

Cuaderno Temático de Dictámenes

2022

EL DERECHO A SER OÍDO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

MATERIA: MENORES Y PENAL



Cuaderno Temático de Dictámenes

2022

EL DERECHO A SER OÍDO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

MATERIA: MENORES Y PENAL





Presentación

Los dictámenes que emite la Procuración General ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires constituyen un corpus iuris integrado a partir de una elaboración jurídica propia realizada en el marco de las normas que habilitan la intervención del Organismo en los casos ventilados ante el aludido Tribunal.

En esta tarea, a más de la doctrina de los autores, son incorporadas diversas fuentes jurisprudenciales; entre ellas cobran especial protagonismo, la doctrina judicial emanada de la Suprema Corte de Justicia provincial, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y también, por cierto, lineamientos o estándares originados en precedentes de tribunales internacionales, particularmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cabe hacer notar el tenor dinámico que exhibe este corpus en tanto la Procuración General, al atender al interés público de la sociedad, debe ser permeable a las exigencias siempre actuales del bien común y propiciar los cambios jurisprudenciales que estas y los acontecimientos justifiquen. Ello sobre la base del respeto a un principio inmutable y primordial cual es la dignidad de la persona y los derechos humanos fundamentales.

En la Provincia de Buenos Aires, una especial mirada y perspectiva integral trasunta la estructura del Ministerio Público, como cuerpo de Fiscales, Defensores, Asesores de Menores e Incapaces y Curadores que, encabezado por el Procurador General, actúa en defensa de los intereses de la sociedad y persigue un eficaz equilibrio en la prestación de justicia respetando los valores consagrados en las disposiciones constitucionales.

La aludida estructura permite la unidad de acción y facilita la gestión de la protección del interés público de un modo cooperativo y solidario, con sustento en una sana dialéctica.

Elementales razones de transparencia y seguridad jurídica reclaman que los dictámenes que emite la Procuración a través de sus diversas áreas de especialización sean sistematizados, publicados y difundidos. Y también, rectamente inteligidos.

De tal suerte, los letrados que participan en su elaboración son quienes en una virtual interpretación auténtica intervienen en la selección y organización del material de los cuadernos que edita el Centro de Información Jurídica del MPBA.

En los Cuadernos se ponen de relieve temáticas transversales a las distintas ramas del derecho, primordialmente de orden constitucional y procesal. No cabe duda, asimismo, que las áreas especiales que sustantivizan las Salas de Relatoría (penal; civil, comercial y laboral; constitucional y administrativo; y tutelar) también proyectan su particular impronta y fisonomía respecto de la solución que se proyecta para el remedio extraordinario implicado.

Los Cuadernos Temáticos del CIJur representan así un esfuerzo institucional en pro de un mejor servicio a los operadores del derecho y a la comunidad en general, que arrima y facilita el conocimiento de las soluciones de justicia a las personas, en beneficio de la transparencia.

Con toda expectativa los ponemos a disposición.

DR. JULIO CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

(Índice)

EL DERECHO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE A SER OÍDO

MATERIA: MENORES y PENAL

1. MATERIA MENORES

1.1. Restitución internacional. Normativa convencional. Residencia habitual. Interés superior del niño

Causa C 125.580, "F. M., C. R. c/ G., A. J. M. s/ restitución internacional de menores", fecha: 2 de mayo de 2022 13

1.2. Interés superior del niño. Derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta. Tutela judicial efectiva. Valoración de la situación actual del menor. Obligación del Estado

Causa C 124.137, "O. O., R. L. y otro/a s/ abrigo", fecha: 24 de noviembre de 2021 43

1.3. Restitución internacional. Residencia habitual. Derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta. Intervención del niño en el proceso

Causa C 123.322, "A. G. L. I. c/ R. M. G. H. s/ restitución internacional de menores", fecha: 10 de julio 2019 61

1.4. Cuidado personal de los hijos. Modalidades. Residencia de los niños. Derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta. Alcance. Obligación del juez. Prueba. Interdisciplina. Principio de estabilidad. Interés superior del niño

Causa C 123.064, "A. Ch. S. E. A. c/ G. R. E. s/ incidente de modificación de tenencia de hijos", fecha: 23 de abril de 2019 79

1.5. Interés superior del niño. Centro de vida. Concepto

Causa C 121.612, "M., V. y otros / homologación de convenio", fecha: 10 de septiembre, de 2018 97

1.6. Restitución internacional. Ausencia de normas procedimentales internas específicas, que regulen el trámite de restitución internacional de menores. Interés superior del niño. Escucha adecuada. Consideración de la situación de salud. Debido proceso legal

Causa C 121.879," B., M. V. c/ Z., A. D. s/ restitución internacional de menores", fecha: 10 de diciembre de 2017 111

1.7. Restitución internacional. Residencia habitual. Responsabilidad parental. Alcance. Intervención del niño. Oposición. Convenio de la Haya. Interdisciplina

