



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

C-124587-10

“B. M. c/ C. U.

s/ Protección contra la violencia familiar”.

Suprema Corte:

I. La Sala Primera de la Excelentísima Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, resolvió el levantamiento parcial de la medida cautelar dispuesta por la instancia de origen al señor C., que le impedía mantener contacto con su hija.

Dispuso que el contacto podrá sólo realizarse mediante medios telemáticos en días, horarios y tiempo a acordar en la instancia de origen entre las partes, y previa intervención del Cuerpo Técnico Auxiliar del Juzgado de Familia N° 2 departamental, hasta tanto se cuente con sentencia en la causa penal o se avance en la averiguación de la verdad o verosimilitud de la denuncia.

Asimismo, ordenó librar oficio al fiscal a cargo de la investigación a fin de hacerle saber la necesidad de avanzar en la investigación de los hechos y a las partes que debían instar por los medios y las vías que consideren adecuados, la averiguación de la verdad de los hechos denunciados.

Contra tal decisión, la actora -madre de A.- interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, el que denegado por la Alzada -con fundamento en la falta de definitividad de la resolución en crisis-, motivó la interposición de queja (art. 292, CPCC), a la que esa Suprema Corte hizo lugar concediendo consecuentemente el remedio deducido.

II-Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Sostiene la impugnante que el fallo en crisis incurre en la violación de los artículos 16, 22, 23 y 75 inciso 22 y 23 de la Constitución nacional; 15, 36 y ccdtes. de la Constitución provincial; los artículos 3, 12, 19 y ccdtes. de la Convención sobre los Derechos del Niño -en adelante CIDN-; los artículos 8, 19 y 25 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; las Observaciones Generales N° 12, 13 y 14 del Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas; los artículos 1, 2, 5 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW-; las Recomendaciones Generales N° 19 y 25 del Comité de la CEDAW; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención de Belém Do Pará-; las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad; los artículos 1, 2, 706 y ccdtes. del Código Civil y Comercial de la Nación; el artículo 3 de la Ley 26.061; la Ley 26.485; los artículos 34 inciso 4 y 279 y ccdtes. del Código Procesal Civil y Comercial de Buenos Aires; el informe mundial sobre violencia contra los niños y niñas (Ginebra 2006); doctrina y jurisprudencia nacional e interamericana imperante en la materia.

Asegura la señora B. que el fallo impugnado contiene severas inobservancias a la ley sustantiva que contrarían a la Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional, no respetando el corpus iuris internacional que garantiza la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, como así tampoco la legislación de fondo y las leyes procesales.



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

C-124587-10

Dice que el niño, “*como su protagonismo*”, imprime al proceso características particulares, habiéndose constituido en sujeto procesal (arts. 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional; 19 y concordantes de la Convención Americana de Derechos Humanos; arts. 15, 36 y concordantes de la Constitución provincial; arts. 4, 6, 14, 15 y 16 de la Declaración sobre los principios fundamentales de la justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder; art. 24 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 3, 5, 12, 19, 27 y 29 CIDN; Opinión Consultiva 17/2002; Observaciones Generales N° 5, 7, 12, 13 y 14 del Comité de Derechos del Niño), debiéndose extremar los cuidados y consideraciones a su respecto.

Asevera que el fallo atacado comienza identificando la cuestión como un conflicto relacionado con el régimen de comunicación fijado a favor del progenitor no conviviente, cuando en realidad el centro de la decisión radica en si debe mantenerse una medida cautelar de prohibición de contacto ante la denuncia de un presunto abuso intrafamiliar.

Afirma que la Alzada centró su consideración en la existencia de dos derechos en pugna que integran el interés superior de la niña, por un lado el derecho a tener trato con el progenitor y, por el otro, la necesidad de interrumpir la comunicación ante la posible existencia de maltrato o abuso sexual.

