



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

C-125345-4

S. C. D. c/ O. A. B. s/ Derecho de
Comunicación.

Suprema Corte de Justicia:

I. La Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial -Sala III- del Departamento Judicial de La Plata, confirmó los resolutorios de fecha 5 de febrero de 2021 y 22 de febrero de 2021, dictados por el Juzgado de Familia N° 5, por los cuales se rechazó el pedido de restitución de la niña a la ciudad de Ensenada, partido de La Plata, y la medida de no innovar el domicilio de la menor, efectuados por el señor C. D. S., progenitor de la niña M. S.

Contra tal forma de decidir se alzó el progenitor de la niña, con el patrocinio letrado de la titular de la Unidad de Defensa Civil N° 18, mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

El recurrente denuncia como normas comprometidas y violadas: el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; los arts. 15 y 36, incs. 1 y 2 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; los arts. 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; los arts. 3, 5, 9, 18, 19, 25 y concordantes de la Convención sobre los Derechos del Niño; la Opinión Consultiva N° 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño; el art. 4 de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad; los arts. 26, 652, 706, 707 del Código Civil y Comercial; los arts. 3, 19, 24 y 27 de la ley 26.061; los arts. 278, 384, 474 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires.

Luego de transcribir los apartados que estima relevantes del resolutorio en crisis, el recurrente se agravia por cuanto entiende que de su lectura se advierte que *seha vulnerado el plexo normativo destinado a brindar protección a los derechos de niños, niñas y adolescentes*

Considera que el fallo dictado por la Alzada *no ha preservado* el interés superior del niño *que dice proteger*. Por el contrario, afirma, que *viola fundamentalmente* ese principio, al *impedirle a M. crecer acompañada también de su progenitor y le niega mantener con el mismo un adecuado y regular contacto paterno filial*.

Sostiene que de los antecedentes reseñados y de las reiteradas presentaciones judiciales surge *“sin lugar a dudas, el deseo y la intención de esta [esa] parte de no separarse de su hija como así también la deliberada, arbitraria e irresponsable actitud materna destina [da] a distanciar a mi [su] niña de su progenitor* [sic]. Enumera las distintas presentaciones efectuadas en el proceso por el quejoso y la señora O., progenitora de la niña.

Aduce que *entre alguno de los argumentos* con los que tanto la sentencia de grado como la sentencia ahora recurrida justifican su decisión se encuentran la *interpretación y resguardo del interés superior del niño y la expresión de la voluntad y/o deseo manifestada* por la niña ante la Sra. Asesora de Incapaces

Se agravia por cuanto entiende que son esos mismos principios, los que *no han sido resguardados ni interpretados adecuadamente* provocando *en definitiva su violación*

Afirma que, en el caso, *existe una clara violación* del art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que transcribe.

Agrega que, se ha *“dispuesto rechazar en ambas instancias los planteos esgrimidos* por el quejoso, *no sólo respecto de la prohibición de innovar el domicilio sino también de la solicitud de reintegro judicial* [sic] de la niña.

Opina que la Cámara, al resolver, siguió el dictamen de la señora Asesora de Incapaces y de ese modo *ha interpretado* que a efectos de preservar el interés superior de M. *“y sobre la base de la escucha previa realizada- no resulta beneficioso para ella modificar su statu [s] quo* [sic]. Reitera que *ese mismo interés superior el que no ha sido considerado en los fallos apelados*



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

C-125345-4

Continúa explicando que de la compulsa de las actuaciones no surgen *los extremos aludidos que demuestren que el interés superior del niño y el contacto paterno filial* que la sentencia de la Alzada *dice preservar y contemplar* se encuentren *amparados*.

Se queja por cuanto si bien la escucha de la niña se encuentra cumplida *conforme lo ha dictaminado la Sra. Asesora de Incapaces*, entiende que *la misma debe analizarse en base a determinados preceptos*, y transcribe doctrina y jurisprudencia al respecto.

Con base en ello, asevera que la escucha no *“ha sido analizada bajo este [ese] contexto, limitándose a transmitir los deseos y vivencias de una niña de 5 años de edad que se encuentra en un contexto lejos de la ciudad con una sinfín de experiencias nuevas pero que no aseguran si realmente la niña dimensiona la distancia existente entre los domicilios paterno y materno actuales y lo que ello significará en el desarrollo del vínculo y contacto paterno filial y en su bienestar en general”* [sic].

Arguye que *el fallo apelado sólo se ha limitado a analizar esta [esa] escucha sin tener en cuenta el resto de las circunstancias fácticas* que obran en las actuaciones. Siguiendo ello, afirma que no hay *prueba alguna de que la niña en la localidad de Junín se encuentre en mejores condiciones de las que gozaba en su ámbito familiar* previo al traslado indebido.