Causa C 121.958, "R. L. M. L. c/ E. L. A. s/ restitución internacional de menores", fecha: 5 de diciembre de 2017 125

1.8. Interés superior del niño. Centro de vida. Concepto. Derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta. Tutela judicial efectiva. Vicio de incongruencia

Causa C 121.539, "P. B., E. G. c/ B. K. E. s/ medidas precautorias", fecha: 10 de mayo de 2017 141

2. MATERIA PENAL

2.1. Prescripción de la acción penal. Abuso sexual. Víctima menor de edad. Obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino. Protección. Interés superior del niño. Derecho a la tutela judicial efectiva. Ser escuchada e investigado el caso por ella traído. Principio de supremacía constitucional. Sentencia. Arbitrariedad

Causa P 135.659, "D'Gregorio, María Laura -Fiscal de Casación Adjunta- s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N.º 102.233 del Tribunal de Casación Penal, Sala II seguida a P., J. A.", fecha: 5 de mayo de 2022 165

2.2. Derecho del niño a ser escuchado. Escucha del niño. Omisión. Interés superior del niño. Víctima menor de edad. Condición de vulnerabilidad y especial protección. Compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino. Intervención a la Asesoría de Incapaces

Causa P 133.483, "P., K. -Particular Damnificada- s/ recurso extr. de inaplicabilidad de ley en causa N.º 76.292 del Tribunal de Casación Penal, Sala V.", fecha: 23 de agosto de 2021 175

2.3. Víctima menor de edad. Declaración. Prueba. Violación al derecho de los menores a ser oído y a que su testimonio sea considerado válido. Obligación asumida por los estados

Causa P 133.075, "Altuve, Carlos Arturo -Fiscal de Casación s/ queja en causa N.º 92.899 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV, seguida a A. H. D.", fecha: 12 de febrero de 2021 193

2.4. Declaración de la hija de la víctima. Derechos de los niños. Violación al derecho de los menores a ser oídos y que su testimonio sea considerado válido

Causa P 133.042, "Altuve, Carlos Arturo -Fiscal s/ queja en causa N.º 95.429 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV, seguida a C., C. F.", fecha: 10 de febrero de 2021 205

2.5. Víctima menor de edad. Abuso sexual. Declaración. Testigo único. Interés superior del niño. Violación al derecho de los menores a ser oído. Tutela judicial efectiva. Arbitraria valoración probatoria

Causa P 129.409, "Altuve, Carlos Arturo -Agente Fiscal- s/ recurso de queja", fecha: 26 de diciembre de 2019 215

2.6. Víctima menor de edad. Testimonio único. Precedentes internacionales. Vulneración de la víctima. Tutela judicial efectiva. Inadecuada consideración de la declaración de la víctima. Arbitraria valoración probatoria

Causa P 132.751, "Altuve, Carlos Arturo -Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal- s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa seguida a C., N. M. y C., N. E.", fecha: 17 de diciembre de 2019 225

2.7. Víctima menor de edad. Abuso sexual. Testimonio único. Prueba. Debido proceso. Arbitrariedad. Menores. Protección. Derechos y garantías

Causa P 130.506, "Altuve, Carlos Arturo -Fiscal s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", fecha: 14 de septiembre de 2018 235

Los textos editados corresponden al contenido de los dictámenes; en los casos pertinentes, los datos personales de las partes han sido anonimizados.



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 125.580-3

**“F. M., C. R. c/ G., A. J. M. s/ restitución internacional de
menores”, fecha: 2 de mayo de 2022**





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

“F. M., C. R. c/ G., A.
J. M. s/ restitución
internacional de menores”
C 125.580-3

Suprema Corte de Justicia:

I.

La Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del departamento judicial de Mar del Plata, confirmó el pronunciamiento de fecha 10 de marzo de 2021 dictado por la jueza de grado que había decretado la restitución internacional de la niña S. I. G. F. a N., M., España.

Contra tal forma de decidir el progenitor de la niña, señor A. J. M. G., interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal.

II.

El impugnante denuncia como normas erróneamente aplicadas por la Alzada: el art. 75 inciso 22 de la Constitución nacional; los arts. 3, 9 inciso 1 y 12 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y los arts. 1 y 3 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Igualmente enuncia como normas no aplicadas, las previsiones que emergen: del art. 8, inciso 1, 2 g, Convención Americana de Derechos Humanos; art. 75 inciso 22, Constitución nacional; art. 15, Constitución provincial; de la segunda parte, acápite 6.5.2 de la Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia de la Haya; de la Opinión Consultiva 17/2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos, art. 3 inciso f de la ley 26.061 y el art. 387 del Código Civil y Comercial.

III.

Inicia el recurrente su queja aduciendo que la sentencia puesta en crisis no abordó los agravios que planteara relativos al proceso ni los vinculados con la sentencia en sí.

