



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

C-124085-6

“S. L. E. c/

U., D. s/ derecho de comunicación”

Suprema Corte:

I- La Sala Primera de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro, confirmó la sentencia del Juzgado de Familia N° 4 departamental, que hizo lugar a la demanda incoada por la señora L. E. S. contra la señora D. U., reconociéndole el derecho a gozar de un régimen de comunicación con su nieto menor de edad S. C. U., previo proceso de revinculación.

Contra dicha decisión la progenitora interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal.

II- Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

La impugnante denuncia que la sentencia en crisis incurre en la violación del art. 19 de la Constitución Nacional; los arts. 3 y 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño -en adelante CIDN- ; como también los arts. 555 y 707 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Cuestiona que con base en *“las afirmaciones de la terapeuta de S., ...Lic. Manfredi”* y en *“lo percibido en la audiencia del art. 12 CIDN”*, en la que los señores jueces de la Cámara se entrevistaron con el niño, la sentencia en crisis hubiera afirmado que no existían argumentos para negarle a la abuela paterna el contacto con su nieto.

En cuanto a los dichos de la licenciada Manfredi, sostiene no cuestionar las consideraciones realizadas por ella, pero si las que sobre las mismas hicieron las sentencias de primera y segunda instancia, las cuales -a su ver- *“no resultan una adecuada derivación razonada, y que ello va directamente en contra del interés superior de S.”*.

Asevera que la profesional mantuvo aproximadamente doce encuentros con el niño cuando este tenía 4 años, un año después de acontecido el presunto abuso sexual de su padre. En este marco, la señora U. entiende que al no ser la licenciada Manfredi *“especializada en abuso sexual”* y no haber sido *“convocada para indagar indicios a ese respecto”* no resulta extraño que hubiera inadvertido elementos significantes que habrían podido confirmar el presunto abuso. Sostiene que *“no se encontró lo que no se buscó”*, por lo que entiende incorrecto tomar lo actuado por la profesional para concluir en la inexistencia del hecho que motivó la negativa de contacto con la abuela.

Manifiesta que ante la ausencia de una *“definición penal”* que determine quién es el autor del presunto abuso, corresponde *“una decisión de prudencia”* y *“si esa duda existe y es real, debe hacérsela jugar a favor de la parte más débil de la relación”*.

Remarca que la licenciada Manfredi fue contratada por las partes para acompañar terapéuticamente a S. y no para indagar sobre el supuesto hecho delictivo. Reitera que la profesional no es especialista en abuso sexual infantil y que sus dichos fueron incorrectamente ponderados, agregando que no puede considerarse que los hechos no



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

C-124085-6

sucedieron por cuanto no se habría hallado una sintomatología expresa de abuso sexual, máxime teniendo en cuenta el escaso tiempo que duró su intervención. Esto constituye a su entender una derivación arbitraria que se contrapone con el artículo 3 de la CIDN.

Critica que el Tribunal hubiera considerado altamente preocupante el relato del niño, el que, sostiene, *“los Camaristas firmantes ponen en boca de S.”*, considerando que ello constituye *“sin dudas el centro nodal decisorio”* y un *“ejercicio abusivo del poder del Tribunal”* que genera *“una flagrante violación del derecho de defensa en juicio, así como una tergiversación del ejercicio del derecho de S. a ser escuchado”*. Afirma que nunca se ha garantizado una escucha adecuada a su hijo.

Asimismo, transcribe partes del recurso de inaplicabilidad de ley presentado por la aquí recurrente, en los autos en los que tramitó la vinculación de S. con el progenitor, por considerarlos relevantes y pertinentes para el presente.

Así menciona en la referida transcripción que el primer escollo en aquél expediente para escuchar a S. fue la negativa para que se realice una Cámara Gésell en el marco de la investigación penal preparatoria -IPP: 14-00-004153-16/00-, cuestión que dice, eliminó toda posibilidad de garantizar su derecho a ser oído.

Afirma que S. debió expresarse a través de medios indirectos y de esta manera deben interpretarse los informes del equipo técnico del fuero de familia y los posteriores a las audiencias del art. 12 de la CIDN. Agrega que se le ha negado al niño su condición de sujeto procesal al impedirle contar con un abogado ya que en ambas instancias se determinó que no puede comprender *“los vericuetos procesales como para entregar un*

mandato definido a un abogado”, pero tampoco se pensó en otras alternativas como la posibilidad de contar con un tutor “ad litem”.

