



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

C-123064-1

C 123064 "A. Ch. S. E. A. c/ G. R. E.

s/ incidente de modificación

de tenencia de hijos".

Suprema Corte:

I. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del departamento judicial de Bahía Blanca con fecha 28 de marzo de 2018 revocó el decisorio de primera instancia que, a su turno, estableció un régimen de cuidado compartido bajo modalidad indistinta –con residencia principal en el domicilio materno–y, en su lugar, dispuso la atribución del cuidado personal unilateral de los niños F. y Y. A. a su progenitor con un amplio régimen de comunicación a favor de su progenitora (fs. 922 y 928).

Contra tal forma de decidir se alzó la progenitora de los niños, con patrocinio letrado particular, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal obrante a fs. 935/952.

II. Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley

La quejosa centra sus agravios en considerar que la decisión de laalzada de revocar la decisión de primera instancia que atribuyó un régimen de cuidado personal compartido bajo modalidad indistinta –con residencia principal en el domicilio materno– y en su lugar otorgó el cuidado personal unilateral al progenitor no conviviente evidencia una errónea aplicación del derecho aplicable y una absurda apreciación de la prueba.

En sustento de su queja denuncia la violación de los artículos 75 inc. 22 de la Const. Nacional; 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 639, 651, 653, 656, 707 y 1777 del Código Civil y Comercial; 3, 24 y 27 de la ley 26.061; 384 y 474 del Código Procesal Civil y Comercial.

En particular, alega que la sentencia impugnada omitió justificar el motivo por el cual el tribunal se aparta de los principios establecidos en los artículos 651 y concordantes del Código Civil y Comercial según los cuales corresponde atribuir como regla el cuidado personal compartido bajo modalidad indistinta y, sólo como excepción, el cuidado personal unilateral.

En tal sentido alega "Por su parte el artículo 653 del C.C. y C. contiene las pautas o estándares que son válidos tanto para decidir y justificar el otorgamiento del cuidado personal unilateral, que tal como lo impone la propia norma, debe aplicarse de manera extraordinaria y teniendo en cuenta esos parámetros como rectores. Dichas reglas no han sido estimadas ni aplicadas en modo alguno por el fallo de la Excm. Cámara de Apelaciones, por el contrario solo se las menciona pero en ningún momento se explica porque se recurre a la excepción y no se convalida la regla y tampoco se argumenta acerca de la motivación por la cual se aparta radicalmente de lo dispuesto en el inciso c del artículo 653, es decir la opinión de los menores, cuya manifestación, ha quedado patentizada a fs. 822-30 con el deseo de los menores de vivir con su madre y no con su padre como lo fuerza el fallo cuestionado" (fs.942 vta.).

En segundo lugar se agravia por considerar que la sentencia impugnada ha efectuado una errónea apreciación de las conclusiones de las pericias psicológicas agregadas a fs. 17/18 y 19/22 y 582/86 al desconocer el informe acompañado por la quejosa a fs. 740 en oportunidad de impugnar la pericia psicológica obrante a fs. 582/86.



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

C-123064-1

Al respecto sostiene que “es absurdo, parcial y arbitrario sostener que no hay un informe pericial que acredite que las circunstancias hayan variado cuando el mismo luce a fs. 740 y 822. Es absurdo parcial y arbitrario sostener que no hay nada en la causa que desacredite al padre de los niños cuando el informe de fs. 582/6 es la cabal evidencia de lo contrario” (fs. 944).

Concretamente impugna la conclusión de la alzada según la cuál “No existen en autos pasados ya más de cinco años desde la última pericia psicológica, constancia alguna de que la progenitora haya recibido el apoyo psicológico aconsejado, y más aún, no hay siquiera un informe pericial actualizado, que acredite que las circunstancias referidas por los profesionales intervinientes hayan variado” (fs. 925 vta.), por entender que ello contradice el informe psicológico elaborado por la Lic. U. –integrante del Servicio de Salud Mental del Hospital Municipal Eva Perón de Punta Alta–acompañado por la quejosa a fs. 738/40 del que se desprende no sólo su concurrencia regular al tratamiento psicoterapéutico indicado sino su evolución favorable (fs. 943 y vta.).

