



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

C-122501-1

C 122.501 "R., V, S,
c/ D., G. J. s/ tenencia
de hijos"

Suprema Corte:

I. La Excma. Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Bahía Blanca con fecha 13 de julio de 2017 revocó el decisorio de primera instancia que resolvió otorgar el cuidado personal unilateral de las niñas a su progenitora Sra. V. R. y, en su lugar, decretó el cuidado persona unilateral de las niñas a favor de su progenitor, Sr. G. J. D. (fs.558/564).

Contra tal forma de decidir se alzó la progenitora de las niñas, V. R., con patrocinio letrado particular, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal obrante a fs. 568/580.

II. Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

La quejosa denuncia la violación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, del artículo 3 de la ley 26061 y de los artículos 24, 26, 66, 404, 425, 595 y ccs. del Código Civil y Comercial de la Nación. Asimismo denuncia absurdo en la valoración de la prueba.

En particular, centra sus agravios en considerar que la decisión de la alzada de revocar la decisión de primera instancia y en su lugar otorgar el cuidado personal unilateral al progenitor no conviviente evidencia una absurda apreciación de la prueba, una errónea aplicación del derecho de las niñas a ser oídas y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta y de la noción de centro de vida, como aspecto integrante del principio rector del interés superior.

Específicamente alega que la alzada departamental debió evaluar la opinión de las niñas de conformidad con los resultados de los informes elaborados por el cuerpo interdisciplinario interviniente (fs. 575 y vta.).

Al respecto sostiene que “Como el interés superior del niño, la autonomía progresiva configura un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación requiere una serie de indicadores...la noción de autonomía progresiva atiende a pautas reales y concretas, es el grado de madurez de cada niño lo que permitiría al juez, médico, etc. reconocer si la decisión del niño proviene de una voluntad libre o condicionada. La pauta de la edad y grado de madurez están ampliamente acogidas en el Código Civil (arts. 24, 26, 66, 404, 425, 595). Y precisamente este aspecto es el que no ha sido valorado adecuadamente por la Excma. Cámara departamental (reconocer si la decisión del niño proviene de una voluntad libre o condicionada) Y no es un dato menor, pues precisamente el extremo probatorio por el cual se revocó la sentencia del señor juez de Primera Instancia de Familia, es la opinión de las menores. Opinión de menores que debió solicitarse y evacuarse entiendo con la apoyatura y la presencia inmediata de los cuerpos interdisciplinarios competentes en la materia. Baste ver que la propia Excma. Cámara refiere en su sentencia que a fs. 551 la Asesoría de Incapaces sugirió se mantuviera la sentencia de primera instancia y a fin de valorar en qué marco las menores expresaron su opinión no se puede soslayar los informes psicológicos efectuados por los cuerpos interdisciplinarios del Juzgado de Familia de Tres Arroyos. Concretamente si hubo influencia y/o adoctrinamiento por parte de sus padres para expresarse en la forma en que lo hicieron” (fs. 574 vta.)

En la misma línea agrega que “la Cámara debió al momento de evaluar la opinión de las niñas concatenarla con el informe psicológico precedente que a más emerge como un valladar irrefutable para estar en condiciones de ejercer el cuidado de sus hijas. El informe psicológico citado describe en ciertos puntos rasgos agresivos egocéntricos e incapacidad de reconocer al otro como alguien diferente de sí mismo y esto relacionado con sus hijas, entendiéndose que ellas pueden tener un deseo distinto al de él propio, y entendiéndose que la solicitud de ser escuchadas por el juez nunca fue pedido por las niñas en sí, sino por su padre, esto se ve reflejado en que no quisieron hablar con el juez de primera instancia cuando fue la audiencia. El punto 2 hace referencia a la habilidad de generar inducción a través de la oralidad, surge que las niñas estaban inducidas por su padre en el momento de la audiencia generada en Cámara, teniendo en cuenta que el padre viajó exclusivamente para



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

C-122501-1

verlas antes de la audiencia. De hecho hoy las niñas concurren a un programa de asistencia para casos de maltrato infantil por manipulaciones y violencia psicológica sufridas por su padre (Programa atreverse de la Ciudad de T. A.). Los hechos de violencia psicológica que fue víctima L. fueron denunciados oportunamente en la comisaría de la mujer de T. A.. Destaco que L. contaba con 8 años de edad y J. con 5 años de edad al momento de solicitarles su opinión podemos decir que tenían la madurez necesaria requerida en doctrina de la SCBA, como para tomar como parámetro definitivo su opinión para decidir quién de los padres estará a cargo de su cuidado personal” (fs. 575 y vta.).