Dice que la decisión está desprovista de adecuado respaldo jurídico y fáctico. En esta línea resalta que los especialistas en abuso sexual infantil (ASI) “*lo definen como una bomba en el psiquismo de un niño, ya que marca uno de los niveles de sufrimiento más desestructurante de la mente infantil, sin que exista posibilidad de conciliación entre el*

victimario adulto y la víctima niño” [sic], manifestando que a pesar de esto “*resoluciones como la atacada siguen llevando a la re-victimización de la persona afectada*”. Agrega, que “*varios estudiosos*” ilustran acerca de este punto, “*previniéndonos*” que con la presencia del “*perpetrador, la víctima difícilmente estará a cubierto de la presión y de la reproducción de la atmósfera abusiva*”. Es por esta razón que los diversos ordenamientos establecieron dispositivos que evitan el encuentro o la “*negociación*” entre uno y otro.

Recuerda que el “*estrechamiento de las relaciones familiares*” y la necesidad de los hijos de “*mantener una vinculación permanente con ambos padres*” son “*cánones unánimemente aceptados*”, como también lo es el favorecimiento de “*medidas que contribuyan a subsanar la deficiencia que se presenta... respecto de quien no ejerce la custodia, a raíz de la falta de convivencia*”, siempre que, dice, “*no medien circunstancias cuya seriedad imponga otro proceder*”.

En virtud de ello, se agravia por cuanto entiende que el “*apego indiscriminado a dicha regla*” resulta “*incompatible con la naturaleza del fenómeno que habría dado origen a estos autos*”, los que ciñe a la “*violencia familiar*”, ámbito en el que entiende se debe acudir a “*parámetros signados por una impronta protectoria... ligada a la idea de tutela procesal*” [sic].

Suma que “*... frente a la posible ocurrencia de esta manifestación extrema de violencia (el abuso sexual) no es razonable que las decisiones se funden maquinalmente en modelos corrientes de abordaje, acuñados para otro tipo de litigios*”.



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

C-124587-10

Sobre esta base la impugnante denuncia que cuando los sentenciantes hacen referencia a *“la gravedad de las conductas que ambos progenitores se imputan”*, equiparan situaciones claramente diversas como son los conflictos relacionados con el derecho de comunicación y los que tienen su origen en la violencia familiar, más precisamente en el abuso sexual; afirmando que los operadores judiciales debieron tener una visión especializada.

Manifiesta que la Alzada hizo una *“interpretación errónea y antojadiza de la normativa convencional”* al no tener en cuenta el interés superior del niño, *“contrariando lo establecido en el artículo 19.1 de la CIDN”* [sic].

En este sentido afirma que el *“hilo argumental”* desplegado resulta *“contradictorio y apartado de la primacía que debe darse a la protección de la infancia”*, ya que agrega, es *“claro que se debió separar a la niña respecto del supuesto perpetrador, en un marco estrictamente precautorio”*.

En este contexto recalca que debió desplegarse la función ordenadora del Estado con miras a *“detener el progreso y la perpetuación del presunto abuso”* [sic], como también asumir una actitud de prudencia *“ya que posponer la cautelar a las resultas de una investigación previsiblemente prolongada, podría importar una desafortunada contribución institucional a la consolidación de un perjuicio irreparable”*.

Entiende que *“se debió tener presente”* que la interrupción preventiva del contacto *“resulta técnicamente necesaria y admisible”* y que en virtud de ello, *“la orden de restricción primigenia no puede tildarse de desacertada”*.

Sostiene que la sentencia impugnada realiza una “*errónea aplicación de la ley*” al “*rectificar parcialmente la sentencia del a quo*”, incumpliendo a su entender con la aplicación “*del principio de interés superior de la niña*”. Agrega, que aún cuando el fallo expresa considerar el interés superior del niño, lo hace sin “*abordar las circunstancias fácticas que den fundamento a la realidad que vive A.*” por lo que dice, resulta ser “*una expresión sin correlato con los hechos que sustentan el pronunciamiento jurisdiccional*”.