Agrega que intentó poner “a través de mi [su] persona la palabra de S., en mi [su] calidad de representante legal, pero fundamentalmente por ser la persona con la cual S. convive y pudo advertir los signos que él manifestaba”.

Refiere que se le denegó sistemáticamente participar a través de profesionales de parte de las entrevistas de S. y la posibilidad de registrar las mismas. Refiere que las audiencias formales establecidas en el marco del artículo 12 de la CIDN “*no han tenido en ningún caso la función que la ley les asigna*”, ya que si bien la Cámara en la sentencia dictada en los autos en los que tramitó la vinculación paterno-filial afirmó que conocieron a S., la quejosa asevera que “*conocer es radicalmente distinto a comprender*”. Agrega que nadie le preguntó a S. por lo que ha vivido ni lesiones sufridas.

Critica que la escucha del niño hubiere sido efectuada “*a puertas cerradas, sin control alguno de la prueba esgrimida, y sin medio de registro adecuado que permita advertir como fue tomado ese testimonio*”.

Así entiende que existió una forma inadecuada de obtener la palabra de S. al no quedar la misma registrada para permitir su reproducción y garantizar el derecho de defensa de las partes y especialmente del niño sin someterlo reiteradamente a convocatorias.



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

C-124085-6

Concluye que la forma en que se desarrolló la audiencia del 2 de julio, registrada a fs. 509, no fue *“una buena práctica”* y violó *“el derecho de defensa en juicio”*, como también transgredió los artículos 3 y 12 de la CIDN.

Asegura que el Tribunal se abstuvo de responder su pedido para que se registre adecuadamente la audiencia. *“Sólo la resolución que aparece como firmada el mismo día 2.7.19 pero que pudiera conocerse recién, en paralelo con la sentencia. Pues no hubo de subirse a la MEV hasta entonces”*.

Agrega que la ausencia de la titular de la Asesoría de Incapaces en el marco de la audiencia del art. 12 de la CIDN, implicó una desprotección y una falta de resguardo a los derechos de S. Considera que la presencia en esta convocatoria de la auxiliar letrada de la Asesoría de Incapaces *“en ningún caso legitima el acto”*.

Dice que *“en este caso el Ministerio Público no ha ejercido el rol de representación”* y que ello toma mayor importancia al haberle negado tanto el juez de la primera instancia cuanto la Alzada, la posibilidad a S. de ser asistido por un abogado especializado en derechos del niño.

Considera que *“...en definitiva es un proceso cuya mecánica termina dando cuenta de la ausencia de toda representación. Sin abogado especializado, que le permita expresarse en forma genuina y libre, trasvasando toda esa responsabilidad al Ministerio Público, y con la ausencia real de éste en la audiencia que luego se utiliza como contenido ‘altamente preocupante’ para dar la cohesión argumentativa a la sentencia”*.

Remarca que quienes escucharon la palabra de S. en dicha audiencia son abogados, por lo que no hay un abordaje con *“diversidad profesional, no hay distintas disciplinas en la escucha”*, aseverando que las respuestas del niño y su interpretación resultan el reflejo del *“prisma acotado con el que pueden observar”*.

Afirma que a su hijo no se lo *“interrogó”* sobre lo fundamental, cual es saber los deseos y sentimientos que le produce retomar el posible contacto con su abuela. Dice que el art. 555 del Código Civil y Comercial de la Nación permite la oposición al contacto si el mismo resulta perjudicial para el interesado y considera que no haberle preguntado a S. que es lo que realmente quiere, importa una violación al art. 12 de la CIDN, sosteniendo, a la par, que la norma contenida en el art. 707 del mismo código de fondo garantiza la participación de los niños en todos los procesos en los que se vean afectados. Asevera que conocer la opinión de S. *“es inexorable, y por el contrario, ignorarla deviene en violación de sus derechos inalienables”*.

Agrega que al no existir registro alguno de lo acontecido en la misma, es imposible analizar lo ocurrido. Dice que hoy existen formatos tecnológicos que hubieran permitido dar testimonio de lo ocurrido.

Concluye que lo sucedido en dicho encuentro es *“claramente una violación constitucional al ejercicio del derecho de defensa en juicio, a su derecho a ser oído y a su interés superior”*.

Finalmente aclara que lo expresado por la Cámara cuando dice

“Frente...a las pruebas obrantes en autos ‘C. S. N. C/ U.



