemática denunciada por los niños es el que tenga jurisdicción en el lugar de residencia de los niños, sin que aporte a su respecto si el mismo se produjo en forma legítima o no” (fs. 918 vta).

Sobre este punto, puso de relieve que “Un día después de la presentación efectuada por F., es decir el 27 de enero de 2016, se diligenció en mi domicilio una orden de restitución por medio de oficiales de justicia y con el auxilio de la fuerza pública, es decir, al otro día en que F. solicita ser protegido por la justicia de la provincia de buenos aires por la violencia de la que habían sido víctimas él y sus hermanos, se presentaron dos oficiales de justicia y alrededor de cinco policías intentando llevárselos por la fuerza, además de estar presente la madre de los niños y su letrado. Dicha medida fracasó por advertir los oficiales de justicia y los miembros de la policía federal, que los niños genuinamente se negaban a volver con su madre, en medio de un ataque de nervios, llantos y gritos de desesperación, más allá de la colaboración que el suscripta estaba prestando intentando calmar a los niños “ (fs 913 y vta).

Por último puntualizó que “Ruego que se lea la petición de la Sra. B. en su presentación de fs. 628 punto IV de medidas requeridas. Si luego de dicha lectura no se prueba la violencia y el desinterés en el bienestar de nuestros hijos, es que no se vela por el derecho sino por el capricho de alguien que incita a la violencia, son solo para obligar a sus hijos que niegan estar conviviendo con la misma a que se los reintegre por la fuerza pública como así también solicitar que no se le comunique a la Asesora la medida a realizarse. Parece increíble que ello suceda en un expediente judicial que haya sido peticionado por una madre que asimismo es abogada, que el expediente sea de violencia denunciada en su

contra y que además tengan acogida sus pretensiones por el a quo. Todos y cada uno de los informes presentados por la Asesora de Menores que interviene en la causa han quedado en letra muerta, ello es, no se ha atendido a la auxiliar que debe velar por los intereses de los menores. Tampoco se la ha escuchado No sólo en interés de los menores no se ha escuchado a los mismos son también se ha pretendido y se pretende (ya que a la fecha tampoco han cambiado su voluntad) compelerlos a la fuerza a vivir un estilo de vida indeseado y actuar para con ellos a la fuerza cuando se encuentran bajo el cuidado de su padre, con su pariente afín, en un establecimiento escolar que hablar maravillas de ellos...” (fs. 929)”

(ii) En segundo término se agravia por considerar la incongruencia del fallo apelado al sostener que “La sentencia recurrida, traspuso el ámbito de conocimiento que le es propio e ingresó arbitrariamente en un capítulo no propuesto por la parte accionante. Al hacerlo, conculcó, en definitiva, el principio capital de la incongruencia. De tal suerte, la actuación de la sala conlleva a un menoscabo a la garantía del debido proceso, con la consecuente afectación, de indiscutible gravedad El Tribunal de alzada decidió confirmar un pronunciamiento dictado en flagrante violación del principio de congruencia. En su escrito de inicio he manifestado hechos de violencia vividos por mis hijos, de modo que la sentencia con un inaceptable desvío conceptual de la atribución del *iura novit curia* resolvió otorgar una medida de restitución lo que ha importado una demasia decisoria que torna nulo el pronunciamiento y obliga a su invalidación incluso *ex officio*. Es decir, la incongruencia del fallo radica en seguir los lineamientos de la resolución dictada en primera instancia en función de la restitución inmediata de los niños al domicilio materno a la localidad de C., donde la lógica indicaba que los tratamientos psicológicos y su escolarización se realizaran en dicha jurisdicción, más no cuando se estableció en forma previa un proceso de revinculación progresivo reconociendo en forma expresa que la residencia actual de los niños es en la C.A.B.A., pero manteniendo los tratamientos psicológicos y la escolarización en la localidad de C. Máxime cuando el interés superior de los niños bajo dichas condiciones no se encuentra mínimamente respetado, dado que se los somete a un esfuerzo inhumano



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

y privándolos de esta forma de una vida plena que comprenda el esparcimiento, la sociabilización, el descanso e incluso el tiempo para el estudio” (fs. 931 y vta)

Puntualmente, pone de relieve que “...es dable observar, que en el andarivel elegido por el Tribunal apartándose del que se propusiera en la demanda como pretensión cautelar, resulta ostensible el quiebre del principio de bilateralidad y contradicción que, como es sabido, constituye el eco procesal de una manda constitucional que los jueces deben privilegiar. En el caso de autos se ha decidido derechamente como pretensión principal agotándose así el objeto del proceso, sin que la real parte actora que debe soportar las consecuencias de la decisión, haya tenido la más mínima oportunidad de ser oída en forma actual... Asimismo es agravante la conversión *extra petita* de la medida cautelar peticionada por esta parte, sin previa resolución cierta del objeto principal, reitero, denuncia de violencia acontecida para con mis hijos menores de edad.” (fs 926 vta)