Con transcripción de partes de la sentencia cuestionada, afirma que ésta “*...aplica erróneamente el derecho, y en su marco de argumentación deviene arbitraria*”, no configurando una “*derivación razonada del derecho vigente*”.

Sostiene que los sentenciantes aseveran dar prevalencia a la integridad de la menor, cuando en realidad se “*da prevalencia a la presunción de inocencia del padre*” [sic]. Agrega que aquellos no esgrimen los fundamentos de su decisión “*que propicia actos que pueden afectar la integridad psicofísica de A., aplicando erróneamente las normas que invocan*”.

Siguiendo ese razonamiento, dice que si “*por el contrario*” se concluyera en el fuero penal que “*el padre resulta responsable ...*”, la sentencia, afirma, “*no se hace cargo del impacto de la revictimización de A.*” [sic].

Crítica la forma en que se valoró el interés superior de la niña, dice que se aplicó erróneamente tal principio convencional y que pese a las citas normativas mencionadas, no se expresa cómo se aplican a la vida de la menor, omitiéndose las circunstancias fácticas e



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

C-124587-10

imponiendo a la niña mantener comunicación con su padre cuando aún está en curso la investigación penal, por lo que dice se está violando lo prescripto en el artículo 34 inciso 4 del Código Procesal Civil y Comercial, en tanto bajo pena de nulidad, ordena fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria respetando la jerarquía de las normas y el principio de congruencia.

Siguiendo ello refiere que el resolutorio en crisis menciona el interés superior del niño *“sin evaluar el impacto de la resolución en A.”*, por lo que el fallo deviene *“ausente de elementos de juicio que permitan sustentar la conclusión a la que arriban”*, resultando, agrega, *“violatorio del art. 171 de la Constitución Provincial”*.

Destaca que no se dio *“consideración primordial”* al interés superior de A., contrariando lo establecido en la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño.

Respecto a la correcta fundamentación en el fallo recurrido, la impugnante agrega que, desde la óptica de la OG N° 14 *“en la motivación debe señalarse explícitamente todas las circunstancias de hechos referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos del caso concreto y la manera en que se han ponderado”*.

En la misma línea manifiesta que dicha Observación General recomienda que *“a fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior sea considerado; cualquier decisión sobre los niños debe estar motivada, justificada y*

explicada". Agrega también que *"no basta afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior"* del niño.

Luego de citar normas del derecho interno, concluye que la sentencia en crisis se *"divorcia de la situación fáctica de la niña pues no da fundamento del impacto que mantener comunicación con su padre, tendrá en ella"* [sic]. Asevera que la sentencia aplica erróneamente la ley *"pues hace prevalecer la posible inocencia del padre ante la revictimización de A."*

Aduce que *"yerran"* los jueces de Cámara cuando expresan *"...Ello, hasta tanto se cuente con sentencia en la IPP06-0023881-20 o se avance en la averiguación de la verdad o verosimilitud de la denuncia, ya sea a través de actuaciones en este fuero o en el fuero represivo..."*, afirmando que la cuestión debe ser debatida en el fuero penal y no en el de familia, puesto que lo contrario sería violatorio de las buenas practicas judiciales.

Por último, la señora B. transcribe numerosa normativa internacional para concluir que la resolución en crisis causa un *"gravamen que no puede ser reparado pues el daño que puede provocarse a A. en cumplimiento de esta medida, trasciende el marco de un proceso judicial"*, conllevando *"una lesión a su integridad psicofísica que resulta invalorable"* y que entiende, puede ser evitada en esta instancia extraordinaria.

Finalmente señala que la sentencia impugnada es *"violatoria"* del mandato emanado del artículo 75 incisos 22 y 23 de nuestra Carta Magna, y agrega que los jueces *"debieron atender a la consecuencias futuras de sus decisiones sobre una niña de 3 años de edad"* y *"garantizar la tutela judicial efectiva de A."*



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

C-124587-10

Hace reserva del caso federal.