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

C-124085-6

D. s/ comunicación con los hijos' y teniendo en cuenta el derecho recíproco que asiste a L. E. S. y a su nieto S., de comunicarse y no perder los lazos familiares paternos, considero que deben arbitrarse los medios necesarios para salvaguardar la salud física y mental del niño", obliga a su parte a introducir los mismos planteos ya efectuados en el recurso de inaplicabilidad de ley presentado en la causa que tramitó entre los progenitores y que por economía procesal evita reproducir el contenido de aquél y el análisis que se hiciera en este remedio en examen.

Hace reserva del caso federal.

III- El recurso no puede prosperar.

Teniendo como eje el interés superior del niño analizaré si como sostiene la recurrente, la solución arribada en estos autos se aparta de los parámetros convencionales establecidos en el artículo 3 de la CIDN.

Para ello resulta necesario recordar que el interés superior del niño se erige como prisma medular para decidir todo conflicto o situación en el que se lo involucre, conforme lo establece el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus decisiones al respecto y lo que vienen considerando, hace tiempo y en numerosos precedentes, esa Suprema Corte de Justicia de la provincia y el Superior Tribunal Nacional.

El Comité de los Derechos del Niño sostiene que el interés superior del niño es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior 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, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) 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. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos (Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial -artículo 3, párrafo 1 CDN-).



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

C-124085-6

La Convención sobre los Derechos del Niño expresa una vocación especial por la protección y fortalecimiento de la familia en sentido amplio (conf. arts.5 y 8.1), y este derecho, además, responde a otro postulado esencial del sistema constitucional que arraiga los derechos humanos: la solidaridad familiar (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, «Tratado de Derecho de Familia», Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, T.II, pág.374).

Por su parte el paradigma de protección integral de la infancia recoge el derecho del niño a mantener y preservar vínculos con los miembros de la familia ampliada y de su comunidad, lo que incluye el contacto no sólo con sus parientes más cercanos (abuelos, hermanos, padre afín), sino además con quienes no tengan un lazo de parentesco, pero representen vínculos significativos en su historia de vida (art. 555 y 556 CCyC), y paralelamente en el artículo 646 del Código Civil y Comercial, al enumerar los deberes de los progenitores, incluye específicamente en su inc. e) el de *“respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tengan un vínculo afectivo”*.

La norma enumera a todos los sujetos involucrados en la relación jurídica que regula. Por un lado, los titulares del derecho-deber de comunicación y, por el otro, a quienes tienen a su cargo el cuidado personal del niño sobre los que recae la obligación de permitir la comunicación. Ello, pues el derecho a preservar las relaciones familiares tiene

como correlato la obligación de ciertas personas de permitirles participar y fortalecer esos vínculos (conf. Kemelmajer y otros, op. cit., pág.381 y 382).

Siguiendo este sendero de análisis, es del caso mencionar que en un proceso donde se debate el derecho de comunicación de un niño con su abuela, la resolución del mismo esencialmente concierne al niño, cuyo interés superior debe en consecuencia ser evaluado y satisfecho en todos los casos, aun relegando razonablemente el derecho de los mayores (conf. SCBA C. 107.966 sent. de 13/07/2011 y C. 123.572 sent. de 12/02/2021).

Es sabido *“que el vínculo del niño con los abuelos tiene que ser alentado porque ayuda a construir la personalidad del nieto y contribuye a su desarrollo espiritual, a su formación general y a la trasmisión de la historia familiar. Esto es, con esa comunicación se favorece una sana evolución psíquica del niño habilitando su reencuentro con parte de su historia; lo que cimienta la construcción de su identidad dinámica. La relación abuelo-nietos habilita a que se desarrollen vínculos significativos entre distintas generaciones y, con ellos, que sea un medio para la trasmisión de la cultura, tradiciones y experiencia de vida. Es por eso que tales contactos cumplen una función trascendente al proporcionar a los nietos guía, consejo, sabiduría, apoyo y la debida protección”* (Ver CNCiv., sala H, 03/10/2017, "T., A. y otro s/ denuncia por violencia familiar", LLOnline AR/JUR/83870/2017; C. Civ. y Com. Azul, sala II, 05/02/2019, LA LEY 2019-A, 379, cita online AR/JUR/59/2019; C. 2ª Civ., Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza, 25/08/2015, "F., P. R. c. C., A. F.", en Revista Derecho de Familia, 2016-I-123; SOSA, María Mercedes, "El derecho de comunicación de los abuelos en el marco de la



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

C-124085-6

violencia familiar. El amor no conoce procesos", LA LEY, 2018-III-52, cita online AP/DOC/306/2018; MIZRAHI, Mauricio L., "Responsabilidad parental", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, § 274 y ss).

