



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

C. 122.741

“C., N. E. c/

C., R. M. s/ Alimentos”.

Suprema Corte:

I. La Sala II de la Excmá. Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata con fecha 3 de julio de 2018, confirmó la resolución del Juzgado de Familia N° 6 departamental (fs. 164/166 vta.) que había dispuesto levantar la medida cautelar (fs. 77/78) que había suspendido el régimen comunicacional entre padre e hija hasta que los progenitores propusieran un tercero referente de confianza de ambos para que presencie los encuentros. Igualmente, en el mismo resolutorio atacado el juzgado de primera instancia concedió el cuidado personal unilateral en forma provisoria de la niña O. a su progenitor, el que debía materializarse en el plazo de 24 horas de notificada, bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento se lo dispondría de manera compulsiva y rechazó las medidas cautelares solicitadas por la progenitora de la niña (fs. 155/156 vta.).

II. Contra dicho pronunciamiento la actora y su progenitora –madre y abuela de la menor, respectivamente-, interponen recurso extraordinario de nulidad a fs. 270/283 por violentar lo normado en los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial, el que fue concedido el 9 de agosto de 2018.

En su presentación las recurrentes indican que la sentencia es equiparable a definitiva porque provoca un gravamen de imposible o muy dificultosa reparación ulterior, “*que pone en riesgo inmediato el interés superior de una niña*” (fs. 270 vta.). Señalan que se han afectado los derechos del debido proceso legal y de la defensa en juicio a partir de la arbitrariedad del resolutorio cuestionado, por no haberse respetado la exigencia de debida fundamentación (fs. 271 vta. /272).

Aducen que la sentencia violenta los arts. 168 y 171 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, y que es nula porque “*al no tratar ni resolver todas las cuestiones que le fueren (sic) sometidas por vía recursiva – más aquellas que*

surgieran de medidas para mejor proveer [...] no han dado su voto en todas las cuestiones esenciales a decidir” (fs. 273).

Puntualizan que el pronunciamiento en crisis se desentiende “*de la situación fáctica/temporal actual*” en la que se encuentra O., quien manifestó a los Jueces de la Alzada en la audiencia de fs. 245, que concurría a otro Jardín de Infantes al que la llevaba su abuela, como también se les hizo saber que la progenitora ya no se encontraba privada de libertad y convivía con la niña, -siendo dichas circunstancias anteriores al dictado del pronunciamiento atacado- (fs. 274).

Afirman que la Alzada no trata “*...la actualidad anunciada por la misma Ornela en la audiencia referida (fs. 245 y vta.) y las cuestiones planteadas por las partes a dicho Organismo, han configurado todo ello una situación de GRAVEDAD INSTITUCIONAL*” ... “*en tanto la medida adoptada trasciende el mero interés de las partes para comprometer el ‘interés superior de los niños’*” (fs. 274 y 277).

En concreto, sostienen que el resolutorio no se expidió sobre la referida actualidad de la menor como punto esencial a decidir, reiterando que todas y cada una de las constancias “*que se reseñan haberse analizado en el auto en crisis están desactualizadas ...*” (fs. 275).

Consideran que si la Cámara hubiera constatado la situación actual de O., mediante un informe socio/ambiental, habría tomado conocimiento que se encuentra asistiendo al Jardín de Infantes N° ... “*.....*” de La Plata, con pase del Jardín “*.....*”; con lo cual se acredita que había recuperado su escolaridad desde antes de haber retornado la señora C., a su hogar y que las dificultades padecidas por la abuela se resolvieron desde que la niña vive con su madre. Expresan que al no analizarse la mencionada situación actual de O., “*se confirma un resolutorio que cerraría la discusión en esta etapa, para pasar a un agravio de imposible reparación ulterior –la afectación actual e inminente del `interés superior de O.` ...*” (fs. 276).

Estiman que los agravios vinculados con la falta de tratamiento de planteos esenciales de las partes y la necesidad de que se resuelva sobre elementos de convicción actualizados, resultan “*idóneos para habilitar la instancia superior en tanto se halla en juego la imposibilidad de transitar por los jueces locales a fin de poder acceder ante el Máximo Tribunal Nacional para discutir eventualmente los planteos federales involucrados en el fondo del asunto*” (fs. 277 vta. /278).



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

Respecto a la denunciada falta de fundamentación del pronunciamiento, observan que la Alzada no justificó su decisión de resolver sobre la base de constancias que no se encuentran actualizadas (fs. 280).

III. En vías de abordar el recurso en examen, debe tenerse en cuenta que si bien tiene dicho esa Suprema Corte que en principio las decisiones relativas a medidas cautelares no revisten carácter de sentencias definitivas en el concepto de los arts. 278 y 296 del Código Procesal Civil y Comercial (conf. causas, C. 101.524, resol del 7-VI-2010; C. 115.002, resol. del 13-VII-2011; C. 110.128, resol. del 30-XI-2011; C. 116.004, resol. del 29-XI-2012), no es menos cierto, también, que advirtiendo la trascendencia de resoluciones de esa índole ha previsto motivos que justifican el apartamiento del criterio general referido, tal el supuesto en el cual el decisorio puede causar un gravamen de difícil reparación ulterior, por las graves consecuencias que pueden derivarse en la salud y bienestar de los menores o que la situación decidida importe un riesgo para ellos con el fin de elevar el debate al máximo nivel jurisdiccional (conf. causas Ac. 71.487, sent. del 14-VII-1998; Ac. 57.056, sent. del 21-XII-2000; Ac. 99.273, sent. del 15-XI-2006; Fallos: CSJN 312:1580-dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-; 328:4763; 323:337).