En la misma línea objeta la conclusión que afirma que no existen elementos que desacrediten al progenitor para llevar adelante la función de cuidado de sus hijos. En particular, sostiene que se omitió considerar las conclusiones de los informes elaborados por la perito psicóloga Lic. M. acompañados a fs. 582/7 del que se desprende las dificultades que presentan ambos progenitores en el ejercicio del rol (fs. 943 vta. y 944).

Al respecto agrega que “Es evidente que de haberse llevado a cabo una correcta interpretación del dictamen pericial, es imposible que se haya estimado que no existen informes que descalifiquen al progenitor cuando el mismo informe que sirve de prueba en contra de esta parte concluye exactamente lo mismo respecto de la actora” (fs. 945 vta.).

En tercer lugar se queja por considerar que el fallo en crisis vulnera la disposición del artículo 1777 del Código Civil y Comercial y la doctrina legal de esa Corte en materia de prejuzgamiento, al desconocer los efectos de la absolución recaída en el fuero penal por entender que la misma se encuentra fundada en cuestiones técnicas y en el beneficio de la duda (fs.946 vta. y 947).

Sobre este punto sostiene “La referida inobservancia resulta de los términos del pronunciamiento en tanto insiste... en que la sentencia penal carece de incidencia alguna en el caso que nos ocupa, aunque presupone que los hechos que la motivaron si acaecieron y los considera configuradores de una situación de peligro a los cuales los menores no pueden someterse...Sin embargo con posterioridad el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires confirmó la absolución con argumentos distintos a los que la Excma. Cámara de Apelaciones se obstina en mantener” (fs. 945 vta.).

En el mismo sentido señala que "De la lectura de las sentencias tanto del Tribunal Criminal Nro.1 del Departamento Judicial de Bahía Blanca (fs. 724/35), como del pronunciamiento del Tribunal de Casación Penal la Provincia de Buenos Aires (fs. 775/79) surge ostensiblemente que tanto el artículo 1777 como la doctrina de esta Corte han sido violentadas por la decisión de la Excma. Cámara de Apelaciones. Así respectiva y textualmente dicen: ‘Por lo expuesto, no encontrándose suficientemente acreditada la materialidad delictiva del delito de abandono agravado de persona, que se le endilga a R. E. G., corresponde dictar la absolución de la misma ... ’y ‘es de destacar que al analizar las probanzas de la causa, es palmaria la gran incertidumbre que surge acerca de la real existencia de los hechos denunciados, por lo que la absolución de R. G. debe mantenerse inalterable” (fs. 946 vta.).

A ello agrega: “queda evidenciado que si no hubo materialidad delictiva del delito de abandono no hay autoría y el reproche en sede civil debe cesar. Más aun la Casación pone en duda directamente la existencia de los hechos. Ha dicho la Suprema Corte a este respecto: si el juez penal entendió que no podía afirmarse la existencia



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

C-123064-1

de relación causal entre la conducta médica y el posterior fallecimiento de la víctima y que la no haberse podido detectar el origen del proceso infeccioso tampoco se acreditó la “materialidad ilícita del delito”, tales conclusiones recaídas en el fuero represivo no pueden volver a discutirse en sede civil” (SCBA,LP 105694 S 14/03/2012)” (fs. 946 vta. y 947).

En ese sentido sostiene que “parecería criterio de la Excma. Cámara de Apelaciones que no existe manera alguna a través de la cuál pueda probar mi inocencia y consecuentemente y absurdamente extiende un manto de sospecha perpetuo sobre mi persona, prejuzgando abiertamente en su sentencia y reprochando con su decisión lo que penalmente no lo fue...” (fs. 947 vta.).

Por último se queja por considerar que se han apartado de la opinión manifestada por lo niños en el marco de la audiencia celebrada ante el juez de grado de querer convivir junto a su madre (fs. 822/23 y vta.). (fs. 942 vta.).