En lo atinente al proceso, asevera que se ha violentado la garantía del debido proceso por utilización de prueba nula. Al respecto, explica que el principal argumento que tuvo en cuenta la Alzada en su decisión, gira en torno a los dichos vertidos en la audiencia de fecha 17/11/2020 de la cual, en su oportunidad, solicitó fuera declarada nula por no contar el acta en cuestión con ninguna firma, ni con el acompañamiento de su asistencia letrada en el acto. No obstante, la nulidad articulada fue desestimada por extemporánea.

En el mismo contexto, observa que de la normativa invocada por la Alzada para *“rechazar el planteo, surge la arbitrariedad de lo postulado”* y agrega, *“Nótese que se cita el art. 239, 1er párr. in fine del código de forma, dando a entender que esta parte debió haber interpuesto recurso de reposición verbalmente en la misma audiencia”* [sic].

Ante ello, el recurrente afirma que siendo un lego y no habiéndosele permitido participar de un acto con su abogado, no puede serle reprochado que no haya deducido un recurso técnico, que por definición requiere de un abogado.

Sobre la argumentada ausencia de vicios manifiestos en el acto judicial que sostuviera la Cámara, dice que un acta sin firma *“directamente no tiene entidad de acto jurídico, deviniendo inoficiosa para producir efecto jurídico alguno, entre ellos, el servir como fundamento de una sentencia”*.

En dicha inteligencia, también indica que *“el a quo esgrime otro razonamiento, que estriba en que la propia parte consintió tácitamente el acto y no puede ahora entonces cuestionarlo”* y expresa que esa postura *“yerra jurídicamente en establecer la consabida diferencia entre una nulidad relativa y una nulidad absoluta. En el caso estamos frente a una nulidad absoluta, en tanto los actos que dan lugar a las mismas son definidos por nuestro Código Civil y Comercial en su Art. 386 al decir: ‘Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres’”*.

Afirma que de tal modo el acto infringe el orden público, porque la falta de la firma del funcionario judicial interviniente implica

grave incumplimiento de sus funciones y además por cuanto es necesaria la participación letrada en todo acto de relevancia para la justipreciación de derechos “es absolutamente obligatoria, bajo pena de nulidad (cfr. Art. 56 y 57 CPCC)”.

“Por tanto, estando frente a un acto que dio lugar a una nulidad absoluta, el a quo yerra gravemente al sostener que la misma pudo ser subsanada por la posterior “convalidación” de la parte. Es que, por propio imperio de nuestro código de fondo, eso no es viable, en tanto así lo estipula su art. 387, el cual transcribe a continuación.

En segundo término, postula que en desmedro de la garantía del debido proceso se ha ponderado erróneamente la prueba, y en particular el acta antes referida ya que de los dichos volcados en el a derivaron en considerar, ambas instancias, la existencia del domicilio habitual de la niña en España exclusivamente y que allí habría manifestado que “existía un plan pre-coordinado para instalarnos los tres en Europa, lo que no fue así”.

Refiere que la sentencia atacada no abordó el tratamiento de la crítica que esbozara sobre la interpretación de la prueba que surgía de la audiencia en cuestión y siendo que la Alzada tomó como base la prueba surgida de dicho acto para fundar el cambio de residencia habitual, es esta “innegablemente una cuestión conducente a la resolución del asunto”.

Continúa señalando los elementos principales del citado agravio a fin que sean analizados como debieron serlo en la instancia anterior. Al efecto brinda sus argumentos y concluye en que “**Sin titubeos, resulta un atropello a los límites de la sana crítica, y un auténtico absurdo, dar mayor entidad a un acto que ha tenido menor calidad jurídica que otro**, en tanto adoleció de debido control del abogado de la parte (y, dicho sea de paso, ni siquiera cuenta con firma de la parte acreditando que dijo textualmente lo que dicen ha dicho). La sentencia se aparta, por cierto, de las recomendaciones de la propia Conferencia de la Haya en torno a cómo debe ponderarse la prueba. Así, la Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia (Segunda Parte, Medidas de aplicación, acápite 6.5.2.) establece como regla para la apreciación de los extremos atinentes al Convenio de La Haya

de 1980 que, salvo en casos excepcionales, debe darse **una mayor importancia a las pruebas documentales y menos relevancia a las pruebas orales**".

Puntualiza como cierre, que la situación descripta resulta violatoria del derecho de defensa en juicio y del debido proceso, tornando arbitraria la resolución.

Por otra parte, sobre la denunciada violación del debido proceso por falta de producción de la prueba ofrecida de su parte -aunque acotada, pero pertinente-, refiere que la Alzada no hizo referencia alguna a la violación de la mencionada garantía.

Adiciona a lo dicho, que de haberse producido la prueba que había ofrecido, "*podrían haberse desarticulado con facilidad afirmaciones sin sustento fáctico de la sentencia de primera instancia, luego validada por la alzada*"; cita ejemplos.