En definitiva sostiene que, “En tales circunstancias se alcanza a vislumbrar sin hesitación alguna que la decisión de la Cámara no resulta válida, toda vez que ha producido una directa afectación del carácter contencioso del conflicto y ha comprometido la garantía constitucional de la defensa en juicio, así como el orden público que inspira todas las disposiciones que gobiernan el debido proceso legal .. la privación del acceso a la tutela judicial efectiva no puede ser convalidada. La magnitud del vicio que en el caso se destaca, encuadra en el marco excepcionalísimo que conforma la invalidez de oficio, prerrogativa que este Tribunal ha reservado a casos extremos como el de autos ... El grave remedio procesal de anulación oficiosa en la instancia extraordinaria, corresponde, entonces, ante tal inusual supuesto de absoluta incompatibilidad con el debido proceso ... , entiendo que corresponde declarar la nulidad de oficio de todo lo actuado a partir de las peticiones de medidas formuladas por la Sra. Asesora de Incapaces de primera instancia de fecha 29 de diciembre de 2015, toda vez que fueron peticionadas a efectos de poder emitir su dictamen y que a la fecha aún o se han producido” (fs 927 y vta).

(iii) En tercer lugar, sostiene que “la decisión impugnada incurre en un perfeccionismo y/o paternalismo incompatible con el principio de autonomía progresiva de los niños. La sentencia no valora debidamente los principios protegidos en la Constitución Nacional, al presumir *iure et de iure* que se genera un daño para los niños. La situación de los menores no ha sido evaluada por el Tribunal *a quo* a los fines de decidir en la forma en que lo hizo, en tanto omitió tener contacto personal actual con los niños conforme el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sostengo que el fallo no respeta las responsabilidades, derechos y deberes de los padres de impartir a sus hijos cuidado y educación tal como lo dispone el art. 5to de la mencionada Convención, y ante la violencia ejercida por la madre y denunciada por los niños me vi en la obligación de protegerlo, primero físicamente e inmediatamente poner en conocimiento a la Justicia de dicha situación. Mal puede decirse que actué de hecho y por fuera de la ley, menos aún en forma inconsulta, cuando fueron los propios niños los que pidieron no volver” (fs.924 vta).

Específicamente alega que si bien F., M. y F. han sido escuchados “... sus opiniones no fueron tenidas en cuenta, sino que, por el contrario han sido absolutamente desestimadas y devaluadas. La alusión a que los tres niños se encuentran tomados por las palabras del padre, que su opinión se encuentra absolutamente invalidada por una suerte de alienación con el discurso paterno, no es más que seguir sosteniendo las viejas prácticas que avalaban la teoría del niño fabulador ... Es por ello que, ya hace años, distintos especialistas vienen tratando de desmontar estas supuestas teorías anticientíficas que terminan convirtiendo al derecho humano de los niños a ser oídos en meros actos formales. Lo escuchamos, nadie puede negarlo, pero no le creemos nada, no conmueven sus palabras, ni siquiera a riesgo de poner en peligro su integridad física, psíquica y espiritual” (fs. 920 vta).

Por ello, alega que “las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso. Y póngase atención a esta última definición caso por caso. Aquí se trata un adolescente de trece años, una niña



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

de ocho y un niño de diez Nos preguntamos ¿se analizó el caso por caso o se invalidó la palabra de los tres en bloque?, ¿cuál es el fundamento para haber negado la más mínima verosimilitud a las palabras de cada uno de ellos?... La Cámara dice ‘..que ha oído a los niños en presencia de la Asesora de Menores, en los términos del art. 103 del CyC en cumplimiento del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y que si bien han expresado una negativa a retomar la convivencia con su progenitora dejando a salvo la alternativa de mantener encuentros supervisados con la misma, no es menos cierto que se advierte un encono con el rol materno que se presenta llamativo por su falta de sustento en hechos concretos y comprobados de la causa que revistan entidad y gravedad para explicitar tal cerrazón, dando lugar a considerar que la misma es en gran medida un efecto nocivo de la interrupción brusca, unilateral e inconsulta del vínculo que tuvo lugar a partir de octubre de 2015’. Que se advierta encono con el rol materno y que el mismo se ‘presente llamativo’ y que de lugar a considerar que la misma tiene causa en el accionar del progenitor, no son más que inferencias que realiza el Tribunal y no parecen los términos más convincentes para fundar una sentencia. Más aun, teniendo en cuenta, además, que valoran por un lado que los hechos alegados por los niños no revisten entidad ni gravedad para explicitar sus opiniones cuando, por el otro, párrafos más arriba, a fs. 259 se afirma que ‘Más allá de la gravedad de los hechos narrados por F. no dejan de ser manifestaciones unilaterales que no se encuentran acreditadas’, entonces ¿los hechos denunciados por los niños, en particular por F. son de poca entidad o son graves? ..la sentencia en crisis adolece de incongruencias, pero también esta teñida de prejuicios en relación a la capacidad de los niños de poder hablar ,v es decir, opinar sobre aquellos que le acontece, sin necesidad que nadie les lave la cabeza” (fs 922)

