

SCBA, Expte. N° C 121.612, "M., V. y otro s. Homologación de convenio", 03/07/2019

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 3 de julio de 2019, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Soria, Genoud, Kogan, de Lázzari, se reúnen los señores Jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 121.612, "M., V. y otro. Homologación de convenio".

ANTECEDENTES

La Sala II de la Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata confirmó el fallo de primera instancia que ordenó, con carácter cautelar, la restitución de los niños L. y S. R. M. a la ciudad de La Plata, por considerar que la decisión de la madre de mudar el domicilio de sus hijos a la ciudad de Tres Arroyos fue unilateral e inconsulta (v. fs. 164/167).

Se interpuso, por la progenitora de los niños, señora V. M., recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 171/182).

Oído el señor Procurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

I. La señora V. M. y el señor J. P. R. R. solicitaron la homologación del convenio celebrado entre ambos con relación a la tenencia, alimentos y régimen de visitas de los hijos de ambos, L. y S., nacidos el día 3 de febrero de 2012 (v. fs. 14/15).

Mediante dicho instrumento acordaron las partes que la tenencia de los niños estaría cargo de la madre, con un régimen de visitas a favor del padre bajo la modalidad que allí se puntualizó. Asimismo, se estableció el pago de una cuota alimentaria a cargo del progenitor y en favor de los niños de

un equivalente al 25 % de los haberes que aquel percibía en el Instituto Provincial de Loterías y Casinos de la Provincia de Buenos Aires.

El Juzgado de Familia n° 6 de La Plata homologó el convenio presentado (v. fs. 20). Con fecha 5 de julio de 2016 la señora M. puso en conocimiento del órgano judicial que se había mudado junto con sus hijos L. y S. a la ciudad de Tres Arroyos (v. fs. 91/92).

Frente a ello, el señor R. R. solicitó la urgente restitución de sus hijos a su centro de vida en la ciudad de La Plata (v. fs. 103/105).

El juzgado ordenó, con carácter cautelar, la restitución de L. y S. a la ciudad de La Plata (v. fs. 111/112).

II. Apelado dicho fallo por la parte actora, la Sala II de la Cámara Segunda de Apelación departamental lo confirmó (v. fs. 164/167).

III. Frente a ello, la señora V. M., por derecho propio y en representación de sus hijos L. y S. R. M., deduce recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 171/182).

Denuncia que el fallo impugnado ha incumplido con lo dispuesto en los arts. 638, 639, 641, 642 y 646 del Código Civil y Comercial (v. fs. 173 vta.).

Expone que el interés superior de L. y S. y su derecho a ser oídos, en el marco de tales garantías con rango constitucional y convencional, no se han aplicado correctamente de manera de preservar la estabilidad de los niños desde la óptica del principio de continuidad afectiva, espacial y social de la infancia (v. fs. 174). Observa que la sentencia cita la normativa nacional (arts. 716, Cód. Civ. y Com. y 3 inc. "f", Ley 26061), pero no fundamenta la aplicación de la misma "en la vida de los niños" (v. fs. 174 vta.).

Arguye que el fallo no da las razones que sustentan la decisión que impone que la vida de los niños se desarrolle en la ciudad de La Plata y tampoco brinda fundamentos para sostener un riesgo cierto derivado del traslado a Tres Arroyos (v. fs. 175).

Considera que la Cámara aplicó erróneamente la ley al presente caso, al hacer prevalecer el factor temporal y asignarle un rol exclusivo-excluyente de otros factores jurídicamente determinantes (v. fs. 181).

Oído lo dictaminado por el señor Procurador General, este Tribunal dispuso, como medida para mejor proveer, la realización de un exhaustivo informe socioambiental en el domicilio de los niños L. y S. M., y de una pericial psicológica de vinculación de los niños con su progenitora (v. fs. 242), cuyos resultados lucen a fs. 250/252 vta. y 253/256.

IV. El recurso debe prosperar.

IV.1. 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.