De esta manera se ha reconocido que la comunicación con los abuelos es una importante manifestación extrapatrimonial de las relaciones intersubjetivas que tiene origen en el parentesco y posee una importante trascendencia espiritual que supera lo meramente material (Conf. Tratado de Derecho de Familia, Dras. Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, tomo II, p. 379).

Los tribunales han sido muy rigurosos a la hora de rechazar o restringir este contacto. Existe unanimidad en que la limitación o supresión del derecho a la comunicación debe ser siempre interpretado con carácter absolutamente restringido y sólo darse en situaciones excepcionalísimas, es decir, ante circunstancias graves que así lo aconsejen.

“El derecho de visitas de la abuela no puede limitarse ni negarse sino por razones de peso que muestren que la relación entre abuelos y nietos es nociva para éstos, puesto que se debe partir de la idea que, si no se advierten aquellos graves motivos, la vinculación del niño con sus abuelos es altamente positiva y, por ende, forma parte del mejor interés del niño que ello suceda” (C 2ºApel. de Mendoza, 8-5-2008, LS 118, fs. 137, www.jus.mendoza.gov.ar, en Kemelmajer y otros, op. cit. p. 380).

En definitiva, el principio rector es que en cumplimiento del interés superior del niño, la suspensión o limitación de este derecho fundamental sólo procederá ante

la existencia de situaciones debidamente acreditadas y que pongan en riesgo su integridad psicofísica.

Desde ese piso de marcha, no se puede soslayar que en el caso en análisis, la oposición de la madre a la concreción de la comunicación del niño con su abuela paterna no encuentra respaldo en los elementos probatorios rendidos en autos y ello hace que sus postulados recursivos no sean de recibo.

En efecto. La señora U. asegura que la Cámara realizó una incorrecta consideración de las afirmaciones de la licenciada Manfredi, psicóloga que mantuvo entrevistas con S. y sus progenitores y quien comenzó a intervenir a pedido de la madre a través de la obra social OSDE.

Ahora bien, la Alzada previo a adentrarse a la cuestión llevada a su conocimiento y luego de mencionar que la quejosa reitera argumentos ya expresados en autos conexos, articulando cuestiones o defensas decididas en la resolución que se pretende atacar, o bien que ya han sido objeto de evaluación y desestimación por el juez de la instancia anterior, afirmó no encontrar -de acuerdo a las constancias de autos- argumentos que permitan negar a la abuela paterna el contacto con S.

En tal sentido consideró fundamental para resolver el planteo de la recurrente, lo opinado por la licenciada Manfredi, quien en entrevista mantenida con el equipo técnico del juzgado de familia refirió que en relación a los encuentros con el niño, su estrategia de trabajo se centró en *“abordar lo emergente, es decir lo que el niño llevaba espontáneamente a las sesiones”*, mencionando al respecto que *“no expresó en sus juegos*



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

C-124085-6

ni en sus dichos algo que ella pudiera leer como referencia a alguna situación de abuso como así tampoco de conductas sexualizadas” (fs. 225/228).

Asimismo entendió la Alzada que el niño debía abrirse a su familia paterna compuesta de primos y tíos con quienes podía relacionarse sanamente, no conciliando lo contrario con su derecho a la identidad (art. 8 CIDN).

Así, se advierte que la impugnante se limita a disentir con la apreciación de los hechos y pruebas realizadas por la Alzada; tarea privativa de su competencia y respecto de la cual no tiene el deber de expresar la valoración de todas las probanzas producidas, sino únicamente de las que entiende fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa conforme el art. 384 del Código Procesal Civil y Comercial.

Es doctrina consolidada de esta Suprema Corte que la fijación de los hechos litigiosos y su valoración en función de las pruebas rendidas, constituye una labor privativa de los jueces de la causa y su examen, en principio, no integra el objeto del recurso de inaplicabilidad de ley, salvo cuando se violen las reglas que gobiernan la prueba o se incurra en decisiones absurdas (A. 69.199, sent. del 6-V-2009).

Ahora bien, la presencia de absurdo supone un desvío grave, palmario y notorio de las leyes de la lógica, que lleve al juzgador a postular conclusiones contradictorias, incongruentes o abiertamente enfrentadas a las constancias de la causa. Pues no basta con un error meramente opinable, ni es carril para la expresión de criterios discordantes por parte de quién recurre (L. 83.615, sent. del 20/6/2007; entre otras).