"*Por todo ello, se derivó agravio de que no se hizo ponderación ni siquiera de ninguna de las piezas de documental adjuntada, que contenía audios de la niña, así como fotografías del lugar en que estuvo viviendo en España, lo cual deja a las claras que su estadía allí no la realizó en un lugar de ninguna permanencia, sino que se encontraba en un hostel, de paso.*

De esta cuestión oportunamente introducida, ninguna mención hizo el a quo en su sentencia, ni siquiera para justificar por qué podría haber sido pertinente o no la prueba ofrecida. Se habría podido probar que había boletos de ida y regreso de Europa, que la niña seguía teniendo matrícula escolar en Argentina, se habría podido ponderar por las fotografías el lugar en que vivía (y quizás vaya a vivir) en España, su voluntad de no estar en España -expresada en audios-, se habría podido acreditar que fue con un subterfugio que se obtuvo un pasaporte italiano para mi [su] hija, entre otros puntos. En suma, habría podido construir una defensa efectiva ante la petición, lo que no se me permitió hacer".

Prosigue señalando, lo afirmado por esa Suprema Corte a este respecto donde sostuvo en lo esencial las pautas que rigen la prueba en este tipo de procesos.

Con base en las premisas allí expuestas hace notar que en definitiva fundó su oposición a la restitución de su hija afirmando que el traslado no había sido ilícito, en tanto la niña se encontraba ilegalmente retenida, y en que ninguna de las pruebas que ofreció se produjo “y, sostenido que fuera el agravio a este respecto, nada dijo la Cámara Departamental”.

“Con ello, solicita se declare la nulidad de la sentencia de primera instancia, o de aquella aquí en crisis dando instrucción de que se produzca una nueva en que se trate la orfandad probatoria a que se sometió a esta parte”.

Entiende que se ha establecido incorrectamente la residencia habitual de la niña.

En tal sentido sostiene que la Alzada debió analizar si la tesis del consentimiento de ambos progenitores era suficiente para mudar la residencia habitual y examinar cómo sopesaban las otras pruebas aportadas que -dice- jamás fueron evaluadas en ninguna instancia. Afirma que ello no fue tratado por la Cámara y lo que se requirió era se determinara -aún dando validez a dicha audiencia- si la postura respecto a que se fijara M. como residencia habitual, era jurídicamente correcta.

Insiste que lo antes aseverado no fue abordado por los sentenciantes, entendiéndose corresponde a esa Corte evaluar “si se trata de aquellas cuestiones que puede dejar de tratarse o, por el contrario, de aquellas otras `cuestiones oportunamente propuestas y conducentes` que deben tratarse obligatoriamente”, sosteniendo estar frente a una cuestión nodal que de ser equívoca conduciría a otorgarle a la cuestión una solución distinta a la que entiende corresponde.

Refiere la absoluta falta de tratamiento del agravio de su parte, manifestando que la sentencia resolvió “que la niña habría tenido residencia habitual en un lugar en dónde pasó menos de tres meses de su vida, en contraposición al lugar en que nació y pasó todo el resto de su existencia” y que para “llegar a ello entendió que la residencia habitual de un niño puede fijarse exclusivamente con la existencia de un consenso de los progenitores al respecto.

Agrega que el *“agravio interpuesto estribó en torno a la utilización de un concepto ficto para establecer la residencia habitual, en desconsideración del centro de vida de la niña”*.

Afirma que la Alzada convalidó la postura que sostiene que la residencia habitual puede fijarse exclusivamente con la existencia de un consenso de los progenitores, manifestando que el principio de interés superior del niño se alza como una barrera a la utilización de ficciones en materia de determinación de derechos durante la infancia.

Aduce que *“la residencia habitual resulta una atribución jurídica a un sitio, incluso divorciada de los hechos (como cuando se trata de sostener una postura como la de la sentencia en crisis, que postula que es posible tener por residencia habitual a un lugar, aunque un niño no haya residido en él más que momentos, siempre y cuando sus progenitores hayan decidido establecerse allí). Y que por otro lado “el concepto de centro de vida, si bien también se trata de una atribución jurídica, siempre estuvo íntimamente atado a lo fáctico, a la realidad vivencial y afectiva de un niño, durante un tiempo prolongado. Afirmando que “Hoy en día, nuestra jurisprudencia, doctrina y nuestra normativa los consagran como conceptos inescindibles”*.

Cita doctrina, jurisprudencia local y foránea, haciendo mención además al concepto de centro de vida adoptado en la ley nacional N.º 26.061 (cfr. art. 3º inc. f) y su decreto reglamentario (Dec. 415/16).

Manifiesta que el concepto de residencia habitual no resulta una fría aplicación de una atribución jurídica y requiere elementos reales -y no fictos- de la habitualidad de la vida del niño o niña, entendiendo que la validación de la postura que hace la sentencia en crisis debe repudiarse.