III- Antecedentes relevantes.

En los autos “C. P. U. c/ B. M. s/ Comunicación con los hijos” que tramitan ante el Juzgado de Familia N° 2 de La Plata, se trabajó en un complejo proceso de vinculación entre el señor C. y su hija A. de -en aquel momento- tres años de edad, constatándose del trámite del mismo la profunda conflictiva parental que requirió en diversas oportunidades, la intervención de profesionales de distintas disciplinas con el objeto de facilitar y acompañar el régimen de contacto entre el progenitor y la niña.

Aún así, de las constancias de la causa referida surge que ambos progenitores lograron llegar oportunamente a un acuerdo sobre régimen de comunicación (conf. acta de fecha 28-11-2019 y resolutorio homologatorio de 9-12-2019 adjunto en oficio de fecha 12-8-2020, obrante en los autos “B. M. c/ C. P. U. s/ Protección contra la Violencia Familiar”).

Sin perjuicio de los incumplimientos denunciados por ambas partes durante su desarrollo, frente a la emergencia sanitaria decretada, producto de la pandemia declarada, y el consiguiente aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto por el Estado Nacional, las partes acordaron que durante la duración de dichas circunstancias excepcionales, la comunicación paterno-filial se llevaría a cabo por medios telemáticos, estableciéndose también -una vez por semana y sin pernocte- un contacto presencial (conf. acuerdo de 16-6-2020

adjunto en oficio de fecha 12-8-2020, obrante en los autos “B. M. c/ C. P. U. s/ Protección contra la Violencia Familiar”).

A poco de entrar en vigencia dicho convenio, la señora B. aseguró que su hija esgrimió un dolor en sus genitales horas después del encuentro con su padre (conf. oficio del 4 de agosto en “B. M. c/ C. P. U. s/ Protección contra la Violencia Familiar -Ley12.569-", pag. 44/54).

Es por eso que al día siguiente consultó al pediatra de la niña, doctor Oscar Recupero, quien -dice la quejosa- luego del examen clínico recomendó formular la correspondiente denuncia penal.

Sostiene haber acudido al Gabinete de Delitos contra la Integridad Sexual dependiente de la Dirección Departamental de Investigaciones de La Plata y denunciado el supuesto abuso sexual del progenitor contra la niña, iniciándose la correspondiente investigación penal preparatoria (IPP N° 06-00-23881-20).

En el marco de la referida investigación se realizó un reconocimiento médico legal en la persona de A., de cuyas conclusiones surge que a “Nivel paragenital no se observan lesiones macroscópicas al momento del examen. A nivel extragenital se observa cicatriz lineal, blanca nacarada de 10mm de longitud x 1mm. de ancho aproximadamente, perpendicular al eje del cuerpo. Cicatriz de evolución crónica. A nivel ginecológico: presenta escotaduras en hora 11, de origen congénito y repliegue mucoso en la orla himeneal en hora 12 de origen congénito. Se observa secreción previamente mencionada, pudiendo ser secundario a proceso inflamatorio o infeccioso a descartar como parasitosis, bacterias,



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

C-124587-10

hongos, alergias. No se observan lesiones de reciente producción a este nivel. A nivel anal se observa una dilatación venosa periorificial en hora 03 (menos en decúbito lateral izquierdo) compatible con hábito evacuatorio constipado...” (IPP N° 06-00-23881-20); informe médico legal mencionado en la sentencia en crisis y que no fuera cuestionado por la denunciante.