Al respecto sostiene: “Adviértase que la Excma. Cámara de Apelaciones en ningún momento de su sentencia expresa puntualmente porque contradice la voluntad de mis hijos. Si bien es cierto que tal como luce a fs. 918 los jueces manifiestan haber escuchado a los menores, asombrosamente no queda en el expediente constancia alguna de lo que expresaron los niños pero absurdamente fundan su sentencia en el artículo 653 cuyo inc. c) obliga a los magistrados a tener en cuenta la opinión de los menores y que, paradójicamente, han opinado en contra de la resolución adoptada” (fs.949 vta.).

En tal sentido afirma que “El pronunciamiento recurrido no ha aplicado correctamente los preceptos legales contenidos en el artículo 639 inciso c del C. C. (el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta según su edad y grado de madurez) ni en el 707 del Código Civil (Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a participar en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso)” (fs. 948 vta.).

Sobre este punto destaca la violación de la doctrina legal de esa Corte emanada de las causas C.120.208 (sentencia del 21 de diciembre de 2006) y C. 118.472 (sentencia del 4 de noviembre de 2015), así como la doctrina que surge de los antecedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular del precedente “Atala Riffo e hijas vs Chile” del año 2012 (fs. 949 vta. y 950).

III. El recurso 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).

En mi opinión, la decisión impugnada evidencia el vicio de absurdidad endilgado en virtud de apartarse de las normas que establecen la prioridad del cuidado personal compartido –con independencia de la convivencia o no de los progenitores– sin justificar los extremos requeridos para la aplicación del régimen de excepción: el cuidado personal exclusivo o unilateral (arts. 648, 650, 651, 653, 658 y ccs. C.C.y C.).

En efecto, resulta sabido que el Código Civil y Comercial incorpora como regla el cuidado personal compartido bajo la modalidad indistinta y, como excepción, el cuidado personal compartido con modalidad alternada y el cuidado personal exclusivo unilateral (arts. 651, 650 y 653 respectivamente).

Precisamente es la condición de ‘excepcional’ la que reclama al intérprete el deber de robustecer las razones para inaplicar la regla (Mizrahi, Mauricio, “El cuidado personal del hijo en el Proyecto de Código”, La Ley, 20/05/2013 y del mismo autor *Responsabilidad Parental*, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 386).



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

C-123064-1

Una detenida lectura de las piezas obrantes en la presente permite concluir que la cuestión aquí debatida se centra en la determinación de la residencia de los niños de modo principal o exclusivo junto a su progenitora o a su progenitor, sin que resulte cuestionada la cuestión vinculada con el ejercicio compartido de la responsabilidad parental (art.641 inc. b y ccs. C.C.y C.).

En consecuencia, corresponde examinar el modo en que el *a quo* ha procedido a aplicar las pautas establecidas por el legislador para orientar la labor jurisdiccional destinada a decidir la modalidad de cuidado personal más adecuada para el bienestar de los hijos en oportunidad de concluir el cuidado personal exclusivo a cargo del progenitor que se impugna (arts. 639, 651, 653 y ccs. C.C.yC).

Una lectura de la sentencia cuestionada evidencia que la decisión de la alzada de revocar la decisión de grado que dispuso el cuidado personal compartido bajo modalidad indistinta –con residencia principal en el domicilio materno– se fundó en las conclusiones de las pericias psicológicas en las que se puso de resalto las dificultades de la progenitora para ejercer el rol materno al inicio de la causa (en el mes de junio del año 2010 y en el mes de septiembre del año 2012; fs. 17/8,19/22, 582/7, respectivamente), en la ausencia de elementos que descalifiquen la aptitud del progenitor para el ejercicio del rol y, por último, en el principio de estabilidad de los niños –‘statu quo’– que residieron prácticamente la totalidad de sus vidas junto a su progenitor (arts. 639, 651, 653 y ccs. C.C.y C.).