Sumo que *“A los fines de demostrar el vicio de absurdo en la sentencia atacada, no alcanza con aducir que, las constancias de autos pudieron ser aquilatadas de otra manera, tanto o más aceptable, o con mostrar que existen otras interpretaciones posibles de los hechos, más plausibles o con un alcance diferente. En lugar de ello es indispensable demostrar que, de la manera que lo afirma la sentencia, no pudo ser”* (conf. SCBA C. 105.959, sentencia del 08/08/2012).

Ello así, resulta claro que el planteo de la recurrente no supera el tamiz de ser una mera discrepancia subjetiva, una simple pretensión de sustituir el ejercicio de una facultad que resulta propia de la Alzada, es decir seleccionar, jerarquizar y merituar la prueba.

Al respecto, tiene dicho esa Corte que *“en sede extraordinaria la réplica concreta, directa y eficaz de los fundamentos esenciales del fallo es un requisito de ineludible cumplimiento para el impugnante, que en este litigio no se ha cumplido. La apuntada insuficiencia recursiva deja incólume la decisión controvertida; déficit que, entre otros factores, resulta de la falta de cuestionamiento idóneo de los argumentos o fundamentos troncales sobre los que -al margen de su acierto o error- se asienta el fallo del tribunal inferior”* (SCBA C. 119.298, sent. de 21-IX-2016; C. 120.110, sent. de 14-XII-2016; entre otras); trasuntando la crítica en definitiva, una disconformidad con el criterio del juzgador, dejando incumplida la carga impuesta por el art. 279 del CPCC (SCBA: C.112.228, sent. de 8-5-2013, "Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Transportes La Primera de José C. Paz S.A. y otros s/ Apremio"; C. 118.589, sent. de 21-6-2018, "Flandes



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

C-124085-6

Riquelme, Juan Ignacio c/ Contreras Inostroza, Raúl Atilio y otros s/ Daños y Perjuicios", entre muchos otros).

No obstante que lo expuesto sellaría la suerte adversa del agravio en análisis, teniendo en cuenta la importancia de los derechos en juego y siendo que la sentencia en crisis es confirmatoria de la dictada por el juzgado de familia, describiré los restantes elementos probatorios que fortalecen y refuerzan las afirmaciones de la licenciada Manfredi.

Así, es del caso mencionar que los expertos del juzgado de familia en oportunidad de llevar a cabo el informe de fs. 225/228 -mencionado por la Alzada- sostuvieron que *“a través del material obtenido en las sucesivas entrevistas en sede, y las observaciones aportadas por la psicóloga que atendió al niño”* no era posible arribar a una conclusión inequívoca sobre la veracidad o no del presunto abuso, aclarando que no obstante constataron que el vínculo paterno-filial y del niño con su abuela paterna se encontraba afectado. Agregaron que suscribían la opinión vertida por la licenciada Manfredi en orden a la necesidad de S. de requerir atención psicológica dado el *“grado de tensión en el que, según se pudo advertir, se encuentra [encontraba] inmerso e involucrado, por los conflictos interfamiliares”* (fs. 225/228).

Resulta necesario remarcar también, que como lo menciona la sentencia recurrida, en la investigación penal preparatoria (IPP) 14-00-004153-16/00 caratulada *“C. S., N. María s/ Abuso sexual”*, iniciada a fin de investigar el presunto abuso sexual del progenitor en perjuicio de S. C. U., se dispuso el archivo de la causa, temperamento ratificado por la Fiscalía General departamental. Con

posterioridad la causa se desarchivò ante el pedido de la progenitora de nuevas medidas probatorias, decidiendo la señora Agente Fiscal en fecha 5/12/2018, luego de producidas y analizadas las incorporadas con el resto de la prueba ya existente, mantener el archivo de las actuaciones (art. 268, cuarto parr del CPP). Asimismo el fuero represivo informó que en base a las constancias de la causa se podía inferir que el señor fiscal interviniente *“no ha encontrado los indicios vehementes sobre la comisión del hecho o sobre la responsabilidad del imputado”* y por ende adoptó un criterio expectante hasta la aparición de nuevos elementos (fs. 506/507).