En tal inteligencia dice que la sentencia desconoce la doctrina, jurisprudencia, y normativas aplicables a la determinación del concepto, al sostener que M. es la *“residencia habitual”* de la niña, toda vez que el a pasó allí un plazo efímero, -menos de tres meses-, no tolerando, en el

contexto de las restituciones internacionales, divorciar la aplicación de la noción de residencia habitual de la de centro de vida, como la sentencia ha hecho, siendo altamente -dice- relevante determinar en dónde tiene un niño o una niña sus afectos, en dónde ha pasado la mayor y más significativa parte de su vida.

Suma que en base a lo antes expuesto de ningún modo puede afirmarse que en el caso de S., su centro de vida fuera aquella ciudad, afirmando que la niña no ha pasado en la misma ni un solo día en condiciones lícitas. Agrega que aún asumiendo que hubiera estado allí en forma lícita, el efímero período de tiempo que estuvo “*palidece*” frente a los más de cuatro años que vivió en Argentina, en la ciudad de ..., sin que ello se reduzca a una mera cuestión matemática de ponderación respecto a en qué lugar “*vivió más tiempo*”, sino al lugar de nacimiento, vivencias, escolarización, amistades, afectos y relaciones familiares, sosteniendo que es el medio donde se encuentra plenamente arraigada. Así entiende que la ponderación jurídica realizada para establecer la residencia habitual en M. es errada.

Alega que el decisorio en crisis resuelve contrariamente a la recta aplicación de la ley de protección integral y su decreto reglamentario, norma por la que corresponde armonizar el concepto de centro de vida con el de residencia habitual, ya que al “*aceptar que la residencia habitual puede fijarse por el mero consenso de los adultos con prescindencia de la realidad de la niña, se la objetiva, convirtiéndola en un elemento adhesivo de la vida de los padres, sin una entidad propia*”. Agrega que pese a haberse agraviado de ello, los sentenciantes no se expidieron al respecto.

Por otro lado refiere que existió una errónea convalidación del estándar de prueba aplicado para determinar la existencia del consenso entre los progenitores respecto a la residencia habitual, inaplicando la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal federal que -dice- es conteste en señalar que se reclama un alto estándar probatorio en torno a la acreditación de dicho consenso, habiendo sostenido la Corte Suprema de la Nación que “*para tenerlo por jurídicamente relevante ... debe traducir una “clara intención compartida*

de trasladar la residencia”, la que se debe probar cabalmente, superando la simple posibilidad y no admitiendo ambigüedades”.

Reseña la prueba tenida en cuenta por la Alzada para convalidar lo decidido por la decisión de grado, la que indica que de ningún modo trasunta la relocalización permanente de la niña.

Así, insiste en el déficit probatorio del acta que viene cuestionando al contrastarla con otras evidencias. Critica el contenido de la misma en especial atención a frases que se desprenden de ella, las que, dice, son atribuidas al señor G. Cuestiona la redacción, sosteniendo no estar frente *“a textuales verdaderos, sino frente a anotaciones de un tercero -que no se tomaron en simultáneo a la entrevista puesto que nadie se encontraba tipeando ni grabando lo dicho-, con las imprecisiones, vaguedades y ambigüedades esperables para esa forma de recolección de un testimonio”.*

Aduce que se intenta extraer del acta como *“indicio de la voluntad de instalarse definitivamente en Europa la supuesta venta de ciertos bienes (en particular, un automóvil), afirmando que es de toda lógica que se proceda a enajenar bienes para pagar pasajes y estadía en Europa.*

Dice que la progenitora y la niña no emprendieron el viaje unidas de bienes, ni de dinero como para mudarse definitivamente, cuestiones que no fueron ponderadas. Agrega que tampoco se prestó atención al hecho que el señor G. adquiriera un auto con el producto de la venta de otro, *“al igual que continúa viviendo en el bien inmueble asiento del hogar conyugal, el cual habían dejado reservado para su regreso programado a Argentina”, así tal es -afirma- el déficit probatorio para sostener un consenso previo.*

Se agravia de lo manifestado por el sentenciante que abre el acuerdo, quien expresó que de la demanda en la causa N.º 171107 surge que por dichos de su parte tenían *“pensado viajar para ver el panorama y establecerse y, más allá de que relata que **pensaban volver**, lo cierto es que existió una suerte de acuerdo/plan familiar para establecerse en Europa (...)”.* Al respecto dice que no

se recoge, lo que expresamente se dijo allí en orden a que se pensaba volver a Argentina. Suma que, si un viaje se hizo habiendo acordado volver y no con el fin de establecerse en forma permanente, no se produce un cambio de residencia habitual, más allá del tiempo que ello insuma.