En dicha inteligencia, al confirmar el pronunciamiento en crisis, aun de modo provisorio, que el cuidado personal de la niña se otorgue a su progenitor -denunciado por el delito de abuso sexual contra su hija en la I.P .P. N° PP (que se encuentra en pleno trámite por ante la U.F.I N° 2 Departamental), se configura *prima facie* un motivo de excepción que permite apartarse del criterio sustentado en el inicio de este apartado en atención a la naturaleza del delito dado que, de comprobarse la autoría en la persona del progenitor, el cumplimiento de la sentencia en crisis podría afectar el futuro temperamento, habilidades y capacidades sociales de la pequeña niña.

Por lo tanto, entiendo que el pronunciamiento de la Cámara resultaría equiparable a sentencia definitiva en el sentido del art. 278 del Código Procesal Civil y Comercial.

IV. Se ha dicho que el recurso extraordinario de nulidad sólo puede fundarse en la omisión de tratamiento de alguna cuestión esencial, falta de fundamentación legal, incumplimiento de la formalidad del acuerdo y voto individual de los jueces o en la no concurrencia de la mayoría de opiniones (conf. causas C. 100.068, sent. del 17-XII-2008; Ac. 104.886, sent. del 12-VIII-2009; C. 97.588, sent. del 2-VII-2010; Rc. 108.734, del 30-III-2011), resultando también ajeno al ámbito de análisis de este

remedio extraordinario, la consideración de los agravios dirigidos a cuestionar el acierto de la decisión, tal como lo pretenden las recurrentes (conf. causas Ac. 81.880, sent. del 18-VII-2001; C. 94.572, sent. del 4-VI-2008; C. 96.307, sent. del 1-X-2008; C. 97.194, sent. del 18-II-2009; C. 104.489, sent. del 3-III-2010; C.103.363, sent. del 9-VI-2010; C. 103.421, sent. del 11-VIII-2010).

De la lectura de los agravios presentados, se desprende que las recurrentes destacan como infracciones a los artículos 168 y 171 de la Constitución provincial, la omisión de cuestión esencial y la ausencia de acuerdo y voto individual y de fundamentación.

Las quejas entienden como esencial que la resolución en crisis se dictó sin tener en cuenta las circunstancias actuales en que se encontraba O.. Al respecto, estimo aplicable la doctrina de ese Alto Tribunal relativa a que no pueden a través del recurso extraordinario de nulidad formularse alegaciones de índole probatoria, porque su deficiente examen o eventual ausencia de tratamiento no constituyen omisión de cuestión esencial, ni revisten tampoco esta última calidad los argumentos traídos por las partes (conf. causas C. 101.933, sent. del 20-8-2008; C. 97.194, sent. del 18-II-2009; C. 94.852, sent. del 21-04-2010; C. 92.586, sent. del 10-03-2011) .

En cuanto la esgrimida ausencia de fundamentación del pronunciamiento atacado, yerran las apelantes en sus argumentos, pues como enseña esa Suprema Corte en reiterada doctrina, para que prospere el recurso extraordinario de nulidad, es necesario que el mismo carezca por completo de cita legal (conf. C. 118.333, sent. del 15-VII-2015, entre muchas otras), situación que no acontece en autos según se verifica de la lectura del fallo en crisis. Lo que el art. 171 de la Constitución de la Provincia sanciona es la falta de fundamentación legal, con independencia de que las normas citadas se correspondan o no con los planteos de la parte (conf. causas Ac. 86.033, sent. del 6-IX-2006; C. 92.276, sent. del 27-II-2008; Ac. 98.038, sent. del 21-III-2012).

V. No obstante los referidos postulados, esa Suprema Corte a los fines de habilitar el tratamiento de los recursos extraordinarios ha expresado, que además de tratarse de una sentencia definitiva en sentido estricto o de una decisión equiparada a tal efecto, debe decidir cuestiones esenciales; entendidas como *"aquellos planteos que conforman la estructura principal de la litis y el esquema jurídico que la sentencia debe atender para la correcta solución del litigio, abarcando los puntos o capítulos de cuya decisión depende el sentido y alcance del pronunciamiento"* (conf. Causas Ac. 43.669, sent. del 8-IX-1992; Ac. 77.989, sent. del 21-III-2001; C. 95.878, sent. del 7-



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

V-2008; C. 101.860, sent. del 11-III-2009; C. 99.354, sent. del 15-VII-2009; C. 106.655, sent. de 22-XII-2015).