A mayor abundamiento, destaca que “a partir de la entrevista individual semi dirigida sostenida con la Sra. V. R., en el punto pericial a) solicitado por la parte demandada, el perito refiere que se hablará de un diagnóstico estructural, es decir a su estructura psíquica, no observando en el caso evaluado que la entrevistada tenga una personalidad psicopatológica sino que se refleja una estructura psíquica suficientemente estabilizada ... El punto 6) de la pericia versa sobre el tipo de vínculo madre-hijas que mantiene la Sra. Rodriguez con L. y J. si el mismo responde a la categoría de ‘madre patógena’ y si existe una tendencia a separar a sus hijos del padre, contestando el perito P. que ‘se trata de un vínculo donde se observa que la periciada ejerce la llamada función materna o función amparadora primaria, que se refiere al conjunto de cuidados que apuntan a cubrir las necesidades del infante, así como al amparo y sostén biológico y psíquico. No se observan indicadores que conduzcan a pensar en un vínculo de tipo patógeno desde la madre ya que la misma refleja empatía con sus hijas, ofreciéndose ante ellas como un otro diferenciado, que aporta vivencias de satisfacción a través de los contactos y de los afectos que permiten el primer contexto identificatorio en el que se funda el Yo del infante. No se observa en la Sra. R. tendencia a separar a sus hijos del padre, sino que manifiesta voluntad en llegar a acuerdos a fin de establecer modalidades de contacto de las niñas con él. Observa al progenitor como alguien que se ocupa de sus hijas, más allá de la conflictiva intersubjetiva y las diferencias observadas en el contexto de la relación ... explicando en el punto 9) que no se observa ni angustia ni celos en la Sra. R. ante el hecho específico de la separación de sus hijas en los casos en que las mismas pernoctan o vacacionan

con el padre ... Al evacuar el punto 10) el perito ha expresado que no se observa en la Sra. R. conflictiva con la figura paterna, agregando en el punto 11) no existir indicadores que permitan inferir predisposición a comportamientos violentos por parte de las madres de las niñas” (fs. 576 y 577).

Para concluir se pregunta de qué modo “en una sola entrevista de cortos minutos pueden evaluar la madurez del niño? desestimando todo el material probatorio desplegado en el expediente. En este caso no se tuvo en cuenta ninguna prueba aportada y solo se basó este decisorio en una corta entrevista de escasos minutos y en la falacia de que la suscripta impide o dificulta la relación del padre con las niñas, hecho que no está probado en el expediente” (fs.578).

En relación con la cuestión vinculada con el traslado de las niñas a la ciudad de T. A., la impugnante sostiene que “El Sr. D. firmó un acuerdo en la CABA en diciembre de 2013 donde coincide en que las niñas vivan en T. A. con su madre, lo hizo con total libertad, haciendo perfecto uso de sus facultades normales y sin presiones externas, luego para invalidar esa decisión (a la cual le cabe la teoría de los actos propios), desplegó las conductas procesales que se observan a lo largo de expediente” (fs. 577).

Concretamente, alega: “Nunca le impedí verlas ni llevarlas ni hablar por teléfono con ellas, no se incumplió en ningún momento con el régimen de visitas que estableciera el Señor juez de primera instancia, todo lo contrario, muchas veces tuve dificultades económicas pues me hacía 100% cargo de la manutención y cada vez que iba a Bs. As. a buscar a las niñas como dice el régimen, significaba un gasto extra que solvente yo gracias a mi familia y amigos ... No vine a T. A. de manera ilegítima, en repetidas oportunidades quise separarme y D. me presionaba económicamente ya que no tenía donde ir, mi familia es de T A, por lo tanto dadas las circunstancias de violencia económica hacia mi persona, realicé una exposición Civil, en la Municipalidad de Pilar (la cual se encuentra en el expediente) y vine a la casa de mis padres, donde viví durante un tiempo hasta encontrar trabajo. El mismo día que me retiré del domicilio se lo informé al Sr. D., por lo tanto él siempre supo dónde estaba. Claramente el centro de vida de las menores fue y



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

C-122501-1

es la ciudad de T. A.” (fs.577 vta.).