Se agravia por cuanto la Alzada *pretende justificar su decisión afirmando que el contacto paterno filial se encuentra garantizado*, situación que dice, *dista de ser tal*.

En ese sentido, expresa que se *encuentro [a] desde hace más de un año sin ningún contacto paterno filial* con su hija, debido al *impedimento arbitrario de su progenitora* y señala la existencia de una causa penal por impedimento de contacto, la cual, agrega, *no ha sido considerada por la Excma. Cámara en ningún punto de su resolución* [sic].

De tal manera asegura, que del análisis de los elementos aludidos surge claramente la violación del precepto constitucional del interés superior del niño que se dice se ha intentado proteger

Se queja por cuanto, dice que no se encuentra justificado cabalmente en autos ninguno de los extremos invocados por la progenitora como justificativos de su decisión unilateral y caprichosa de mudara la niña a la ciudad de Junín.

Afirma que la sentencias, *han avalado* la actitud *arbitraria y caprichosa de la Sra. OO* [si], quien *bajo el amparo del texto de la ley de violencia familiar* modificó sin *justificación ni acreditación judicial* el centro de vida de su hija, sin garantizar *ningún tipo de contacto paterno filial* el que pone de resalto *aún se encuentra interrumpido, pese a la existencia de la [una] resolución judicial... mediante la cual dispuso un régimen de comunicación provisorio a mi [su] favor y que se encuentra firme y consentida [o]*”.

Por otro lado, denuncia que la demora incurrida a lo largo del todo el proceso al resolver los planteos esgrimidos por esta [esa] parte también ha tenido un efecto negativo sobre el interés superior del niño que tanto se dice proteger

Da cuenta que se vislumbra a lo largo de todo el proceso judicial demoras inadmisibles, yerros judiciales que, agrega, concluyeron en definitiva a consolidar una situación de hecho, cual ha sido el traslado indebido de la niña a otra jurisdicción y con ello, el impedimento de contacto paterno filial. Y concluye que ello, no puede de ningún modo considerarse admisible para garantizar el interés superior del niño

Luego de citar normativa internacional, reitera que las innumerables demoras ocurridas en el caso, no han hecho más que consolidar una situación provocada por la contraria en forma ilegaly que dice, “ha sido amparada por las resoluciones tanto del juez de primera instancia como de la Excm. Cámara de



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

C-125345-4

Apelaciones, y bajo el pretexto del interés superior de mi [su] hija M. de no modificar su statu quo actual[sic].

Reafirma su postura según la cual, el fallo rechaza sus planteos sobre la base de una escucha realizada a mi [su] hija M. meses después de que fuera trasladada inconsulta e indebidamente por su madre a otra jurisdicción cuando, agrega, la niñaya se ha adaptado y aceptado esta nueva forma de vida

Cuestiona qué hubiera pasado si la escucha con la niña se llevaba a cabo cuando el contacto se encontraba recién interrumpido por ser llevada por su madre a un lugar totalmente desconocido para ella y lejos de sus afectos y [su] centro de vida

En virtud de ello, entiende que los decisorios atacados no han garantizado en absoluto efectivamente el interés superior del niño, limitándose a tomar la decisión sobre la base de la no menos valiosa opinión de su hija, pero, agrega, desatendiéndose del resto de los extremos que debieran haber ponderado para asegurar su bienestar

Alega que toda la normativa aplicable al caso, garantiza en definitiva la importancia del disfrute de la convivencia del hijo con sus padres, con ambos padres en garantía de su interés superior

Considera que el decisorio atacado se desentiende del actual concepto de familia y pone en jaque el orden público destinado a brindar protección a los derechos del niño, apartando a este [ese] progenitor de la vida de su hija sin justificación alguna y premiando y amparando la conducta arbitraria, obstaculizadora y mal intencionada de su madre la cual, agrega, ha sido puesta de manifiesto a lo largo de todas las actuaciones

Concluye que el fallo en crisis no efectuó la ponderación que la hermenéutica constitucional requería con lo cual, ha puesto a la Convención sobre los Derechos del Niño al margen de la solución discutida

En definitiva, solicita se revoque el decisorio recurrido y se ordene el reintegro inmediato de la niña M. a la jurisdicción de este [ese]

Excelentísimo Tribunal y el *restablecimiento del contacto paterno filial* tal como fuera petitionado por el quejoso *innumerable veces*.

II. El recurso no debe prosperar.

Después de referirse a los antecedentes del caso y lo que fuera materia de agravio, la Alzada comenzó por establecer que ambos planteos recursivos - aun cuando atacan dos resoluciones distintas - serían abordados en forma conjunta por guardar íntima vinculación uno con otro.

Ello así, estableció que el *objeto* de las cuestiones traídas a análisis radican en *el rechazo de la solicitud de reintegro de la menor M. la localidad de Ensenada* como así también en *el rechazo de la medida de no innovar su domicilio efectivo*.