Por último, se agravia por considerar que se ha omitido el deber de comunicar a los niños y explicar de qué modo sus opiniones han sido tenidas en cuenta (fs. 922 y vta).

(iii.a) Por otra parte alega que se ha privado a los niños del derecho a contar con una defensa técnica especial. Al respecto sostiene

que "...en el corto e incompleto trámite que se le imprimió en primera instancia previo al dictado de la sentencia, en ningún momento se le informó a los niños su derecho constitucional, recogido por la nacional 26061 y provincial 14568 a contar con patrocinio letrado, más allá de la defensa promiscua de la Asesoría de incapaces, pero, peor aún, pese al expreso pedido formulado por el suscripto, la Asesora de Incapaces y el propio F., como vemos, la Sra. Juez de primera instancia hizo oídos sordos a dicha solicitud, sin siquiera merituarlas, violando de esta forma el debido proceso, el derecho de defensa en juicio y principalmente el interés superior del niño y demás principios rectores. Es decir, se dictó la sentencia de primera instancia sin sustanciarse la violencia denunciada, sin dictamen de la asesoría de incapaces departamental y sin nombrar abogado a ninguno de los niños, en especial, tampoco a F., quien expresamente lo había solicitado" (fs. 911).

Concretamente, entiende que "Se cubre el Tribunal aduciendo que se encuentran representados por el Ministerio Pupilar, sin embargo vemos que esto es contrario a la ley 14568 en cuanto a que dispone que los niños deberán tener letrado independientemente del patrocinio promiscuo de la Asesoría de Menores. No olvidemos que la Asesoría de Incapaces, solicitó previo a dictaminar se llevaran a cabo determinadas medidas periciales en protección de sus asistidas, petición que no fuera ni siquiera tenida en cuenta al momento de dictarse la sentencia de primera instancia y que tampoco fueron producidas previo al dictado de la sentencia de alzada" (fs. 923) Asimismo se agravia por las consideraciones vertidas por la alzada departamental respecto de la designación del Dr. M., como abogado del adolescente F. en cuanto señaló que dicha designación no resultaba adecuada a las exigencias legales y considera que, además, éste defendió los intereses del progenitor, y no los del adolescente (fs. 923 vta y 924).

(iv) Por último, el impugnante alega violación del concepto de centro de vida, como parte integrante del principio del interés superior del niño (fs.918/9). En este aspecto, reitera sus agravios respecto de la omisión de considerar la opinión de los niños, quejándose, en particular, por las afirmaciones efectuadas respecto de que 'el discurso de los niños se encuentra



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

alineado al de los adultos, sin que se les permita pensar autónomamente ni desear por ellos mismos' (fs. 910 vta.).

Sobre este el punto, expresa que "...más allá del accionar ilegítimo que se me achaca y que he venido negando sistemáticamente en cada presentación, explicando que la decisión tomada lo fue en protección de la integridad física y psíquica de mis hijos, no resulta posible concluir en que los niños posean un 'centro de vida' estable y permanente en C. ... Mis hijos desde octubre de 2015 viven en la C.A.B.A., aquí concurren al colegio y han desarrollado amistades y afectos . . . Sin embargo, obligar a los chicos a concurrir al Colegio en C., a 80 km de donde hoy residen, a las 8.00 de la mañana para comenzar el retorno a las 17 hs, para arribar al hogar luego de una hs. y media de viaje al menos, luego de haber transcurrido la doble jornada escolar no solo implica levantarse contra su interés superior, sino que los somete a un sacrificio cotidiano que no tiene, a juicio de esta parte, ningún fundamento jurídico. En el mismo sentido se ha expedido la Sra. Asesora de Incapaces quien apeló la resolución que disponía que los niños concurrieran a dicho establecimiento diciendo que '... resultaba una sin razón que repercutirá en la integridad psico física de sus asistidos' (fs. 919 vta). Concretamente, alega que la Excma. Cámara de Apelaciones resuelve que "... los niños viajen todos los días hasta la localidad de C. Máxime cuando se advierte de la misma resolución que uno de los dos motivos que se da para que el proceso de revinculación, colegio y tratamiento psicológico sea llevado a cabo en Z.C. es la inmediatez con el juzgado, con lo que pareciera que prima la cercanía con el Tribunal por sobre el interés superior del niño, ya que viven en C.A.B.A. Independientemente de ello, no consta en autos informe alguno sobre el estado actual de los niños para enfrentar un proceso sin las pericias previas necesarias. Desde ya si hay algo seguro, es que su opinión no ha sido tomada en cuenta al resolver como lo hizo" (fs. 918)