A las constancias recabadas en sede penal, se le adicionan también la prueba producida en el fuero de familia. Es así que la licenciada en Trabajo Social, L. Luis, observó que la señora S. es *“una persona afectuosa, cálida y al servicio de su familia”*; que está en *“condiciones de vincularse con su nieto”*, que sería de *“suma importancia no cortar los vínculos sobre todo en los primeros años de vida”* (ver fs. 373/378).

Como también que la psiquiatra Paula de Gainza y el psicólogo Pablo Mazzagatti, expertos del Equipo Técnico del juzgado de familia concluyeron que no se observa en S. ni *“juegos sexualizados, ni conciencia sexual prematura en el marco del intercambio lúdico y gráfico con el niño”*. A su vez se afirmó que el niño no tuvo manifestaciones de susto, vergüenza, confusión, depresión, culpa o autoestima disminuida (ver fs. 227 y 227 vta.); destacándose también que teniendo en cuenta *“la amnesia infantil que afecta las posibilidades de evocación durante la primera infancia”*, existen *“no pocas*



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

C-124085-6

posibilidades” que las respuestas de S. sobre la época previa a la suspensión del contacto con su familia paterna “se encuentren apoyadas y/o construidas, sobre dichos que el niño podría haber escuchado por parte de otras personas”. Manifestaron que es esperable una posición de dependencia de S. y que este se apoye en el discurso de las personas en quienes confía (ver fs. 226 vta. /227). Estos expertos advierten también que les llamo la atención ciertos elementos novedosos en los dichos del niño referidos a la participación de su abuela como observadora en una supuesta escena de abuso. Subrayaron que en la entrevista con S., este planteó la supuesta participación de la señora S. en el presunto hecho delictivo “como si para el mismo se tratara de una novedad” (ver fs. 227).

De esta manera y en el contexto descripto, este agravio no resulta de recibo, ya que las conclusiones arribadas por la Cámara a partir de las afirmaciones de la licenciada Manfredi, no sólo no incurren en el vicio de absurdo, sino que son coincidentes con los numerosos elementos de prueba recolectados, especialmente con las conclusiones de otros expertos.

En orden al restante agravio en que la impugnante basa su crítica a la sentencia de Alzada; esto es la audiencia que S. tuvo con los señores jueces de la Cámara en el marco del art. 12 de la CIDN, principio por decir que es preciso recordar que el derecho del niño a ser oído en todo proceso que afecte sus intereses de manera directa o indirecta surge del art. 12 de la CDN y en el plano interno, este derecho se plasma en los arts. 19, inc. a), 24, inc. b), y 27 de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños

Niñas y Adolescentes, que además lo califica como integrante del concepto constitucional de interés superior del niño (art. 3º, inc. d).

Asimismo *“el derecho del niño a ser oído...forma parte del orden público internacional argentino, en tanto éste comprende los principios que subyacen en todo tratado sobre derechos humanos. Su fuente confirmatoria justamente está constituida por la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3, 9 y 12) y su doctrina (la Observación General n 12 del Comité sobre los Derechos del niño, que reconoce tal obligatoriedad a partir de la consideración del menor como persona moral y sujeto de derechos), la Convención Interamericana de Derechos Humanos (arts. 8, 19 y 25, "CADH") y su inteligencia a la luz de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14, apto. I) y su Observación General 13 del Comité de Derechos Humanos, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 53) las Constituciones nacional (arts. 1, 18, 31,33, 75 incs. 22 y 23) y provincial (arts.11, 15 y 36.2), y las leyes nacionales (arts. 1, 2, 3, 5, 19, 24,27 y 29, ley 26.061) y provinciales aplicables (arts. 4, ley 13.298 y 3, ley 13.634)”* (conf. SCBA C. 116.644 sent. del 18 de abril del 2018).

Como también *“que la escucha del menor es satisfecha no solo a través de su palabra razonada, sino que ella debe incluir -en el sentido amplio que damos al término- todas las expresiones que le sirvan para hacerse comprender y ser conocido, incluyendo el metalenguaje, que se vale de palabras, gestos, posturas,*



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

C-124085-6

movimientos, miradas, la expresión facial, la simbiosis, las señales, la actividad lúdica, la expresión del arte, etcétera (conf. entre otros, Shapiro, Lawrence; El lenguaje secreto de los niños, Urano, Barcelona, 2004; Dolto, Françoise; La dificultad de vivir, Gedisa, Buenos Aires, 1985 y La causa de los niños, Paidós, Buenos Aires, 2004; Davido, Roseline; Descubra a su hijo a través de los dibujos, Sirio, Barcelona, 2003; Coles, Robert; La inteligencia moral de los niños, Norma, Colombia, 1998; Gesell, Arnold et al.; El niño de uno a cinco años, Paidós, Buenos Aires, 1980” (conf. causa C. 116.664, sent. del 18 de abril de 2018).