Concretamente la alzada señaló: “... los niños, que han pasado la mayor parte de su vida conviviendo con su progenitor en la ciudad de B B (art 653 inc. d) C.C.y C.N.) vienen asistiendo al mismo establecimiento educativo con buenos resultados, encontrándose adaptados a el –ver informes socio ambientales de fs. 407 y 795–. A lo que cabe agregar que ambos menores, han manifestado encontrarse a gusto viviendo con su padre y con N. –la pareja del accionante” (fs. 927 y vta).

En la misma línea, sostuvo: “Con respecto al estado de los niños desde que se encuentran con su padre – desde los tres años F. y 10 meses Y. cabe resaltar el informe ambiental de fs. 407/408 – del 16 de marzo de 2012–llevada a cabo por el Lic. G. F. que da cuenta de una entrevista con la directora del Jardín de Infantes nro. , Sra. S. F., la cual informa: ‘ ... los niños no registran ausencias sin justificación y que no generan ningún tipo de conflictos.’, ‘sus juegos no son agresivos y cumplen las expectativas que por edad cronológica se espera de los mismos’ (sic). Concluye el perito, que el estado general de los niños es muy bueno, encontrándose bien integrados a la familia paterna. Resulta coincidente con el informe efectuado por el mismo perito con fecha 23 de abril de 2014 –ver fs. 795 y vta.–” (fs. 926).

En virtud de ello concluyó que no existen circunstancias suficientes que hagan conveniente modificar su centro de vida (fs. 928).

De ello surge que, más allá del desarrollo efectuado respecto de las dificultades de la progenitora para el ejercicio del rol materno sobre la base de una valoración fragmentada de la prueba rendida – conforme se analizará *infra*–, la alzada funda su decisión en una consideración central: el principio de estabilidad.

Los niños llevan nueve años –prácticamente la totalidad de sus vidas – conviviendo junto a su padre en virtud de la decisión provisional que hizo lugar a la solicitud de modificación provisoria del régimen de tenencia que fuera oportunamente homologado (fs. 24/27, 50/2, 144/5, 187/8).

En efecto, y tal como lo destaca la alzada, resulta incuestionable el carácter primordial que reviste el principio de estabilidad o ‘statu quo’ para la determinación de la modalidad de cuidado de los hijos, sin embargo, dicha circunstancia no permite soslayar la trascendencia que corresponde atribuir a la opinión de los niños –actualmente de 10 y 12 años–en oportunidad de adoptar la solución que mejor garantice su bienestar (Mizrahi, M., *Responsabilidad Parental*, op.cit., p. 399 y ss.).



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

C-123064-1

Al respecto ha sostenido el Procurador General de la Nación –en un dictamen que la Corte Federal hace propio – que “Este Ministerio se ha pronunciado enfáticamente en favor del valor estabilidad, en el entendimiento de que es necesario para el desarrollo sano de las personalidades en formación (v. dictamen de Fallos: 331 :941 arriba citado). Empero, dicha regla no debe identificarse con la inamovilidad definitiva del status existente al tiempo de juzgar pues, en esta materia, ni siquiera las sentencias judiciales hacen cosa juzgada material. Se orienta, más bien, a impedir que los jueces implementen modificaciones apresuradas, sin un sustrato serio que les dé asidero” (Fallos 333:1776).

Si bien se destaca que “... el estado general de los niños es muy bueno, encontrándose bien integrados a la familia paterna” (fs. 926) y que “ambos han manifestado encontrarse a gusto conviviendo con su padre y con N. – la pareja del accionante–” (fs. 928); el razonamiento efectuado omite la consideración de un elemento de juicio esencial: la opinión manifestada por los niños de querer convivir junto a su madre (fs. 822/3 y 830/2).