En esa línea, argumenta que “Llega la Excma. Cámara a la conclusión errónea: cómo puede evaluar o preveer a futuro que la estabilidad actual de las menores en la ciudad de T. A. producirá una daño mayor que la alteración de la misma, cuando la totalidad de los informes interdisciplinarios elaborados por los cuerpos específicos dependientes del Juzgado de Familia de la ciudad de T. A. indican precisamente lo contrario (óptimo bienestar de las menores) e informes totalmente favorables del colegio al cual concurren. No se ha evaluado correctamente que esa alteración del centro de vida supone cambio de colegio, de amigos, de casa, de ciudad, de hábitos, de rutina” (fs. 578 vta.).

En definitiva, concluye que “un análisis concienzudo de toda la prueba arrojada, conforme principios de la sana crítica, nos permite arribar sin hesitación alguna, a la conclusión, a la cual arribara, en su ocasión el señor Juez de Primera Instancia en cuanto me otorgó el cuidado personal de mis hijas” (fs.579).

III. El recurso de inaplicabilidad de ley debe prosperar.

Liminarmente resulta preciso recordar que “La apreciación de las circunstancias del caso para determinar la custodia personal de los menores de edad, en función del interés de los mismos y de la idoneidad de los padres, es una cuestión de hecho, privativa de las instancias ordinarias, cuya decisión solo puede ser revisada en el caso de que se hubiera configurado absurdo” (SCBA; C 121539, sent. del 25 de abril de 2018). Al respecto adelanto mi opinión según la cuál el absurdo ha quedado configurado en la especie.

En rigor, la alzada decide modificar el cuidado personal unilateral de las niñas a favor del progenitor no conviviente sobre la base de valorar la opinión manifestada por J. (6) y L. (10) en oportunidad de la audiencia celebrada a los fines de tomar contacto personal y directo con los magistrados (fs. 555), sin valorar ningún otro elemento de prueba concluyente como sustento de la decisión.

Concretamente la alzada sostiene: “Conforme surge de los informes psicológicos y socio ambientales, no aparecen inconvenientes para que cualquiera

de los progenitores ejerza el cuidado personal de sus hijas sin que pueda ponerse a ninguno de ellos en una situación de preferencia –por capacidad o predisposición pare ello– sobre el otro (informes de fs. 379/85, 407/416 y 424/26). A idéntica conclusión llego con apoyo en las declaraciones testimoniales obrantes a fs. 439/447 y 474/74” (fs.560 vta. y 561). En igual sentido, señala que “el hecho de que las menores han desarrollado en los últimos cuatro años una vida supuestamente ‘normal’, concurriendo a una entidad educativa que emite informes positivos, realizando actividades propias de la edad, con un contacto óptimo en relación a la familia materna; concluyendo de contar solo con esos datos –tal como lo hizo el *a quo*– que resulta conveniente mantener el statu quo, fijando el centro de vida en el lugar físico donde se desarrolla la misma, conforme el principio de estabilidad o continuidad” (fs. 561 vta).

Sin embargo, a continuación afirma: “El punto es que contamos en esta instancia con un aporte probatorio del que no dispuso el Sr. Juez de grado haber escuchado a las niñas, debiendo hacer valer su opinión, la que será tenida en cuenta (art. 3 inc. b) ley 26061) en pos de cumplir con el objetivo último, el interés superior de las menores ... En la audiencia referida, con base en un cuestionario flexible que se autogeneraba a medida que avanzaba la entrevista, las niñas expresaron sus deseos e intereses con total libertad y de manera clara. Se pudo inferir la concreta pretensión que tienen de volver con su padre a la C. A. B. A., encontrado mérito suficiente en sus expresiones –las que fueron expuestas con una madurez y decisión poco común en sus edades– para fijar en dicho lugar su centro de vida, resultando en consecuencia indudable que su residencia actual, es solo eso, el sitio donde viven, pero no el lugar al que sienten pertenecer. No se ha producido conforme lo expresan– ningún tipo de arraigo en la localidad de T. A.. El solo paso de tiempo vivido en dicha ciudad no alcanzó para que las mismas se encuentren a gusto allí, sin que por el contrario anhelan que su residencia principal se fije junto a su padre en la C. A. B. A. (art. 384 CPCC y 31 CDN)” (fs. 562).