En paralelo con la denuncia penal efectuada, la señora B. solicitó se dicten medidas de protección en el marco de la ley N° 12.569, dando lugar a la intervención del Juzgado de Familia N° 8 de La Plata por ser -en ese momento- el órgano de turno. Frente a tal requerimiento, el magistrado prohibió cautelarmente al señor C. el contacto con la señora B. y su hija, como también le ordenó no acercarse a un radio menor de doscientos metros del domicilio donde la denunciante reside y a cien metros de cualquier lugar en que ella se encuentre; dispuso que la restricción de comunicación sea recíproca, debiendo ambas partes cesar y abstenerse de perpetrar mutuas conductas lesivas de la integridad física y/o psicológica, y efectuar actos de perturbación o intimidación, en forma directa o indirecta, personalmente o a través de terceros, incluyendo contacto físico, telefónico y electrónico bajo cualquier modalidad (arts. 2, 7 inc. b de la ley 12.569 y 232 CPCC). En este contexto le hizo saber al señor C. que en caso de violar lo establecido se daría inmediata intervención a la justicia penal por la comisión del delito de desobediencia.

Esta resolución fue cuestionada por el señor C. mediante recurso de apelación, sólo en lo relativo a la prohibición de contacto con su hija, no impugnando el resto de las medidas de protección ordenadas.

Así la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata ordenó el levantamiento parcial de la medida cautelar, permitiendo -en virtud de ello- reanudar el contacto del progenitor con A. sólo por medios telemáticos.

Contra dicha resolución se agravia la progenitora mediante el presente recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

IV. La impugnación no puede prosperar.

En orden a los agravios que han sido expuestos considero necesario, en primer lugar, dejar sentada la directriz que guía a la solución que propondré en este dictamen.

Es por eso que centrado en el interés superior del niño he de analizar si, tal como afirma la impugnante, la sentencia atacada viola el artículo 3 de la CIDN, y en consecuencia, se aparta de los estándares convencionales, del corpus iuris internacional y afecta los derechos de A..

Para ello cabe recordar que el Comité de los Derechos del Niño subraya que el interés superior del menor debe ser entendido como un concepto triple: por un lado, (i) un derecho sustantivo, consistente en que sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño. Por otro lado, (ii) un principio jurídico interpretativo fundamental (si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño). Y, finalmente, (iii) una norma de



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

C-124587-10

procedimiento, en tanto siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño, así como la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 14 -2013- sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 6; citado por la SCBA A 75573 del 12 de mayo del 2021).

Sentadas estas bases, resulta necesario mencionar que el interés superior del niño es el conjunto de bienes necesarios para su desarrollo integral, la protección de su persona y sus bienes, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (conf. SCBA C. 123.350, sentencia del 28 de mayo del 2021).

Corresponde entonces examinar, si la solución dada por la Alzada resulta adecuada al interés superior de la niña involucrada.

Ello así, es necesario contextualizar y recordar que la revisión que actualmente nos convoca a partir de la presentación de este recurso extraordinario, se produce en el marco de las medidas protectorias dictadas -en lo que aquí interesa - en favor de la niña y con sustento en la Ley 12.569.

En ese sentido, cabe destacar que al momento de resolver la queja efectuada por la recurrente, frente al rechazo que hiciera la Alzada del recurso extraordinario planteado debido a haber considerado la naturaleza de la cuestión involucrada, esa Corte afirmó que si bien *“ha sostenido que, en principio, las decisiones relativas a medidas precautorias no revisten carácter definitivo en el concepto del art. 278 del Código Procesal Civil y Comercial, desde que no causan instancia (conf. doct. C. 115.002, "Garese", resol. de 13-VII-2011; C. 119.076, "Sancho Massey", resol. de 18-VI-2014; C. 121.652, "C., R.", resol. de 14-VI-2017), en el sub lite, a partir de la temática implicada, al existir en esta causa una denuncia de abuso sexual contra el progenitor de la niña que sólo tiene tres años de edad, en tanto la continuidad de la comunicación (aunque sea de manera virtual) podría afectar sus derechos, tal y como lo invoca la apelante, la sentencia de la Cámara que aquí se impugna debe considerarse equiparable a definitiva en tanto podría motivar un gravamen de insusceptible, dificultosa o tardía reparación ulterior (doctr. art. 278, CPCC)”*, por lo que hizo lugar a la vía extraordinaria articulada (conf. MEV).