Este principio apunta a dos finalidades básicas: constituirse en la pauta de interpretación y decisión ante un conflicto de intereses y cartabón para ponderar el tipo de intervención institucional destinada a proteger al niño.

La opción a escoger se define, entonces, en congruencia con ese criterio ponderativo del mayor beneficio para los menores (causa Ac. 84.418, "A., S.", sent. de 19-VI-2002; arts. 18, 75 inc. 22 y concs., Const. nac.; 15 y concs., Const. prov.; 3, 5, 6.2, 8, 9, 10.1, 21 inc. "a" y concs., CDN; 8.1, 19, 25 y concs., CADH, Pacto de San José de Costa Rica).

En el caso de autos, si bien la decisión de la progenitora de mudar el domicilio de los niños a la ciudad de Tres Arroyos fue unilateral e inconsulta, no es menos cierto que ante la invocación por parte de aquella de motivos laborales, sumada a la denuncia de incumplimiento de la obligación alimentaria formulada a fs. 162/163, la orden cautelar de regreso de los niños a su residencia anterior sin ponderar el impacto que ello puede generar en la estabilidad emocional y en el desarrollo integral de los mismos, resulta descalificable.

En torno a decisiones judiciales de este tenor, ha sostenido el Máximo Tribunal de la Nación 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 al 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).

"Al tratarse de la vida de una persona menor, la utilización ciega de la letra de la ley, huérfana de otra compañía que avale la prudencia de la decisión, en función de lo más conveniente para ese pequeño en particular, tiñe la actuación jurisdiccional de arbitrariedad, pues es claro que los textos

positivos deben contrastarse con los antecedentes de hecho, máxime en asuntos en los que el interés del niño -de rango superior-, opera imperativamente en un papel integrador, que llena los eventuales vacíos de la ley y prevalece sobre los preceptos cuya implementación se revele contraria a los derechos de aquél" (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en autos "M. D. H. c/ M. B. M. F. s/ Tenencia de hijos" Fallos: 331:941).

En el sub lite, la decisión impugnada se centra exclusivamente en la actitud inconsulta de la progenitora de trasladar a los niños a la ciudad de Tres Arroyos, modificando el centro de vida que estos tenían en la ciudad de La Plata (v. fs. 165/166 vta.).

Considera la Cámara que los motivos mediante los cuales la progenitora justifica la mudanza de sus hijos referidos a un mejor posicionamiento laboral no son suficientes para tomar la decisión ahora cuestionada en forma unilateral e inconsulta, agregando que "Si bien toda persona tiene derecho a buscar lo mejor para sí y a radicarse en aquel lugar que considere más adecuado para su desarrollo integral, es lo cierto que cuando el ejercicio de ese derecho involucra a los hijos menores de edad, debe prevalecer el interés de éstos por sobre los propios" (fs. 166 vta.). Concluye que debe confirmarse la decisión apelada, sin indicar en concreto los motivos por los cuales entiende que de tal modo se preserva el invocado interés superior de los niños.

IV.2. Por su parte, el progenitor ha reclamado la restitución de los niños sin ofrecer las condiciones para que sus hijos tengan garantizados sus derechos elementales y su desarrollo integral (v. fs. 103/105).

Ausentes tales extremos, la decisión cautelar respecto del regreso de los niños a la ciudad de La Plata, adoptada sin las debidas salvaguardas que garanticen las condiciones de desarrollo integral de los niños, teniendo en cuenta que los mismos residieron siempre junto a su progenitora (v. fs. 14 vta.) quien además manifiesta ser su principal sostén alimentario (v. fs. 163, 175 y 250), no constituye una decisión construida en base al mejor interés de L. y de S. cuya protección manifiesta garantizar.

Por lo demás, el resultado que arrojan los informes practicados en cumplimiento de las medidas ordenadas por este Tribunal a fs. 242, dan cuenta de la inexistencia de una situación de urgencia que justifique la modificación ordenada cautelarmente respecto de la situación actual de los menores de autos, atendiendo a la conveniencia del mantenimiento

provisorio de las mismas hasta tanto recaiga un pronunciamiento definitivo o se alteren las aludidas condiciones.