A mayor abundamiento se agravia por el fragmento del decisorio que resuelve hacer cesar los tratamientos psicológicos que

llevan a cabo los niños, “poniendo en riesgo su salud psíquica creando u impacto emocional disvaliosa, traumático, generando sentimientos de desamparo, inseguridad, pérdida de confianza y peor aún descreimiento en las leyes y en la justicia” (fs. 918).

III. En mi opinión el remedio debe prosperar.

Liminarmente resulta preciso recordar que “la apreciación de las circunstancias del caso para determinar la tenencia de menores en función del interés de los mismos y de la idoneidad de los progenitores, es una cuestión de hecho, privativa de las instancias ordinarias (conf. Ac. 50.246, sent. del 17-11-1992; Ac. 44.881, sent. del 5-3-1991; Ac. 39.648, sent. del 9-5-1989- en ‘Acuerdos y Sentencias’, 11-2-1989; Ac. 78.099, sent. del 28-3-2001)” (SCBA; C107820, sent. del 11-8-2010) de modo que se exige para su revisión la denuncia y demostración del absurdo que, en la especie, considero configurado.

En efecto, resulta sabido que, de conformidad con la doctrina legal de esa Corte, “Para la configuración del absurdo, no es suficiente denunciarlo y exponer una interpretación o valoración propia, sino que hace falta demostrar fehacientemente que el procedimiento lógico-jurídico empleado por el juzgador resultó irrazonable y contradictorio, partiendo siempre de que el error en la apreciación de la prueba debe ser palmario y grave, de modo que lleve a conclusiones contradictorias, inconciliables con las constancias objetivas de la causa” (SCBA, A70.986, sentencia del 28 de diciembre de 2016, entre muchas otras).

Al respecto ha sostenido AUGUSTO MORELLO que “la configuración del absurdo no es rigurosamente un vicio de actividad, sino el resultado de esa actividad en la sentencia, en el área de la prueba. El sentido de ella es el que a su vez acuerda significación jurídica y define la dirección del fallo. Por la valoración errónea los hechos –admitidos o probados– no son respetados y este defecto repercute frontalmente en la derivada tarea de la aplicación de la ley. El vicio de esa motivación desborda el error de actividad y se encasilla en los de la decisión (juzgamiento)” (MORELLO, AUGUSTO, *Los recursos extraordinarios*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

y la eficacia de proceso, v. 2, p.559 citado en HITTERS JUAN CARLOS, *Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación*, 2da ed., La Plata, Edit. Platense, 1998, p.464)

Siguiendo tales pautas, adelanto mi opinión según la cuál la sentencia impugnada adolece del vicio de *incongruencia*, al arribar a soluciones incompatibles entre sí e incurre en el vicio de *falta de motivación* al omitir brindar adecuado tratamiento a las graves cuestiones sometidas a su revisión, especialmente en el contexto de elevada conflictividad en el que se enmarcan las quejas planteadas por cada una de las partes involucradas.

Adviértase que, en rigor, al rechazar los agravios planteados en la totalidad de los remedios analizados –con excepción del rechazo parcial que mereció el recurso planteado por la progenitora–, se confirmó la decisión de fs. 142/9 y vta, (29 de diciembre de 2015) que, en lo sustancial, dispuso el reintegro de los niños a su madre y, al mismo tiempo, se confirmaron las decisiones de 509/9bis y 691/3 (25 de febrero de 2016 y 5 de septiembre de 2016 respectivamente) que ordenaron el traslado diario de los niños a la localidad de C. a los fines de concurrir a la escuela y la habilitación de un dispositivo de revinculación con su madre –lo que supone, y precisamente allí radica la incongruencia, ratificar la permanencia de los niños junto a su progenitor–. En otras palabras, tal como sostiene el recurrente en su remedio, no surge con claridad de los términos de la decisión impugnada si ésta ordena el inmediato reintegro de los niños a su progenitora (como fuera decidido a fs 142/9 y vta), o si, en cambio, dispone el mantenimiento de la guarda de los niños en cabeza del progenitor, al decretar el traslado diario de los niños a C. con el objeto de asistir a la escuela, y la revinculación con su madre con intervención terapéutica especializada.