También critica que la Cámara hubiera considerado el informe del licenciado en psicología Laborde para abonar el consenso previo, el que asevera, por el contrario, da cuenta que no se está frente a una *“clara intención compartida”*, afirmando que *“viajar para ‘probar suerte en el extranjero’ denota precisamente que la decisión de permanecer no se había tomado. Por el contrario, el ‘probar suerte’, coloquialmente entendido, habla más bien de viajar temporalmente y luego decidir qué hacer, si quedarse en Europa o volverse a Argentina. Y si ese fue el caso, el consenso de permanecer no llegó a existir nunca en el caso, en tanto A. G. no llegó a viajar a tiempo para integrarse en el núcleo familiar y cumplir el plan de ‘probar suerte’ entre los tres”*.

Menciona otras probanzas que entiende dan cuenta de la indefinición respecto del lugar para instalarse y el tiempo de permanencia en Europa -captura de la red social Facebook, pasajes con fecha de retorno para la madre e hija, la matrícula escolar de S. en Argentina, la existencia de un permiso de viaje que no contemplaba la radicación en el extranjero, el intento fallido de obtener el pasaporte italiano-, las que dice demuestran que el viaje en cuestión, si bien autorizado por el padre, lo era por un periodo claramente limitado.

Concluye que al *“aceptar que se aprobó un consenso entre los progenitores, la Cámara de Apelaciones distrital ha inaplicado la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación en fallos: 334:1445 y 341:1136. Del mismo modo, admitiendo que se puede producir un cambio de residencia habitual a pesar de que se haya pautado un retorno, o sea, que un viaje sea por tiempo limitado, ha inaplicado copiosa jurisprudencia internacional, siendo que hay absoluto consenso jurisdiccional en torno a que una mudanza familiar transnacional temporaria, que posea un término, aunque sea por un período extenso, permite sostener que*

la residencia habitual existente en el primer estado se mantiene. En este caso, la sentencia en crisis inaplicó la jurisprudencia dimanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular de “Ø.L.K.” [2002], INCADAT HC/E/DK 520 y “Re H. [Abduction: Habitual Residence: Consent]” [2000], INCADAT HC/E/UK 478, entre otros”.

Se agravia el recurrente que no se hubiera considerado la existencia de un vicio en la voluntad al momento de brindar el consentimiento.

En sustento de ello dice que la sentencia en crisis convalidó otra decisión que utilizó como único pilar para decidir, el hecho de que el recurrente hubiera prestado su consentimiento -concurrente con el de la madre de S.- para que la familia se instale en Europa y que habiendo su parte planteado en forma subsidiaria la existencia de un ese consentimiento, el tribunal no se expidió al respecto.

Reitera lo sostenido en el agravio llevado ante la Cámara manifestando que *“aún asumiendo la hipótesis que traza la sentencia -la cual se desmiente por no reflejar como ocurrieron las cosas-, y aún admitiendo que el accionado hubiera prestado su consentimiento para un traslado permanente “en familia”, viviendo los tres juntos, no puede más que afirmarse que dicho consentimiento estuvo viciado. El vicio en cuestión es aquel descrito en el Art. 267, inc. “d” de nuestro Código Civil y Comercial, destacando que se trata del tipo de error (esencial) que causa la nulidad del acto. En la misma línea, y dependiendo de cuánto crédito se dé al accionar de la Sra. F. M., pareciera más viable pensar en realidad que el vicio en cuestión es el dolo (cfr. Art. 271 y cctes. CCN), en tanto estaríamos frente a una clara maquinación para que una persona acepte un acto que de otro modo no aceptaría, teniendo también, como consecuencia, la nulidad del acto”.*

Aclara que más allá *“que el vicio alegado hubiere sido error o dolo esencial, o la coexistencia de ambos, no puede desconocerse en lo concreto que el consentimiento prestado -presuntamente y siempre según la sentencia- para radicarse la familia como unidad en Europa, no es el mismo que aquel a prestarse ante una propuesta en que la niña y la madre se radicaran solas en aquel continente*

(en el cual, por cierto, el suscripto sólo podía residir como miembro de esa familia, ya que no posee ciudadanía europea aunque su esposa sí)”.

Dice que “*se lo indujo a error haciéndole creer*” que los tres mudarían a Europa pero que finalmente no estaba incluido en dichos planes, por lo que entiende el consentimiento prestado al traslado y permanencia está claramente viciado de error o dolo, ya que de habersele propuesto que solo la niña y la progenitora se mudaran, no habría prestado el consentimiento y que aún admitiendo la existencia de consenso entre las partes -que afirma no existió- su voluntad estaba viciada por lo que mal puede tenerse al consentimiento como otorgado, haciendo consideraciones respecto del actuar de la progenitora.

En la misma línea, considera que el pretendido consentimiento no tuvo principio de ejecución para que el cambio de residencia habitual se produzca, ya que no llegó a acontecer por exclusiva voluntad de la señora F. M. al romper la relación que tenían en forma unilateral y hasta telefónica con su esposo, antes de que aconteciera la mudanza de este al viejo continente. Asevera que al no hacerse cargo de este planteo la Alzada “*ha omitido cumplir con su función revisora y, por tanto, ha conculcado el derecho al debido proceso y al acceso a la justicia que asiste a esta parte*”.