Es que, con posterioridad a los informes ambientales valorados en la sentencia impugnada –fs. 407/8 y 795 elaborados en marzo de 2012 y abril de 2014, respectivamente– se celebró una audiencia en presencia de los niños, las peritos psicóloga y asistente social, el representante del ministerio público y el juez en la que se destacó “En primer término la perito psicóloga y la perito asistente social hacen ingresar a los niños para conversar y jugar. Luego de transcurrido un tiempo en el que juegan, responden a preguntas de la vida cotidiana y se le administran técnicas gráficas (dibujo libre y persona bajo la lluvia) se indaga sobre si conocen el motivo por el cual se encontraban en esta sede, respondiendo F. de manera espontánea que era para saber con quién querían vivir, advirtiéndose de las palabras y expresiones del niño que su deseo es vivir con su mamá, lo que también se verifica y confirma en los dichos de su hermana. Ante algunos cuestionamientos sobre cómo resolver la escolaridad, compañeros o las actividades extraescolares los mismos

niños resuelven espontáneamente pensando en otras posibilidades tales como asistir a otra escuela cerca de su mamá, jugar en un cancha de fútbol cercana, etc. Cuando se les pregunta si en caso de vivir en la casa de su mamá extrañarían a su papá responden que sí sin observarse en ellos signos de angustia o preocupación respecto del tema, sino que se muestran naturales y espontáneos al responder las preguntas. No refieren malestar donde se encuentran ni alguna situación que les disguste, inclusive rescatan lo positivo de cada ámbito familiar. Posteriormente ingresa V.S. con quien los niños también conversan ofreciendo las mismas respuestas en cuanto a lo mencionado anteriormente. Lo mismo sucedió ante el Asesor de Menores con lo cual se dio por finalizada la entrevista con los menores. Finalmente VS recibe en su despacho a las partes y a sus letrados en presencia de las Peritos y del Asesor de Menores donde se conversa sobre lo expresado por los niños, aclarando VS que de la charla mantenida con Y. y F. no pudo apreciar indicador alguno que evidencie que los pequeños se encuentran influenciados por la opinión de los adultos involucrado en el conflicto. Que los niños le impresionaron como pequeños tranquilos y espontáneos, dispuestos a dialogar de los que les pasa y con deseo de que se los escuche. Que lo manifestado de querer estar más tiempo con su madre impacta sencillamente como lo que resulta ser ‘sus ganas’ en este momento y tal como lo remarca la Psicóloga evidencia que se trata de niños sanos y de un comportamiento adulto de parte de su progenitor ya que se los ve libres de expresar lo que sienten” (fs. 822 vta.).

En la misma línea la pericia psicológica elaborada respecto de los niños en fecha 3 de agosto de 2015 concluyó: “Se evidencia en ambos el deseo tanto como la necesidad de reparar el vínculo materno-filial. Tal vez por eso el deseo de vivir con ella. No ha sido menos importante la labor ejercida por el progenitor de ambos, quien no solo ha logrado que sus hijos puedan pensar libremente sino que además no ha cercenado la imagen materna de los niños” (fs. 831 y 32).

En suma, de los elementos de juicio agregados con posterioridad a los informes ambientales tenidos en cuenta por la alzada para resolver (fs. 407 /8 y 795) surge con claridad no sólo el deseo manifestado por los niños –en ese momento



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

C-123064-1

de 6 y 7 años– de querer convivir junto a su madre, sino también las consideraciones efectuadas por el juez, las perito psicóloga y el representante del Ministerio Público respecto de que esa opinión expresa una voluntad real, es decir, libre de condicionamientos o influencias por parte de los adultos (fs. 822/3 y 830/32).

Estos elementos –indispensables para la prudente determinación de una decisión como la aquí impugnada– sólo han sido meritados por el tribunal para extraer conclusiones respecto del desempeño del progenitor en su rol parental, más sin efectuar ninguna mención respecto del deseo allí expresado por los niños.

En esta omisión radica, en mi opinión, el vicio de absurdidad alegado.

Pues si bien –como también lo señala el *a quo*– resulta sabido que escuchar al niño no supone aceptar incondicionalmente su opinión, lo que sí le resulta vedado al intérprete es desconocerla.

Al respecto, tiene dicho reiteradamente ese Alto Tribunal: “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 99.273 sentencia del 21 de mayo de 2008; C. 107.820, sentencia del 11 de agosto de 2010 y C. 91.622, sentencia del 26 de octubre de 2010, entre otras).