En virtud de ello, concluye que “Lo expuesto, cambia drásticamente el análisis de la situación. Probado quedó que el centro de vida de las menores no pueden fijarse en T. A.. Las manifestaciones de las niñas, demuestran que no han encontrado en dicha localidad, en el grupo escolar y en el núcleo familiar materno, su lugar”;



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

C-122501-1

no generando pertenencia alguna, y refiriendo la pertenencia por vivir en la C. A. B. A. con su padre, demostrándose la intención clara y concreta de las niñas, de volver a dicha ciudad, donde si podemos fijar su centro de vida, atento ser ese el lugar al que sienten pertenecer. Queda claro que mantener la situación existente en pos de cumplir con el principio de estabilidad y continuidad antes señalado, solo generaría en las pequeñas un daño mayor al que podría ocasionar la alteración de las mismas. Por ello, en cumplimiento de lo normado por los arts. 2 y 3 de la ley 26061, habiendo escuchado a las pequeñas, teniendo en cuenta sus opiniones (art.3 inc. b), hago mérito de su grado de madurez, la claridad con la que expusieron sus intenciones –sin perder de vista el equilibrio entre sus derechos y las exigencias del bien común–, atento que la fijación del centro de vida se ubica –para ellas, pese al tiempo transcurrido desde que fueron sacadas del mismo– en la C.A.B.A. junto a s padre, y teniendo siempre como objetivo último hacer prevalecer los derechos e intereses de la niñas por sobre los de sus progenitores (hoy en conflicto) sostengo que corresponde revocar la sentencia, haciendo lugar a la reconvenición deducida” (fs. 562 y vta.).

La argumentación desplegada evidencia de qué modo la conclusión sostenida se desconecta de los hechos probados y contradice las pautas establecidas por el legislador para orientar la delicada labor jurisdiccional destinada a decidir la modalidad de cuidado personal más adecuada al bienestar de los hijos (art. 639, 651, 653 y ccs. CCyC).

Adviértase que el razonamiento efectuado parte del reconocimiento de la ausencia de elementos de juicio que justifiquen el apartamiento del principio de estabilidad o continuidad (art. 653 inc. d) C.C.y C.) y luego –sin más razones que las opiniones manifestadas por las niñas en la audiencia celebrada con los magistrados del tribunal (fs.555) – concluye en la necesidad de modificar el régimen unilateral de cuidado establecido a favor de la progenitora y, en su lugar, atribuírselo de manera unilateral al progenitor.

El apartamiento de las conclusiones de la prueba producida en autos (fs. 379/85, 407/16 y 424/6) sumado a la ausencia de otras razones que justifiquen el tramo final del decisorio –más allá de la impresión personal recogida en la

audiencia mantenida con las niñas– evidencian, en mi opinión, el quiebre en la argumentación efectuada.

Al respecto se ha señalado que “si bien las pericias no tienen carácter vinculante el apartamiento de las conclusiones a las que arriban los peritos especializados en un área que el juez desconoce debe ser fundado” (SCBA; 92267, sent. del 31-10-2007).

En efecto, si bien resulta sabido que la consideración de la opinión de las niñas resulta una pauta insoslayable en esta clase de procesos, ello no supone admitir que su opinión sea determinante para la resolución del conflicto (SCBA, C107820, sent. del 11-8-2010 y C91622, sent. del 26-10-2010).

Al respecto ha dicho VE 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; C 99273 sent del 21 -5-2008, C. 107.820, sent. del 11-8-2010 y C91622, sent. del 26-10-2010, entre otras).

La discrecionalidad reconocida al juez en esta clase de procesos –de conformidad con las pautas establecidas en el artículo 653 del Código Civil y Comercial– robustece el deber del intérprete de fundar las sentencias en los hechos.