En otro agravio plantea que no ha sido considerado la existencia de una retención ilícita por parte de la actora.

Arguye que en base a lo expuesto en el agravio anterior, la negativa de la actora a que su hija regrese a ... fue constitutiva de una retención ilícita, en los términos de la Convención de la Haya de 1980, entendiendo a la par que no habría existido una sustracción ilícita de su residencia habitual por parte del señor G. por ser ... la residencia habitual de la menor.

Aduce que los sentenciantes no abordaron tal tópico en el entendimiento que tal modificación de la residencia habitual había ocurrido, resultando ello de una incorrecta aplicación de los principios y cláusulas del convenio internacional aplicable, en especial de su artículo tercero.

Así, dice que la retención ilícita llevada adelante por la señora F. M. motivó el planteo judicial inicial del suscripto, en el sentido de que se restituya a su hija al país y, sólo frente a la inacción judicial en el marco de ese pedido, procedió a viajar a España, resultando que frente a la verificación de una situación concreta de peligro de la niña, procedió a trasladarla a Argentina.

Afirma que una aplicación recta de los criterios del art. 3 de la Convención, conduce a afirmar que no existió un traslado ilícito de la niña S., en tanto, insiste su residencia habitual -por los argumentos esgrimidos en previos acápites- seguía siendo ..., concluyendo que la progenitora incurrió en una retención ilícita en los términos de la Convención de la Haya de 1980, en tanto mantuvo a una niña fuera de su residencia habitual y contra la voluntad explícita de alguien con derechos de custodia sobre la misma.

Refiere que la postura convalidante de la sentencia en crisis respecto a que M. es la residencia habitual de la niña y no ..., se sostiene sólo sobre argumentos meramente aparentes y es, por tanto, arbitraria.

Concluye que su accionar no constituye, desde ninguna perspectiva, una sustracción ilícita en los términos del Convenio. Ello por cuanto tal accionar requiere forzosamente que el menor en cuestión sea llevado fuera de su residencia habitual, aseverando que por el contrario el actuar del señor G. no implicó sacar a S. de su residencia habitual, sino exactamente lo contrario, devolverla a la misma, sin que ello implique, aclara, justificar las vías de hecho para resolver problemáticas jurídicas, ya que destaca ocurrió previamente a la justicia para solicitar el retorno de su hija a su residencia habitual, aseverando que este -incluso extrajudicialmente-, no puede habilitar jamás el absurdo de ordenar su retorno al lugar que no era su residencia habitual, en los términos de la convención que se ha pretendido aplicar.

Insiste que trasladar la niña de España a Argentina no implicó retirarla de su domicilio habitual, sino llevarla a este. Por tanto, no ha existido sustracción ilícita de su parte, por lo que el intento de restitución de la niña desde la convención pretendidamente aplicable no puede prosperar, en los

términos de sus arts. 3° y 12°, los que requieren la existencia de una sustracción o retención ilícitos para tornar operativa a la Convención.

Entiende que el absurdo radica en que, de haberse continuado con el trámite iniciado originalmente por el señor G. pidiendo el regreso de su hija, su resultado hubiese sido afirmativo, por cuanto entiende no caben dudas que la niña se encontraba en España siendo ilícitamente retenida, solución que dice no puede variar por el hecho *“que G. haya viajado y precipitado el retorno de su hija”*.

Denuncia la existencia del mencionado vicio en la sentencia en crisis al decir que se actúa en pos del interés superior de la niña y que el mismo se alcanza con su restitución.

Manifiesta que la madre de la niña actuó por vías de hecho reteniéndola y que el bienestar superior de S. se alcanzaba a la luz de la convención, volviendo al “statu quo” anterior al acto -en este caso- de retención ilícita en España, lo que ejecutó el aquí recurrente, resultando un despropósito jurídico pretender que haber restituido la niña a Argentina -por más desacierto con que puedan cargar las vías de hecho- no es retornar al estado anterior del lícito, sino un ilícito.

Expone que la sentencia en crisis aplica erróneamente la Convención de la Haya de 1980, toda vez que no nos encontramos ante la sustracción de una niña desde su residencia habitual porque la misma fue, es, y no dejó de ser nunca ..., afirmando que tal cuestión sel a la suerte del caso, en tanto si su residencia habitual no era España, sino Argentina, el traslado realizado por el padre de la niña no fue ilícito en los términos del art. 3 de la Convención aplicable.

Por otro lado denuncia que se aplicó una vara inequitativa para ponderar la actitud de la señora F. M. y del señor G., criticando que la Alzada sostenga que partes de la cuestión llegan *‘firmes’* a su conocimiento por no haberlas su parte incluido en el remedio intentado ante la Cámara; en

particular, las cuestiones referidas a la presunta existencia de violencia de género por el accionar del recurrente, en torno a traer a su hija a la República Argentina.