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, los motivos por los que estima conveniente considerar o apartarse de su opinión, máxime si se tiene en consideración las edades de los niños de conformidad con el principio rector de capacidad o autonomía progresiva (arts.26, 639, 653, 707, y ccsC.C.yC.;Comité Derechos del Niño, OG12/2009, párr. 45; CIDH, “Atala Riffo 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).

Sobre este punto se ha señalado que “...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).

A ello, cabe añadir el déficit evidenciado en el pronunciamiento impugnado respecto de la valoración prueba rendida.

En primer lugar, debido a la valoración fragmentada del material probatorio tendiente a determinar la aptitud de ambos progenitores para ejercer la función parental y, en segundo lugar, debido a la ausencia de elementos dirigidos a evaluar la situación actual de los niños y el impacto de la decisión en su estabilidad emocional en virtud del prolongado tiempo transcurrido desde la realización de las pericias psicológicas y ambientales hasta el dictado de la decisión impugnada (Fallos 333:941 y 331:1776; SCBA C118503, sentencia del 22 de junio de 2016; C120208, 21 de diciembre de 2016; C122501, entre otras.).



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

C-123064-1

En concreto, la decisión cuestionada concluye que no existen elementos con idoneidad suficiente para poner en duda la aptitud del progenitor para el ejercicio del rol parental, al tiempo que no se advierten elementos capaces de desvirtuar las conclusiones de las pericias psicológicas que dieron cuenta de las dificultades de la progenitora para el ejercicio del rol materno, cuyas copias lucen agregadas a fs. 17/18 y 19/22.

Sin embargo, dichas afirmaciones no se ajustan, en mi opinión, al análisis integral de la prueba rendida.

Pues, del análisis de la prueba pericial producida por los peritos del equipo técnico departamental, se observa que existe un único informe psicológico-psiquiátrico elaborado respecto de ambos progenitores en el mes de septiembre de 2012 que resulta conteste en señalar los avances y las dificultades evidenciadas en ambos progenitores, sin distinción (fs. 582/7, 738/40, 747/8, 756/7). En particular los peritos concluyeron que “Ambos presentan dificultades para el ejercicio responsable en los roles paterno y materno, siendo dependientes, desde lo afectivo y lo material del entorno propio para compensar las necesidades maternas-paternas de los hijos. Se considera que ambos necesitan ayuda psicológica de manera regular y obligatoria. Del mismo modo, y por el tipo de causa que motivó acciones penales, se considera que los niños también requieren de ayuda psicológica de manera regular y supervisada por terceros responsables” (fs. 586 vta.). En igual sentido, los informes ambientales obrantes a fs. 407/8 y 860/3 dan cuenta de las buenas condiciones afectivas y materiales existentes en los domicilios de ambos progenitores.

Consecuentemente, el contraste señalado por el tribunal en oportunidad de evaluar la aptitud ambos progenitores supone subordinar las conclusiones alcanzadas como resultado de las entrevistas realizadas a ambos progenitores por el cuerpo técnico auxiliar departamental a las consideraciones efectuadas en el marco de pericias efectuadas a los niños y a la progenitora dos años antes y en el marco de la causa penal seguida contra la Sra G.

En efecto, la referencia a las copias de los informes

agregados a fs. 17/18 y 19/22 remite a las conclusiones elaboradas en las pericias psicológicas a los niños y a la progenitora durante el mes de junio del año 2010 en el marco de la causa penal seguida por abandono calificado de persona contra la Sra. G. y respecto de la casual ha recaído sentencia absolutoria (fs. 67/85, 107/18, 705/729, 775/9).