En autos los magistrados afirman que: “las niñas expresaron sus deseos e intereses *con total libertad y de manera clara* ... Se pudo inferir la concreta pretensión que tienen de volver con su padre a la C.A.B.A, encontrado mérito suficiente en sus expresiones –las que *fueron expuestas con una madurez y decisión poco común en sus edades*– para fijar en dicho lugar su centro de vida, resultando



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

C-122501-1

en consecuencia indudable que su residencia actual, es solo eso, el sitio donde viven...Queda claro que mantener la situación existente en pos de cumplir con el principio de estabilidad y continuidad antes señalado, *solo generaría en las pequeñas un daño mayor al que podría ocasionar la alteración de las mismas*" (destacado propio). Sin embargo, ninguna de esas afirmaciones se desprende de las pruebas recolectadas.

Adviértase además que en autos no se ha producido ninguna prueba tendiente a evaluar la situación actual de las niñas, ni el impacto que una decisión como la aquí adoptada puede ocasionar en su estabilidad emocional ni en su desarrollo integral.

A ello debe añadirse la ausencia de elementos de juicio indispensables para conocer las condiciones de madurez y el soporte de las preferencias de las opiniones manifestadas por las niñas en la audiencia, con el objeto de desvirtuar la eventual existencia de condicionamientos o influencias indebidas por parte de los adultos (en especial, si se considera la decisión de ambas niñas de no querer expresar sus opiniones ante el magistrado de primera instancia, en presencia del asesor de incapaces y del psicólogo del equipo técnico –fs.452–).

En otras palabras, la obligación del juez de tener debidamente en cuenta la opinión de los niños en esta clase de procesos supone el deber de incorporar, entre los fundamentos del decisorio, los motivos por los que estima conveniente considerar o apartarse de su opinión (arts. 653, 706, 707, 709 y 710 y ccs.) (Comité Derechos del Niño, OG12/2009, párr. 45; CIDH, "Atala Riffó vs. Chile" (2012), párr.196-208; Famá María V., "Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial", La Ley, 20 de octubre de 2015; Fernández, Silvia E., "Nuevos perfiles del derecho de comunicación en el Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo perrot, RDF nro 72, Noviembre de 2015, p.129; Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan Mariel, "La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial", RCCyC 2015, noviembre de 2015).

Al respecto, resulta ilustrativo mencionar las pautas elaboradas en el *Protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de*

sustracción internacional de niños que, en relación con la participación del niño en esa clase de procesos establecen que “Los niños tienen derecho a participar activamente y a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, conforme a su edad y grado de madurez y, de ser posible, con el auxilio de equipos técnicos especializados en niñez y adolescencia. Se debe dar al niño información completa, accesible y apropiada a la edad, respecto de la situación que lo involucra y sobre la cual se va a manifestar. Para ello, resulta fundamental, tomar precauciones tendientes a reducir el riesgo de posibles consecuencias negativas para el niño, a raíz de su participación en el proceso. Asimismo, debe darse al niño una respuesta clara acerca de cómo influirá su participación en la decisión” (*Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños en relación con la participación del niño en los procesos*, 2016, p.3).

En definitiva, si bien resulta indispensable conocer la opinión de las niñas a los fines de determinar en concreto la modalidad de cuidado personal más adecuada, la prudente determinación de una decisión como la aquí impugnada reclama una labor interpretativa destinada a valorar y demostrar de qué modo la decisión adoptada preserva el interés superior de los niñas de conformidad con “la recta interpretación de la cláusula del artículo 3.1 de la CDN, en lo que respecta a decisiones provisionales que pueden ocasionar un trauma al niño y en la muy exigente justificación que una medida de este tipo requiere...” (conf. CSJN, Fallos 331:941, sent. del 29-4-2008).

Sobre este punto ha sostenido el Máximo Tribunal de la Nación que “...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, 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



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

C-122501-1

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. (...) He aquí, precisamente, uno de los estándares de aplicación constante en este ámbito. Me refiero al mantenimiento del 'status' cuando de medidas provisionales se habla, salvo –claro está– que se hayan constatado importantes anomalías en el desarrollo de la guarda por parte de quien la ejerce al iniciarse la intervención jurisdiccional” (conf. CSJN, Fallos 331:941, sent. del 29-4-2008).

IV. En virtud de lo expuesto, propicio a VE hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que dejo examinado.

La Plata, 11 de octubre de 2018.



Julio M. Conte-Grand
Procurador General

Vertical line on the left side of the page.

Vertical line on the right side of the page.