Por otra parte, la ausencia de motivación suficiente se expresa a través de la omisión del tratamiento de las cuestiones esenciales llevadas a conocimiento del órgano revisor a través de los múltiples

remedios articulados, entre los que cabe destacar: a) la férrea y reiterada oposición de los niños a regresar junto a su madre, a pesar de la orden de reintegro dispuesta a fs 142/9vta; b) la oposición de los niños a vincularse con su madre (ver fs 551/2, 637/641 y ccs); c) los hechos de violencia denunciados por los niños contra ésta (fs. 209/19 vta); d) el riesgo alegado por el padre y por la Sra Asesora respecto los niños en virtud de las decisiones que, ante la imposibilidad de efectivizar la ejecución de la medida de reintegro de los niños al hogar materno en la localidad de C. (fs. 164, 254/7, 313/6, 519, 529/42 y ccs), dispusieron el traslado diario de los mismos a aquella localidad a los fines de concurrir a terapia y de asistir al colegio “”.

Pues, adviértase, en primer lugar, que de la lectura del decisorio impugnado surge que prácticamente la totalidad de los agravios considerados por el tribunal fueron desestimados por razones de índole eminentemente formal desconectadas de la urgencia y gravedad de los hechos sometidos a revisión, vulnerando a las claras los principios generales que gobiernan los procesos de familia, en especial, los principios de la tutela judicial efectiva, del interés superior del niño, de apoyo interdisciplinario y de oficiosidad (arts 706, 707, 709, 710 y ccs Cód.Civ. y Com.).

Más concretamente, una lectura detallada del pronunciamiento en crisis evidencia que, en aquellos tramos en que la argumentación se enderezó al tratamiento de los agravios desde una perspectiva de derecho de fondo, las razones desplegadas se redujeron a replicar los términos en que fuera oportunamente resuelta la cuestión vinculada con la determinación del centro de vida de los niños, cuya decisión se encuentra firme y consentida. (Sent. Sala B, Cám Nac. Civ. fs.2/8 -13 de noviembre de 2015-)

Agrava lo expuesto la circunstancia de que, en oportunidad de ingresar al análisis del agravio vinculado con la violencia denunciada por F. contra su madre, la alzada concluyó que “Más allá de la gravedad de los hechos narrados por F. los mismos no dejan de ser manifestaciones unilaterales que no se encuentran acreditadas, además, no han sido



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

expuestas a la decisión de la jueza de primera instancia, por lo que no han podido ser sustanciados. Hallándose comprometidos los principios de bilateralidad y debido proceso y encuadrando la cuestión en el supuesto del art 272 CPCC, el Tribunal no procederá a abordar el agravio en cuestión en esta vía recursiva” (fs. 807).

Ello pues, no caben dudas que tal conclusión no sólo resulta inconciliable con las constancias de la causa (ver fs.209/20, 221/3, 224, 235, 320/7, 364y ccs.), sino que vulnera la totalidad de normas específicas – incluso la doctrina legal de esa Corte – que obligan a los jueces a adoptar medidas urgentes para asegurar la protección contra cualquier forma de violencia familiar, especialmente, como en el caso, cuando se trata de personas menores de edad (Convención sobre los Derechos del Niño, Observación General del Comité de Derechos del Niño nro 13/2009 sobre el Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, leyes 24779 y 14509 sobre protección contra la violencia familiar y ccs.). Es decir, más allá de la inoportunidad procesal destacada por la alzada respecto de las manifestaciones vertidas, si éstas expresan situaciones graves y urgentes, corresponde al juez adoptar medidas adecuadas, e incluso, ante la ausencia de elementos de prueba acreditados, ordenar la realización de pruebas oficiosamente a los fines de contar con los elementos necesarios para poder adoptar las medidas precautorias adecuadas (art 709 CCyC).

En autos, se omitió adoptar las medidas de prueba indispensables para valorar rigurosamente los efectos y eventuales riesgos que pudieran implicar las decisiones a adoptar respecto de la vida de estos niños.