Concretamente, en el marco de la pericia psicológica realizada a los niños, se señaló que “... probablemente R. no cuenta con recursos afectivos y de contención suficientes para poder criar adecuadamente a sus hijos, lo cual podría tratar de compensarse mediante la asistencia social y psicológica apropiada ... Los padres de F. y Y. están aún atravesando la etapa adolescente por lo cual necesitan acompañamiento y sostén en su función parental” (fs. 18 vta.). Por su parte, en oportunidad de entrevistar a la progenitora, los peritos concluyeron que “Por lo evaluado se considera que presenta limitaciones psicológicas significativas para ejercer el rol materno con adecuada contención afectiva y registro de las necesidades de los niños, que no coincidan con las propias. Se evalúa necesidades de tratamiento y orientación psicológica de manera regular y obligatoria (supervisado por terceros responsables) con apuntalamiento cotidiano de alguna figura continente de manera que pueda enfrentar las dificultades arriba mencionadas y adecuarse de manera más satisfactoria a las necesidades socio afectivas y cognitivas de sus hijos” (fs. 22 vta.).

Estas conclusiones –elaboradas, insisto, con anterioridad al informe psicológico agregado a fs. 582/7– resultan contemporáneas y contestes con las conclusiones alcanzadas respecto de la progenitora en el informe de interacción familiar ordenado en el marco de la causa por violencia familiar y cuya realización no se ha podido completar debido a la inasistencia del actor en la oportunidad en que fuera citado (fs. 88/92 del anexo).

En particular relación con la prueba destinada a evaluar el impacto de la decisión en la vida de los niños, únicamente se cuenta con el informe ambiental elaborado en el mes de marzo de 2012 a fs. 406/8 – y ampliado en el mes de octubre del año



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

C-123064-1

2014 a petición del representante del ministerio público (fs. 788, 795, 800 y vta. y b 810 y vta.)– y con la pericia psicológica realizada a los niños en el mes de junio del año 2015 (fs. 831/2).

Al respecto resulta sabido la función esencial que reviste la interdisciplina para la determinación del bienestar de los hijos en esta clase de procesos (arts.706, 709, 710 y ccs. C.C.yC.).

Sobre este punto, al Máximo Tribunal ha sostenido que “el superior interés de la infancia es un concepto abierto. Consecuentemente, en el desenvolvimiento de su ministerio –eminentemente práctico– los jueces 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. De ello se sigue que la determinación de ese mejor interés, hará necesaria la intervención de especialistas, quienes han de transmitir al tribunal las comprobaciones y resultados de su actividad. Y, al hacerlo le suministrarán elementos para la formación de su convencimiento, con relación a temas cuya aprehensión va más allá de la ciencia jurídica. También he señalado en otras oportunidades que, si el perito es un intermediario en el conocimiento judicial y si, en los saberes no jurídicos, esa mediación resulta fundamental, es indudable que la opinión profesional coadyuva eminentemente en la configuración regular de las decisiones judiciales. Tanto más, en ámbitos donde la complejidad de los nexos humanos, reclama a menudo el apoyo técnico, a punto tal que se ha llegado a decir que el deber tutelar del Poder Judicial no puede desarrollarse sin la concurrencia de personas calificadas en las disciplinas de la salud, como tampoco sin la investigación de los datos de la realidad que, para su comprensión, requieren de dichos auxiliares (v. en lo pertinente, dictámenes de Fallos: 331 :941 [punto VIII]; Fallos: 331 :21 09 [punto IV], y sus citas)” (del dictamen de la Procuración General de la Nación en Fallos 333:1776).

En definitiva, entiendo que si bien el principio de estabilidad resulta una pauta insoslayable para la determinación de la cuestión vinculada con la

residencia de los hijos con posterioridad al cese de la convivencia de sus progenitores, su aplicación no exime al juzgador de efectuar una labor hermenéutica destinada a conjugar, con la actualidad suficiente, los elementos de juicio indispensables para la determinación de la solución que mejor satisfaga el bienestar de los hijos –entre los que resulta insoslayable la opinión expresada por éstos–, en especial cuando se decide aplicar un régimen de cuidado personal excepcional (SCBA C118503, sentencia del 22 de junio de 2016; C120208, 21 de diciembre de 2016; C122501, entre otras).

IV. En virtud de ello entiendo que correspondería hacer lugar al recurso que dejo examinado.

La Plata, 23 de abril de 2019.


Julio M. Conte Grand
Procurador General