Sabido es que la finalidad del procedimiento previsto en la Ley 12.569 (T.O. Ley 14.509), consiste en hacer cesar el riesgo que pesa sobre las víctimas, evitando el agravamiento de los perjuicios concretos derivados del maltrato que se cierne sobre ellas, mediante la adopción de medidas urgentes y transitorias que cautelarmente permitan su remoción, sin que ello implique de modo alguno una decisión de mérito sobre las cuestiones de fondo que puedan emanar.



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

C-124587-10

Por otro lado, la perspectiva sistémica que prima en las relaciones familiares, y por la que todo niño necesita mantener lazos fuertes con ambos progenitores, es un derecho humano fundamental que debe analizarse siguiendo los parámetros de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual establece la obligación estatal de mantener las *“relaciones personales y el contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”*. (artículos. 9 y 18 de la CIDN; Conf. SCBA C. 109.139 sent. del 16 de marzo del 2011).

Así también dentro de este marco vincular, se reconoce, que los *“niños pequeños son especialmente vulnerables a las consecuencias adversas de las separaciones debido a su dependencia física y vinculación emocional con sus padres o tutores. También son menos capaces de comprender las circunstancias de cualquier separación”* (Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General N° 7, *“Realización de los derechos del niño en la primera infancia”*, 2005, parr. 18).

Se infiere entonces, que la restricción, limitación o supresión del derecho a la comunicación deben otorgarse ante situaciones que sean consideradas riesgosas para la integridad psicofísica de los niños, niñas o adolescentes (artículos. 9° de la CIDN, art. 11 de la ley 26.061 y arts. 638 y 652 del Cód. Civ. y Com.).

Frente a ello, la Cámara, analizando los elementos obrantes en la causa penal, las constancias del expediente sobre *“régimen de comunicación”*, y sin dejar de soslayar la urgencia que ameritaba el dictado de la resolución cautelar atacada, entendió que frente al *“oportuno”* interés que pueda *“mover a las partes”* debe priorizarse el de la niña.

En definitiva, sostuvo que frente a la “*tensión*” entre el “*valor eficacia*” y el “*valor igualdad de las partes*”, optaron por hacer prevalecer el primero, por ser ello a criterio de los sentenciantes lo que realiza el interés superior de la niña, disponiendo en definitiva el levantamiento parcial de la medida cautelar dictada solo en lo referente al vínculo paterno-filial.

Es del caso mencionar que ha sostenido la Corte Interamericana que la “*falta de respuesta puede implicar un daño irreparable a los derechos a la integridad psíquica, identidad y protección a la familia del niño... Por tanto mientras se resuelven los procedimientos judiciales tendientes a definir su situación jurídica, la Corte considera pertinente ordenar, como medida provisional para evitar que los derechos del niño... se vean afectados, que el Estado adopte las medidas necesarias, adecuadas y efectivas para permitirle mantener vínculos con su familia de origen, con el apoyo del personal profesional adecuado que haga un monitoreo de las circunstancias emocionales del niño. En este sentido, el Tribunal recuerda que el propio Tribunal de Apelación dispuso que podía disponerse alguna medida interina de relacionamiento con la familia biológica, sin que ello implique adelantar una decisión respecto de los procesos abiertos en relación con el niño... es decir, sin entrar a definir el fondo de los procesos*” (Asunto “L.M. vs. Paraguay. Medidas provisionales”, Resolución de 1 de julio de 2011).

Así, analizando el impacto que una medida cautelar dictada en este marco protectorio puede tener sobre el derecho de comunicación con los hijos, se ha dicho que, “*interrumpir el contacto de un padre con sus hijos, es una de las medidas más graves*



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

C-124587-10

que puede dictar cualquier tribunal con competencia en asuntos de familia, y solo puede dictarse, y mantenerse cuando situaciones de especial relevancia lo justifiquen” (CNCiv, Sala J, “M.M.N. c/ M.M.F. y otro”, sent. del 14-12-2004).