Sin olvidar “que la voz de los niños y niñas debe ser analizada con criterio amplio y valorando su edad y madurez, por lo que es imprescindible ponderar cuidadosamente las circunstancias que lo rodean y balancearlas mesuradamente con las restantes connotaciones del caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el ministerio público, y particularmente con la índole del derecho en juego” (conf. causa C. 116.664, sent. de 18/04/2018).

Además, el Comité de Derechos del Niño, en la Observación General 12, ha aclarado que "el párrafo 1º del artículo 12 dispone que los Estados partes 'garantizarán' el derecho del niño de expresar su opinión libremente. 'Garantizarán' es un término jurídico de especial firmeza, que no deja margen a la discreción de los Estados partes. Por consiguiente, los Estados partes tienen la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños. Esa obligación se compone de dos elementos destinados a asegurar

que existan mecanismos para recabar las opiniones del niño sobre todos los asuntos que lo afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones" (p. 19).

Así es del caso resaltar que el derecho del niño a ser oído no es un acto de parte ni un medio de prueba, es un derecho de aquel que no puede ser reivindicado para sí por ninguna de las partes del proceso (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho constitucional del menor a ser oído", RDPC 1994-172 y 173).

En definitiva, no se trata de una probanza y menos aún de una prueba de carácter testimonial, que se disponga con la intención de beneficiar a alguna de las partes, sino resulta ser un acto que se lleva en interés y beneficio exclusivo de los niños.

Como señala Osvaldo Gozáni, cuando en el proceso aparecen intereses del niño y/o del adolescente la relación jurídica originariamente pensada para dos, queda impactada notoriamente, pues a ellos se los debe oír, y esa intervención no es de naturaleza probatoria (testimonial o informativa); menos aún llegan al proceso como terceros, ni se instalan como sujetos de un litisconsorcio (activo o pasivo); en consecuencia, el proceso deja de ser bilateral, se triangula la relación jurídica procesal y aparece un tercero con intereses singulares que deben ser atendidos, tutelados y protegidos (GOZÁNI Osvaldo A., Tratado de derecho procesal civil, t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 356.; y tmb. en "El niño y el adolescente en el proceso", LL 2012-D-600).

De las constancias de autos se advierte claramente que S. ha sido escuchado previamente en la instancia de origen tanto por los magistrados intervinientes, como



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

C-124085-6

por la señora Asesora de Incapaces, a lo que se suman numerosos peritos (ver fs. 77; 214; 225; 429 y 509).

La mencionada intervención en los espacios de escucha de los profesionales especializados del equipo técnico del juzgado, idóneos de la psicología y psiquiatría, cooperó para obtener una visión más amplia de las circunstancias del conflicto, enriqueciendo la mirada jurídica y aportando sus saberes, auxiliando a los juzgadores a vislumbrar cuál es el interés superior del niño en el caso concreto.

Además resulta del caso mencionar que la propia progenitora, antes del dictado de la sentencia de primera instancia, reconoció que S. fue *“escuchado por S.S. en presencia del Representante de la Asesoría de Menores e Incapaces, peritos psiquiatra y psicólogo del Juzgado”* y *“también por el Equipo Técnico , luego solicitó que “para evitar su revictimización...se omita su escucha”* (ver fs. 44 y 44 vta.). Pedido rechazado por el magistrado, quien en cumplimiento de los preceptos legales, convocó -nuevamente- al niño a ejercer este derecho en presencia de la representante de la Asesoría de Incapaces y los peritos (ver fs. 77).

Ello así, y en orden a lo sostenido por la impugnante en cuanto califica a los dichos del niño como un relato puesto por los magistrados en su boca, es del caso mencionar que ante los jueces de la Cámara y la funcionaria de la Asesoría de Incapaces, S. manifestó que *“hoy cuando venía al Juzgado su mamá le dijo que hable para contar que N. -su padre- le pegaba...y que su abuela lo veía”*; que tenía que hablar para quedarse con ella” y que luego *“se iban a festejar que seguían viviendo juntos”*.

Estas manifestaciones verbales del niño fueron calificadas por la Alzada como altamente preocupantes y de cuya valoración se agravia la recurrente (ver fs. 509).