Sobre este punto ha sostenido esa Corte que “La única medida dispuesta por el Tribunal fue la comparecencia del grupo familiar (fs. 11) cuando la legislación especial aplicable -ley de violencia familiar- determina amplias facultades para sustanciar pruebas destinadas a demostrar la verosimilitud de los hechos, cuya realización resulta indispensable como paso previo a determinar la medida protectoria adecuada, máxime que, por la propia naturaleza del problema,

necesita del impulso de oficio y de una justicia de acompañamiento. En virtud de lo expresado, considero que el 'a quo' no brindó un contexto resguardador de los derechos de las personas que se encuentran en circunstancias desfavorables de especial vulnerabilidad, por hallarse afectados por cuestiones de violencia familiar. En tales condiciones se privó al denunciante y a su grupo familiar del acceso a la tutela judicial efectiva (arts. 18 de la Constitución nacional, 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires). Por lo demás, tampoco se cumplió con el mandato constitucional de garantizar el acceso a la jurisdicción, en condiciones de igualdad; garantía que ha sido objeto de compromisos asumidos por el Estado nacional mediante la suscripción de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos ...La magnitud del vicio apuntado se enraíza en el marco excepcionalísimo que conforma la invalidez de oficio, prerrogativa que este Tribunal ha reservado para casos extremos (véase MORELLO, 'La anulación de oficio de las sentencias', en 'La casación. Un modelo intermedio eficiente', ed. Platense, 1993, p. 379 y sgtes.)" (SCBA, del voto del dr. De Lázzari en causa C99204, sentencia del 20 de septiembre de 2006)

Puntualmente, se ha afirmado que "Lo único que se le prohíbe al juez en la ley 12.569 es no hacer nada. Quedarse impasible frente a la violencia, cuando tiene a su alcance una gama de opciones para ofrecer protección a personas tan vulnerables como las que sufren agresiones, máxime, cuando estamos hablando de menores. De lo contrario, le sumaríamos a la violencia en el hogar la violencia institucional, dejaríamos a la víctima sin ninguna puerta para golpear y en total desamparo" (SCBA, del voto del Dr. Genoud en causa C.99.204, sentencia del 20 de septiembre de 2006).

Más recientemente, esa misma Corte señaló que "Ante la víctima de violencia sexual, familiar y de discriminaciones, se requiere de medidas de especial protección a través de la aplicación del mandato constitucional y convencional nivelador (arts. 75 incs. 22 y 23 de la Const. nacional y 2 de la C.E.D.A.W. junto a Belém do Pará; 16 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) que permitan al juzgador, advertido de la situación



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

contextual por la que atraviesa, ser agente de cambio en el diseño y ejecución de su proyecto de vida (arts. 75 incs. 22 y 23 de la Const. nac.; 2, 3, 6 inc. a y 7 inc. b, d, f y g de la Convención de Belém do Pará). Si no se da una intervención oportuna en auxilio de la víctima, sumaríamos a la violencia en el hogar la violencia institucional. (SCBA, C 118.472, sentencia del 4 de noviembre de 2015)

Concretamente, del trámite de las presentes actuaciones surge que, sobre la exclusiva base de los informes elaborados por el equipo técnico del juzgado y por parte de la perito psicóloga de la Asesoría de Incapaces con fecha 9 y 10 de diciembre de 2015 –a fs 68/9 y 80/2 de los que surge la recomendación de establecer un régimen de revinculación paulatino entre los niños y su madre –, se adoptaron la totalidad de las ‘oscilantes’ decisiones que fueron objeto de revisión ante la Cámara departamental.

Adviértase que más allá de lo ordenado a fs. 142/9 –y reiterado a fs.549, 596, 601 y 676– el único informe agregado con posterioridad a los informes citados preferentemente (fs 68/9 y 80/2), fue la pericia ambiental realizada en el domicilio de la progenitora obrante a fs 695 (5 de septiembre de 2016) en la que se entrevistó a la Sra. B. y se concluyó que “ Sería importante que los hijos retomen la vinculación con su progenitora bajo la supervisión de un profesional que evalúe dichos encuentros, si bien al momento de ser entrevistada por la suscripta no se observan en la Sra. B. características que puedan resultar nocivas para sus hijos” (fs 696)

En otras palabras, se advierte del trámite de las actuaciones que las modificaciones operadas respecto de los alcances de las resoluciones adoptadas a lo largo del trámite de la causa –justificadas, sustancialmente, en la imposibilidad de ejecutar la decisión adoptada a fs. 142/9 en virtud de la férrea oposición de los niños (.fs.164 y vta; 166/; 193/4; 218/9; 231/33 vta; 254/; 272/3; 315/7; 320/7; 509/9bis; 519 y vta; 529/42; 558 ; 637/41 y ccs.) – han sido decididas sin contar con ninguna prueba tendiente a proporcionar elementos para

evaluar con carácter previo el riesgo o impacto directo de cada una de las decisiones en la vida de los niños.