Adentrándose al análisis del recurso, la Cámara, recordó la doctrina establecida por nuestro Máximo Tribunal Nacional respecto al interés superior del niño como pauta rectora en todas aquellas cuestiones que los halle involucrados.

Con base en ello, puso de manifiesto lo que fuera dictaminado por el señor Asesor de Incapaces *en cuanto hubo de aconsejar no efectuar modificaciones en la vida cotidiana de la menor M., en virtud de las conclusiones a las cuales arribó luego de mantener comunicación con ella [la niña] [sic]*.

Entienden así, los sentenciantes, que dicho argumento *sella la suerte adversa de los recursos intentados*

A mayor abundamiento, señalan que en reiterados precedentes, han sostenido que *en los procesos de familia debe ponderarse ante todo el interés superior del niño lo cual implica meritarse los riesgos y las posibles consecuencias que la decisión judicial pueda tener en la integridad psicofísica de los menores*

De esa manera, consideran que al decidir *sobre el régimen comunicacional* de la niña con su progenitor, éste debe interpretarse en conjunto con el *principio favor debilis o pro minor [sic]*.



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

C-125345-4

Destacan para el caso, la presentación efectuada por la progenitora de la niña *“...en la que se propone la planificación de un régimen de comunicación “a fin de posibilitar la toma de contacto presencial [de M.] con su progenitor*

Seguidamente, y haciendo hincapié en las particularidades del caso con especial mención a *la corta edad de la menor* advierten, sin embargo, que *el contacto con su progenitor se encuentra garantizado cuanto menos, a través de medios telemáticos, tal como fuera dispuesto mediante resolución del 26 de junio de 2020* [sic].

Por último, la Alzada consideró que a tenor del carácter cautelar de las medidas requeridas, frente al rechazo propuesto, ello no impide que *“eventualmente sean reeditadas en la instancia de origen frente al cambio de las circunstancias de hecho que justificarían su eventual dictado*

Finalmente, respecto de los demás argumentos llevados por el quejoso, consideran que *“no constituyen una crítica concreta y razonada de los fallos recurridos, sino “meras disconformidades con la forma de resolver del juez por lo que no abastecen los recaudos formales del art. 260 del CPCC*

1. Siguiendo doctrina de nuestro Máximo Tribunal Federal, esa Corte ha sostenido que *la prudente determinación de este tipo de decisiones reclaman una labor interpretativa destinada a valorar y demostrar de qué modo la decisión adoptada preserva el interés superior de los niños de conformidad con la recta interpretación de la cláusula del art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en lo que respecta a decisiones provisionales que pueden ocasionar un trauma a un niño y en la muy exigente justificación que una medida de este tipo requiere* (conf. CSJN *M.D.H. c/M.B.M.F. s/ Tenencia de hijos* sent. De 29-IV-2008; Fallos: 331:941)

El Comité sobre los Derechos del Niño, al definir el alcance del concepto de interés superior del niño, ha establecido que el mismo *...es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe*

evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto □ (Observación General N° 14 del Comité sobre los Derechos del Niño, pár. 32).

En el orden interno, la ley 26.061 establece en su art. 3: "*A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a- Su condición de sujeto de derecho; b- El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c- El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d- Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e- El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f- Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros*".

Así también, esa Corte ha señalado, que el interés superior del niño es "*el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado 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. voto del doctor Pettigiani en la causa Ac. 79.931, "A., K. E.", sent. de 22-X-2003. En similar sentido causas C. 110.887, "N.N. o S., V.", sent. de 10-VII-2013; C. 102.719, "R., D. I.",



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

C-125345-4

sent. de 30-III-2010 y C. 124.007, "L. o N.N.", sent. de 6-VII-2020" (SCBA, C. 123.566; sent. de 21/9/2021.

Y considerado, asimismo, que en el *esquema del Código Civil y Comercial ambos padres ejercen la responsabilidad parental (art. 641 inc b Cód. Civ. y Com.)* y si bien la autorización para mudar el domicilio de los hijos menores dentro del país no se encuentra dentro de los supuestos enumerados en el art. 645 que especifica aquellos actos que requieren del consentimiento de ambos progenitores, cuando media, como en este caso, oposición del otro progenitor, la resolución judicial deberá atender al interés superior del niño al que alude el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (SCBA, C. 121.612, sent. del 3 de julio de 2019.

a. Sentado ello, cabe señalar que el recurrente centra su agravio en considerar que la Alzada, efectuó una errónea interpretación del concepto de "interés superior del niño" al no analizarse, según dice, en debida forma, la escucha de la niña como así tampoco los restantes elementos obrantes en la causa, convalidándose de ese modo, un traslado "inconsulta e indebido" por parte de la progenitora.