Siguiendo este razonamiento, entiendo que la resolución atacada, interpreta, para el caso, en debida forma la directriz emanada del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que tal como sostiene la Alzada no surgen del proceso ante el fuero de familia o penal mayores elementos para sostener el impedimento de vinculación paterno-filial, en especial de la causa penal en la que todavía no se ha alcanzado resolución definitiva, pues se encuentra en pleno trámite al haberse encomendado y llevado a cabo en distintos tiempos, medidas de prueba (e/o: declaración testimonial del psicólogo de la niña, evaluación por parte del equipo técnico del fuero de la posibilidad de escuchar a la niña en cámara gesell y recepción de otros testimonios) direccionando, así, la labor a la investigación de los hechos denunciados; por lo que no se advertiría -hasta el momento- en forma categórica componentes que justifiquen sostener la falta de contacto entre el padre y la niña.

Asimismo no puedo soslayar que la Cámara tuvo en cuenta lo dictaminado por la Representante del Ministerio Público Pupilar, cuando sostuvo en relación al recurso de apelación interpuesto por el progenitor que *“la medida cautelar inaudita parte tiende a salvaguardar la integridad psicofísica de mi [su] asistida, pero dado que también se le coarta su derecho a la coparentalidad, que no es otra cosa que el derecho a mantener contacto regular con el progenitor no conviviente y a relacionarse afectivamente (art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño), entiendo deberá V.E. analizar de*

manera inmediata, la verosimilitud de los hechos en que se funda la medida cautelar dispuesta”.

Agregando que “de no encontrarse acreditado que haya ocurrido un hecho contrario a los derechos de A. o que pueda afectar su integridad, deberá procederse al levantamiento de la medida dictada, fijándose una modalidad de vinculación paterno-filial con la previa intervención del Cuerpo Técnico Auxiliar y teniéndose también en cuenta la evaluación por parte del Gabinete de Delitos contra la Integridad Sexual, en el caso en que se hubiera materializado, lo cual garantice el ejercicio pleno de los derechos de la niña y su integridad psico-física”.

Por lo que lo decidido por la Cámara en orden a la acreditación del hecho denunciado, modalidad ordenada y recaudos adoptados en relación al régimen de contacto entre el padre y la niña al momento de resolver el levantamiento de la medida cautelar a esos efectos, ha contemplado el derecho a mantener contacto con su progenitor, ajustándose a su interés superior.

Tampoco merece acogida el agravio vinculado a la violación del principio de congruencia, pues a pesar de la orfandad de desarrollo, el decisorio en crisis se ciñó a lo peticionado y debatido en el expediente, esto es la procedencia o no del contacto de A. con su progenitor en el marco de una medida cautelar.

Aduno a ello que el principio de congruencia, establecido por el art. 163 inc. 6 y reiterado por el art. 272 del CPCC, significa que como regla general, debe existir correspondencia entre la acción promovida y la sentencia que se dicta, debiendo el juez



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

C-124587-10

pronunciarse sobre lo sometido a su examen basando el fallo en los elementos de hecho aportados en apoyo de las pretensiones hechas valer por la partes en sus presentaciones y sólo basándose en aquellos (conf. SCBA C. 94791, sent. de 18/11/2009, C 111.236, sent. de 9/10/2013; C 113463, sent. de 9/10/2013).

Por último y a fin de dar cabal respuesta a la quejosa diré que en relación a la referida violación del art. 171 de la Constitución provincial, esa Corte ha sostenido que en orden a *“a la endilgada falta de fundamentación legal, sabido es que en el recurso extraordinario de nulidad resulta ineficaz denunciar la infracción al art. 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires si no se esgrime agravio alguno que se vincule con el contenido normativo de dicho artículo (conf. causas Ac. 86.248, “Mainero”, sent. de 10-VIII-2005 y C. 94.435, “Rapetti”, sent. de 26-XI-2008), lo que produce la desestimación de lo expuesto por el quejoso”* (SCBA, C. 123.616, sent. del 21-3-2022).