Si bien las citadas omisiones resultan suficientes, a mi entender, para descalificar el decisorio impugnado, no resulta posible soslayar el grosero error que evidencia el decisorio en relación con una cuestión cuyo tratamiento, expresa, en rigor, el *quid* del conflicto sometido a la jurisdicción: la oposición sostenida y contundente manifestada por F. (13), M. (10) y F. (8) de regresar a convivir junto a su madre al punto de imposibilitar la ejecución de las medidas adoptadas por la jurisdicción (fs. 164 y vta, 166/; 193/4; 218/9; 231/33vta; 254/7; 272/3; 315/7; 320/7; 509/9bis; 519 y vta, 529/42; 558; 637/41y ccs).

En relación con la manifestación expresada por F. a través de los remedios de apelación articulados por sí, patrocinado por el Dr M. como abogado del niño, la alzada sostuvo que “ el encono hacia el rol materno se presenta llamativo por su falta de sustento en hechos concretos y comprobados de la causa que revistan entidad y gravedad para explicar tal cerrazón, dando lugar a que la misma es en gran medida un efecto nocivo de la interrupción brusca, unilateral e inconsulta del vínculo que tuvo lugar a partir de octubre de 2015”. De ello se sigue, sin más, que la Cámara resuelve descartar la opinión manifestada por un adolescente de 13 años (fs. 66, 68/9, 80/2, 126/9, 637/9, 641 y ccs), en contradicción con la presunción de capacidad establecida para los adolescentes (art 26 y ccs. CCYC y sin ninguna prueba que le sirva de sustento para justificar tan severa afirmación.(arts 706, 707 y ccs CCyC)

En efecto, como lo señalara precedentemente, no luce agregada ninguna pericia psiquiátrica ni ambiental a los progenitores, ni ninguna otra destinada a evaluar la situación actual de los niños que permita brindar sustento a la conclusión según la cuál la opinión de los niños resulta ‘influenciada’ por el progenitor conviviente. En rigor, si bien la alzada remite al informe del equipo técnico del juzgado que fuera utilizado por la magistrada de primera instancia como fundamento de su decisión (ver fs. 804 vta, 144 y 68/9), es



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

preciso recordar que el citado informe concluye que “De los encuentros con los niños P. B. se podría inferir *un discurso alineado al de los adultos responsables*, quedando los mismos expuestos a una conflictiva de larga data entre las partes.” (destacado propio), sin que surja de ello elemento alguno que proporcione sustento ~~las~~ conclusiones sostenidas por la magistrada de primera instancia según la cual “los niños no se encuentran en condiciones de pensar autónomamente ni desear por sí mismos” (fs 146 y vta) y por la Cámara departamental en cuanto afirmó la negativa expresada por los tres niños a mantener encuentros supervisados con su progenitor “carece de sustento en hechos concretos y comprobados en la causa que revistan entidad y gravedad para explicar tal cerrazón” (fs 813)

Es decir, en mi opinión, las conclusiones referidas encuentran sustento en afirmaciones desprovistas de prueba suficiente cuya prudente determinación exige la acreditación fehaciente de sus extremos mediante elementos de juicio concluyentes, ausentes en el *sub examine*.

En el mismo sentido se inscribe el informe recientemente remitido por la Sra Asesora de Incapaces y recibido por esa Corte con fecha 8 de mayo del corriente, en el que se pone en conocimiento de ese Tribunal la traumática situación que atraviesan los niños en la actualidad al ser *obligados* a asistir al Colegio “.” en ... en contra de su voluntad que se continúa mostrando *inquebrantable* y se acompaña un detallado informe elaborado por las autoridades del instituto educativo .en el que se hace saber que, atento a la imposibilidad de lograr un proceso de aprendizaje y enseñanza adecuado se ha adoptado un dispositivo especial consistente en “ dos días de trabajo en la escuela y tres días de producción de los estudiantes en su casa, con el objetivo de lograr paulatinamente la integración de los alumnos, la continuidad de la escolaridad y el reajuste emocional” (sic).

De conformidad con lo expuesto considero que el pronunciamiento en crisis ha desenfocado el punto de partida de la cuestión

pues, si bien, la conducta del progenitor que ha procedido a modificar el centro de vida de los niños de manera ilegítima resulta una cuestión esencial para el adecuado análisis del conflicto que se ventila, la sola comprobación de este extremo sin una adecuada valoración sobre la existencia de las condiciones para el desarrollo integral de los niños de conformidad con su superior interés –que supone tener en cuenta su opinión conforme su edad y grado de madurez– conduce a conclusiones inconciliables con el principio según el cual “No se trata de castigar a los adultos sino de privilegiar por sobre los intereses de aquellos los de un niño...”(SCBA C. 91.622, sentencia del 26 de octubre de 2010).