Al respecto y centrado en el interés superior del niño que guía la propuesta de solución del caso, entiendo que si bien los hechos que surgen de autos avalan las apreciaciones efectuadas por el recurrente en orden al traslado inconsulta de M. a la ciudad de Junín, sin embargo, se observa que la situación actual en que se encuentra la niña viviendo con su madre en dicha ciudad, satisface dicho interés superior.

Pues de la plataforma fáctica se corrobora que resulta aconsejable mantener el status quo existente (conf. MEV informe social, psicológico de 31/8/2020 y 30/12/2020, y dictamen del señor Asesor de Incapaces de 21/4/2021 – diálogo con M. en fecha 20/4/2021).

2. Por otra parte también, y en orden a la queja referida a la escucha de la niña, esa Corte ha sostenido que: "... la nulidad del fallo -que incumplió la exigencia de que la menor sea oída cada vez que las autoridades judiciales deban adoptar alguna medida que afecte sus derechos e intereses (conf. arts. 3.1, 9.3. 12.1 y 12.2, CDN y Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño; art. 14, apdo. I, Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Observación General 13 del Comité de Derechos Humanos; arts. 8, 19 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; arts. 1, 18, 31, 33, 75 incs. 22 y 23, y concs., Const. nacional; arts. 11, 15, 36.2 y concs., Const. provincial; arg. análog. arts. 167, 264 ter, 314, 321 y concs., Cód. Civil; arts. 1, 2, 3, 5, 19, 24, 27, 29 y concs., ley 26.061; art. 4 y concs., ley 13.298; art. 3 y concs., ley 13.634)-perjudica el propio interés de la niña, prolongando inconvenientemente la definición de su situación, y ha mediado un debate previo suficientemente amplio, corresponde que la Corte la convoque a audiencia para escuchar su opinión sobre el tema a decidir y luego de ello resolver el conflicto (Ac. 71.380, sent. de 24-X-2001; en sentido análogo, causa C. 100.970, sent. de 10-II-2010; e. o.)”. (SCBA Ac.116.644 sentencia del 18 de abril del 2018).

a. Sobre dicha base, y sin desconocer que el cumplimiento de este derecho de M., debió ser íntegramente ejercido en la instancia ordinaria, lo cierto es que la debida y correcta valoración de aquello que hace a su interés superior, reclama que esa falta sea saneada -siempre y cuando así lo entienda V.E.- por las audiencias de escucha directa que esta Suprema Corte realiza de forma previa a resolver aquellos casos donde estén en juego los intereses de los niños, niñas y adolescentes.

Es por ello esa Corte ha resuelto que en litigios como el presente “se amplía la gama de los poderes del juez, atribuyéndosele el gobierno de las formas, a fin de adaptar razonable y funcionalmente el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice. Es evidente que en estos litigios aislar lo procesal de la cuestión sustancial o fonal, limitarlo a lo meramente técnico e instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible” (SCBA causas Ac. 56.535, sentencia del 16 de marzo de 1999; C.87.970, sentencia del 5 de abril del 2007 y C. 99.748, sentencia del 9 diciembre del 2010).

En el mismo sentido el Máximo Tribunal de la Nación ha expresado “que queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si estos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las



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

C-125345-4

circunstancias del caso que la ley manda concretamente valorar” (conf. JA 2006-II-27, Fallos 328:2870; 331:147 y 2047.

3. De esta manera, teniendo en consideración las observaciones oportunamente efectuadas por los profesionales intervinientes en torno al bienestar de la niña junto a su progenitora y su grupo familiar, sumado al hecho que al momento no surge de la lectura del presente ni de las constancias de la causa, que el recurrente garantice bajo su cuidado, las condiciones que aseguren de desarrollo integral de la M. en caso de retornar a la localidad de Ensenada y, teniendo en cuenta, particularmente, que la misma siempre residió con su progenitora, estimo prudente sugerir el mantenimiento de la residencia actual de la niña junto a su progenitora en la localidad de Junín y, previo cumplimiento del derecho de M. a ser oída; ello sin desmedro de entender que resultaría aconsejable se realice una nueva evaluación interdisciplinaria tendiente a determinar la conveniencia de reestablecer un régimen de comunicación progresivo y asistido del contacto paterno-filial.

Finalmente, cabe recordar lo sostenido por esa Corte, en cuanto: “En ocasiones, como sucede en el presente, la distancia ocasiona un obstáculo más a los ya existentes en la expareja para lograr una vinculación armónica, pero lejos de optar por una forma tradicional debe estimularse el pensar en las mejores alternativas para el fortalecimiento de los vínculos paterno filiales” (SCBA, C.1225.501, sent. de 2/10/2020.

III. En virtud de todo lo expuesto, propicio el rechazo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que dejo examinado.

La Plata, 23 de noviembre de 2022.

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

23/11/2022 10:39:00