Sumo que los agravios traídos se vinculan más bien con controvertir la forma como ha sido resuelta la cuestión y el acierto o no de la decisión, lo que constituye un tema propio del recurso de inaplicabilidad de ley” (SCBA, Q. 76213, sent. del 1-7-2020).

Lo expuesto sella la suerte adversa del intento revisor.

V. Ahora bien, la solución planteada por la Cámara responde a la importancia que el contacto paterno-filial tiene para los niños, ya que sin dejar de lado el hecho denunciado, prudentemente la Alzada se limitó a ordenar la vinculación exclusivamente por

medios telemáticos (WhatsApp, Zoom o similares), “en días, horarios y tiempo a acordar en la instancia de origen entre las partes, y previa intervención del Cuerpo Técnico Auxiliar del Juzgado de Familia Nro 2. Hasta tanto se cuente con sentencia en la IPP 06-00-23881-20 o se avance en la averiguación de la verdad o verosimilitud de la denuncia”, adoptándose una decisión de protección y tutelar, a la par que respetuosa de los derechos de la niña a tener contacto con su progenitor (arts. 3, 5, 7, 8, 9 CIDN; el subrayado me pertenece).

En base a lo expuesto no puedo dejar de señalar la existencia de derechos esenciales de A., tales como su derecho a la identidad (arts. 5 y 7 de la CIDN); a las relaciones familiares (art. 8 CIDN); a no ser separada de sus padres contra la voluntad de éstos (art. 9 CIDN); a la obtención de una buena calidad de vida (art. 8, Ley 26.061), ya que de extenderse esta situación también podría dar lugar a distintas consecuencias emocionales y de vinculación paterno-filial.

Puntualmente, el derecho a la identidad tiene una profundidad y una hondura que no pueden desconocerse, porque no solo comprende el derecho a la preservación de sus relaciones familiares, el derecho a la identidad es mucho más que ello, se refiere al acervo cultural, al aspecto psíquico, también al biológico y a todo lo que confluye para que cada ser humano sea uno mismo y no otro (conf. Graciela Medina y Kanesfick Mariana, en nota a fallo, LL, 2000-1301).

Así, en base a lo expuesto, soy de opinión que el fallo en crisis no resulta violatorio de la norma del interés superior, sino que se ajusta a ella en tanto contempla el



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

C-124587-10

derecho de la niña a retomar el vínculo con su progenitor, centrándose en A., al contemplar recaudos de protección hacia ella y dejando de lado, claro está, la conflictiva cuestión entre los progenitores.

VI. Por último de compartir ese Alto Tribunal lo opinado en el presente dictamen, y tal como adelanté al inicio de esta presentación, basado en el interés superior de la niña, entiendo que la modalidad dispuesta en la sentencia en crisis -utilización solo de medios telemáticos en días, horarios y tiempo a acordar en la instancia de origen entre las partes con la previa intervención del Cuerpo Técnico Auxiliar del juzgado de familia- resulta respetuosa de los derechos de la niña y paralelamente prudente; permitiéndome agregar -dado las particularidades del caso y el tiempo que ha transcurrido sin que A. tuviera contacto con su progenitor- que de llevarse a cabo la vinculación, esta deberá ser progresiva, asistida en su desarrollo, con el estricto control de los expertos del fuero y el acompañamiento del profesional en psicología que pudiera tener la niña; ello siempre en resguardo de su integridad psicofísica.

Al respecto es del caso recordar que en el Preámbulo de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño, se expresa que *“Convencidos que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”*.

VII. En base a lo analizado y con el alcance expuesto, propicio a rechazar el recurso de inaplicabilidad de ley que dejo examinado.

La Plata, 30 de agosto de 2022.

Digitally signed by
Dr. CONTE GRAND, JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General

30/08/2022 11:13:29