En efecto. A fs. 250/252 vta. luce el informe socioambiental realizado en el actual domicilio de los niños L. y S. practicado por la perito trabajadora social María Itatí Arigo, donde la citada profesional, luego de relatar las condiciones de desarrollo familiar y personal tanto de la progenitora como de los infantes, sus actividades escolares y extracurriculares, ingresos y situación habitacional y ambiental, y previa entrevista con los menores "sugiere no innovar en la organización familiar actual y no sumar a los niños L. R. M. y S. R. M. vínculos familiares y/o otros que impliquen riesgo para su salud emocional" (fs. 252 vta.).

Por su parte, y en relación a la evaluación de la vinculación materno filial entre la señora M. y sus hijos, el informe de fs. 253/256 practicado por el perito psicólogo Sebastián Pola, tras haber entrevistado individualmente a L. y S. y a la madre de ambos, advierte que "la Sra. M. se relaciona con sus hijos desde la función amparadora primaria, consistente en el conjunto de cuidados brindados a sus hijos, asistiendo a sus necesidades, como así también ejerciendo el amparo y sostén biológico y psíquico. Manifiesta la suficiente capacidad para decodificar el estado de sus hijos y responder de acuerdo al mismo, reflejando empatía hacia aquellos. Los niños manifiestan un vínculo afectuoso con la progenitora, lo cual se refleja en el discurso como en la escena que se observa en la presentación en sede judicial, a partir de un intercambio fluido tanto en la palabra como en los aspectos gestuales y contactos corporales.

La progenitora se presenta como fundamental figura y referencia parental significativa, en tanto el progenitor aparece para los niños como una referencia difusa, persecutoria, identificado desde la imagen del agresor" (fs. 255 vta.).

Se ha concebido al interés superior del niño "como 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, analizado en concreto [...]. Máxime cuando 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" (del voto del doctor Pettigiani en la causa Ac. 78.099, "G., M. d. C.", sent. de 28-III-2001).

El concepto de interés superior del niño se conecta con la idea de bienestar "en la más amplia acepción del vocablo, y son sus necesidades las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida" (Kuyundjian

de Williams, Patricia, "El traslado del menor a otra provincia y los derechos del progenitor no conviviente. Pautas", R.D.F., 2004-I-135; íd., Grosman, Cecilia, Los derechos del niño en la familia, Universidad, Bs. As., 1998, pág. 23 y sigs.; conf. causa C. 87.970, "B., G. S.", sent. de 5-XII2007).

En definitiva, el fallo impugnado ha efectuado una valoración del superior interés de L. y de S. en abstracto, además de colocar a los mismos ante un posible riesgo de vulneración de sus derechos fundamentales (conf. arts. 3.1, 12.2, CDN; 1, 2, 3 y concs., Ley 26061; 26, 639 y concs., Cód. Civ. y Com.).

V. Por lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto y revocar la decisión impugnada en cuanto confirmó la orden cautelar de restituir a los niños a la ciudad de La Plata, sin perjuicio de las nuevas acciones que las partes puedan entablar en relación a los distintos aspectos relativos al cuidado personal de los hijos. Costas al vencido (arts. 68 y 289, CPCC).

Voto por la afirmativa.

El señor Juez doctor Genoud, la señora Jueza doctora Kogan y el señor Juez doctor de Lázari, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votaron también por la afirmativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Procurador General, se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto y se revoca la decisión impugnada en cuanto confirmó la orden cautelar de restituir a los niños L. y S. R. M. a la ciudad de La Plata, sin perjuicio de las nuevas acciones que las partes puedan entablar en relación a los distintos aspectos relativos al cuidado personal de los hijos. Costas al vencido (arts. 68 y 289, CPCC).

El depósito previo de \$ 53.700 efectuado a fs. 210 se restituirá a la interesada.

Notifíquese y devuélvase.

EDUARDO NESTOR DE LÁZZARI - DANIEL FERNANDO SORIA -
LUIS ESTEBAN GENOUD - HILDA KOGAN.