En definitiva, la determinación de la conducta del progenitor adoptada por la alzada, no exime al juzgador de la tarea de valorar ni demostrar de qué modo la decisión adoptada preserva el interés superior de los niños de conformidad con “la satisfacción de sus necesidades específicas en función de su realidad biográfica” (SCBA, C.107.820, sentencia del 11 de agosto de 2010) pues, como se refirió *ut supra*, el eje de la cuestión ventilada se centra en el bienestar de los niños, más allá de los eventuales derechos de los padres.

En relación con la controvertida aplicación del principio rector del interés superior del niño cabe recordar que el Máximo Tribunal de la Nación sostuvo que “Sin ignorar los disensos que ha generado el alcance de dicho concepto, sea que se le signen unos contornos de mayor amplitud, o se lo subordine al interés general y familiar, o se lo identifique con el respeto por los derechos fundamentales de la niñez, lo cierto es que ese mejor interés es lo que define la consistencia de cualquier litis en la que se discuta la guarda de una persona menor de edad (...) Entonces, la verdadera 'quaestio' que subyace en estos asuntos es la conveniencia de la persona en formación, y su búsqueda eficaz es una acuciante responsabilidad de los jueces. De ella ha de partir la labor decisoria, puesto que el modo de ser propio de ese tramo crucial de la existencia humana (y del plexo jurídico que la rige), impone como primordial e impostergable, que se persiga lo mejor para los hijos y se arbitren los medios eficaces para la consecución de ese propósito. Como se apuntó más arriba, estamos aquí frente a un concepto abierto. Consecuentemente,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

los jueces –en el desenvolvimiento de su ministerio eminentemente práctico– están llamados a asignarle unos contenidos precisos y, al mismo tiempo, a dar buenos fundamentos acerca de la selección que realicen, para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales. En ese orden, si se quiere que aquella idea general sea operativa y conduzca a un resultado justo, los tribunales deben integrarla en forma razonable, lo cual implica sopesar las circunstancias del caso concreto, sobre la base de los parámetros aceptados por la prudencia judicial y la doctrina, y enriquecidas por las disciplinas afines...” (conf. CSJN, Fallos 331:941, sentencia del 29 de abril de 2018).

Sobre este punto ha sostenido esa Corte que “al decidir respecto de la tenencia y régimen de visitas de un menor no puede prescindirse de recabar la opinión del niño.” (SCBA, C. 107.820, sent. del 11-8-2010 y C91622, sent. del 26-10-2010) y que “escuchar al menor no implica que eventualmente no puedan desatenderse sus preferencias expresadas, si de los elementos obrantes en poder del juez, en particular los provenientes de una objetiva valoración de su medio, para lo cual cabe contar con el aporte inestimable de asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés, en cuyo caso se torna necesario equilibrar esa posible frustración mediante adecuados auxilios terapéuticos y fundamentalmente orientándolos a la comprensión de la decisión y sus motivos. De todos modos es menester que en tales supuestos de colisión con el deseo del menor el juez exprese los motivos de su apartamiento de la opinión recogida” (SCBA, C. 78.728, sentencia del 2 de mayo de 2002).

En esta misma línea se ha pronunciado el Comité de Derechos del Niño al afirmar que “Dado que el niño tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera

formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia” (párrafo 45, Observación General nro 12/2009 sobre el derecho del niño a ser escuchado).

En idéntico sentido, la Corte Interamericana señaló que “La Corte constata que la Corte Suprema de Justicia no explicó en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, el Tribunal observa que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño (supra párr. 197). Por lo anteriormente indicado, la Corte concluye que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R.”(CIDH, “Atala Riffo vs Chile”, sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafos 196-208).

Por último, en relación con los alcances brindados por la resolución impugnada respecto de la designación de abogados para los tres niños considero que no corresponde expedirse en esta instancia en virtud de resultar abstracta la cuestión en razón del desistimiento formulado por el progenitor respecto de la solicitud de designación de abogado para los niños M. y F., y de la decisión de la propia Cámara de tratar los planteos efectuado por el Dr. M. en su carácter de abogado patrocinante del menor F. P.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

B., sin perjuicio de las manifestaciones vertidas en los puntos V) y VI) de fs 813 y vta.

En virtud de lo expuesto, propicio a VE hacer lugar al remedio que dejo examinado y devolver los autos a la instancia de origen a fin de que proceda a resolver la problemática traída a estos autos, de conformidad con las pautas señaladas.

La Plata, 10 de mayo de 2017.

JUAN ANGEL DE OLIVEIRA
Subprocurador General
Suprema Corte de Justicia