La sentencia en crisis destacó que *“mientras manifestaba que debía expresar lo que su madre le había dicho, comenzó a llorar porque temía, que si no lo decía lo alejarían de ella”* (ver fs. 518).

Agregó el sentenciante preopinante que *“Después de escuchar a S. y lo que su madre le dijo, no tengo dudas acerca de la recomendación que dio el psicólogo del Juzgado, quien al entrevistar a D. U. el 30-11-2017, consideró conveniente que ella cuente con un espacio psicoterapéutico para que pueda elaborar la conflictiva familiar que está enfrentando...”*, considerando que la madre debe prestar la debida colaboración en el régimen de comunicación evitando que el enfrentamiento de los adultos perjudique al menor.

En igual sentido puedo agregar que según surge del acta de fs. 429, S. manifestó en presencia de los licenciados Paula de Gainza y Mazzagatti, no recordar los motivos para no ver a su abuela.

Recientemente se ha sostenido la importancia de *“tener presente que escuchar es ir más allá de la sonoridad de las palabras y de la visualización de gestos; es implementar una adecuada disposición del intelecto para comprender, interpretar, valorar y ponderar lo que se oye, indagar y detectar lo que moviliza o preocupa, generar interés para que participe activamente en la solución del problema. Esa actitud se ha denominado “escucha activa” e implica llegar de manera progresiva e introspectiva a*



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

C-124085-6

profundizar en la personalidad de quien se está escuchando (Guía para escuchar a Niños, Niñas y Adolescentes en el Proceso Judicial. Practicas aconsejables. Res SCBA N° 819/22).

S. ha ejercido su derecho a ser escuchado por los magistrados que debían decidir sobre los asuntos que conciernen a sus intereses, contando con la presencia de la Asesoría de Incapaces.

Esto me lleva a introducirme en la infundada crítica que realiza la recurrente sobre el accionar de la Asesoría de Incapaces durante el proceso. Es dable destacar que la actuación de la representante del Ministerio Público Tutelar es una constante desde el comienzo del litigio (ver fs. 64; 74; 77; 81; 92; 152; 196; 204; 214; 242 vta.; 243; 279 vta.; 308; 342; 383 vta.; 386; 429; 432; 449; 507 vta. y 509), siendo del caso recordar que la presencia de la auxiliar letrada de esa dependencia en la audiencia ante la Alzada, se encuentra enmarcada en las facultades que otorga el art. 39 de la ley 14.442.

A mayor abundamiento resalto que la titular de la Asesoría de Incapaces conoció personalmente a S. y estuvo presente en la anterior audiencia llevada a cabo en el marco del art. 12 de la CIDN, acompañada del juez de grado y los peritos. Es más, fue después de ésta entrevista que dictaminó sobre la necesidad de que se establezca régimen de contacto entre el niño y su abuela, orientado por los profesionales del Juzgado. Criterio que sostuvo y reiteró a lo largo de todo el proceso (ver fs. 77 y 81).

En suma, no ha logrado justificar la recurrente que se presenten en el caso sub examine circunstancias que den acabada cuenta de la inconveniencia de la vinculación de S. con su abuela paterna, por lo que entiendo debe confirmarse la decisión recurrida en

tanto constituye una herramienta adecuada para lograr el restablecimiento del derecho consagrado por el arts. 555 del Código Civil y Comercial de la Nación y en las pautas rectoras de la Convención de los Derechos del Niño, en especial atención a su interés superior.

Es entonces, por las razones expuestas, que entiendo que la sentencia impugnada interpreta correctamente las directrices previstas por los artículos 3 y 12 de la CIDN.

Finalmente quiero destacar, que en la búsqueda de respetar los derechos de S. y sus tiempos internos, la Alzada ha sido cuidadosa a la hora de arbitrar los mecanismos en miras a transitar un proceso de revinculación entre S. y su abuela paterna, al establecer que el mismo se lleve a cabo en el juzgado y en presencia del equipo técnico, cuyos resultados serán analizados de manera previa a establecer el régimen definitivo de comunicación que resulte el más conveniente para el niño y aquella.

IV. En virtud de todo lo expuesto, propicio rechazar el recurso de inaplicabilidad de ley que dejo examinado.

La Plata, 30 de agosto de 2022.

Digitally signed by
Dr. DE OLIVEIRA, JUAN ANGEL

Sub-Procurador General de la
Suprema Corte
Subprocuración General
Procuración General
jdeoliveira@mpba.gov.ar

30/08/2022 13:31:17