En dicho sentido considero que el dispositivo sentencial, equiparable a sentencia definitiva en los términos del art. 278 del C.P.C.C., requiere el cumplimiento de la formalidad constitucional del acuerdo previo y voto individual de los jueces (conf. causas Ac. 79.343, sent. del 10-IX-2003; C. 118.494, resol. del 26-III-2014; C. 120.346, resol. del 16-III-2016; entre otras), en virtud de que se expide sobre cuestiones esenciales, a saber, el cuidado personal unilateral de la niña en forma provisoria en favor del progenitor, denunciado por el delito de abuso sexual contra su hija y el rechazo de las medidas cautelares peticionadas por las recurrentes.

En tal sentido, estimo esclarecedor lo afirmado por el doctor Hitters en causa C. 108.056, en cuanto a que “... *la tésis específica de la formalidad enunciada (acuerdo y voto individual) [...] está consagrada como una garantía relativa a la calidad del ‘debate previo’ al dictado de un pronunciamiento definitivo sobre las cuestiones esenciales de la litis*”.

En el caso tal acuerdo y voto individual ha resultado incumplido.

VI. Finalmente entiendo que la cuestión en debate se enmarca en los principios protectorios establecidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que afirmando la calidad de sujetos de niños, niñas y adolescentes privilegian el derecho a ser protegidos de todo perjuicio que pueda causarles el proceso judicial, con primordial atención a su interés superior, norte que dirige el proceso a cumplir con su finalidad de justicia (arts. 2, 3 párrafo 1 y 19, CIDN; art. 3, ley nac. 26061; art. 4, ley 13298).

Sabido es que la consideración de dicho interés superior se efectúa en una circunstancia histórica determinada, tomando en cuenta que en materia de menores todo está signado por la provisoriedad; “lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (causas Ac. 78.013, sent. del 2-IV-2003; C. 99.273, sent. del 21-V-2008; C. 96.411, sent. del 17-VI-2009; entre otras)”, resulta primordial contar en estas actuaciones con datos actualizados.

En ese orden de las gestiones realizadas por esta Procuración General, en pos de reunir datos actualizados sobre la evolución de las investigaciones penales preparatorias que tienen como denunciados a los progenitores de O. -por distintos delitos y en diferentes investigaciones preparatorias-, surge que en la Investigación

Penal Preparatoria N° en la que N. E. C., resultara imputada por el delito de Tenencia de Estupefacientes con fines de comercialización, ha sido sobreseída con fecha veintisiete de diciembre de dos mil dieciocho, por la Excm. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal departamental (informe de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio N° 1 de La Plata que se acompaña).

En cuanto a la Investigación Penal Preparatoria N° caratulada "R. M. C., s/ Abuso sexual", la Unidad Funcional de Instrucción N° 2 de La Plata informó que la mencionada investigación se encuentra en pleno trámite. Asimismo que no se ha recibido declaración testimonial a la niña víctima en cámara gesell "toda vez que luego de la correspondiente evaluación psicológica efectuada por el Cuerpo Técnico del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, se designó fecha de audiencia en tres oportunidades", y si bien la niña se presentó el primero de noviembre de dos mil dieciocho, no pudo llevarse a cabo la audiencia por el cuadro de angustia que presentaba. También remitió copias de las actuaciones pertinentes, entre las que se encuentra el informe suscripto por la psicóloga que atiende a O., desde mediados del mes de marzo de dos mil diecinueve en el Centro de Amparo, y la declaración testimonial que la misma prestó el veintisiete de junio de dos mil diecinueve.

VII. En definitiva, estos nuevos elementos se suman a otro que ya tuvo en cuenta la Exma. Cámara al momento de dictar la Sentencia en crisis y que debió haber sido analizado con mayor detalle al fundar la decisión: la madre de O. ya no se encontraba ausente, sino conviviendo con ella en su casa.

Cabe recordar que el fallo de la primera instancia, confirmado por a la postre por la Excm. Cámara de Apelaciones, se fundó principalmente para decidir el cambio de cuidado personal en el hecho de que la progenitora estaba detenida. Dice a fs. 166 la sentencia de primera instancia "*Por otra parte, ante la imposibilidad del cuidado de la niña por parte de su madre, en razón a la causa penal que hoy la mantiene detenida ... encuentro ajustado a derecho levantar la medida cautelar dictada a fs. 77/78, conceder el cuidado personal en forma unilateral y provisoria de la niña O. a cargo de su progenitor ...*".

Esa circunstancia, como adelanté, se modificó en el trámite del recurso y la Cámara de hecho lo advierte, limitándose a señalar que la nena no estaba concurriendo al Jardín y que "*continúa sin asistir pese a encontrarse con su madre, lo cual denota que las imposibilidades padecidas anteriormente por la abuela no fueron resueltas, ni aun encontrándose su progenitora en dicho domicilio con la*



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

menor de edad". En consecuencia, debió justificar por qué mantenía el cuidado personal unilateral sin el fundamento que le dio origen -cuestión esencial que conforma la estructura principal de la litis-.

VIII. Por todos los fundamentos expuestos, en mi apreciación, corresponde decretar la anulación de oficio del pronunciamiento atacado.

La Plata, *seis (6)* de *septiembre* de 2019.-



Julio M. Conte-Grand
Procurador General

|

|