En tal inteligencia sostiene que no tratar detalladamente partes de una sentencia “no implica ... la admisión de aquellas cosas que no se dedicó a refutar explícitamente”. Pues a su entender la “mención pasajera por parte de un profesional de la salud mental que, a su criterio habría sido una cuestión de violencia de género el traslado de la niña, no resulta de las cuestiones centrales para la resolución de este litigio”.

Dice que lo que aquí importa es que estamos frente a una cuestión técnica, de atribuciones jurídicas y estándares probatorios, “a la que nada suma ni resta entrar en consideraciones de género”.

Agrega que el “*thema decidendum*” es si la niña tenía residencia habitual en ... o M. y, por tanto, si fue ilegítimamente sustraída en sentido técnico.

Por otro lado aduce que existe una incorrecta ponderación de la escucha de la niña.

Sostiene que “son insuficientes para enervar la solución de un caso las opiniones de niños o niñas, salvo cuando trasuntan un absoluto rechazo al retorno de la jurisdicción. Mutatis mutandis, lo mismo puede extraerse para ser aplicado al caso”, es decir se debió analizar si S. se opone en forma rotunda a permanecer en este país, afirmando que ello no se desprende de sus dichos; no obstante la Alzada consideró sus expresiones como determinantes, inaplicando así, los estándares establecidos por nuestro Máximo Tribunal, que tiene dicho en orden al sentido que debe darse a la opinión del niño -en el marco de las excepciones de la Convención de la Haya de 1980- que, “sólo un repudio irreductible a regresar a la residencia habitual puede justificar el rechazo de una restitución (dictamen de la Procuración General de fecha 18/03/2013 al que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos “F.C., C. C. c/G., R. T. s/ reintegro de hijo”, S.C. F. N.º 354; L. XLVIII, y Fallos 333:694; 333:913; y 334:1287)”. Por

el contrario -refiere- debió la Alzada haber indagado sobre la posible existencia de un *'repudio irreductible'* a quedarse, lo que -sostiene- no se verificó en ninguno de sus dichos.

Agrega que en línea con lo expresado, también se ha afirmado que "(...) la ponderación de la opinión del niño no pasa por la indagación de su voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores (F. C., C. C. C. G., R. T. s/ *reintegro de hijo*", S.C.F. N.º 354; L. XLVIII, y Fallos: 333:694; 334:913; y 334:1287), por lo que manifiesta que su referencia a su preferencia por estar con su madre tampoco es de trascendencia al "*thema decidendum*".

Cuestiona que no se ponderó prueba dirimente como los dichos de los abuelos maternos en el marco de la entrevista con el psicólogo (informe del 18/11/2020) en el que dice estos reconocen que S. "*no quiere volver a Europa*", transcribiendo partes de la misma cuando se sostiene que *'Manifiestan que le han preguntado a la niña si volvería a Europa, que dijo que no, pero que sí lo haría si ellos (los abuelos) la acompañan. En su entendimiento dice que esta última aclaración "parece más bien un frase empática para no generar desprecio a la compañía de sus abuelos, que una real intención de volver a aquel continente, en tanto su primera respuesta al respecto es, concretamente, que no volvería'*.

En tal sentido refiere no fueron considerados una serie de audios de la niña, obtenidos durante las visitas que el señor G. hizo en un ámbito que sostiene de imparcialidad, ya que S. se encontraba bajo la mirada y escucha de sus abuelos maternos, descartando de ese modo -dice- la posibilidad de manipulación alguna. Afirma que de uno de ellos se desprende que "*la niña prácticamente implora a su padre que la lleve a su casa (a la casa paterna) y, sin embargo, ninguna referencia se hace a este deseo expresado*" por ella.

Además dice que no se llevó a cabo una pericia psicológica apropiada a la niña, ni se indagó respecto al retorno a España sin el padre, con lo cual concluye "*no puede establecerse la existencia o no de grave daño que, invocado o no por las partes, debe siempre ponderarse en virtud del principio de la realidad que debe primar en este tipo de procesos*". Suma con transcripción de

parte de la pericia llevada a cabo que “no pudo realizarse, o no fue adecuada, y se basó únicamente en observaciones externas”.

Asimismo sostiene que “la combinación de una indagación en los deseos de la niña omitiéndole información necesaria para que comprenda mejor el sentido de sus preferencias, combinado con la no ponderación de la prueba en torno a los audios, habilita afirmar que la niña S. no ha sido debida y profundamente escuchada, en los términos del Art. 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, generándose con esto, otra seria afectación del proceso, y una incorrecta aplicación de normativa específica”.

Por último refiere no fue considerado el retorno seguro de la niña, que debe contar con la garantía del respeto a sus derechos, y a una forma y calidad de vida que no la ponga en riesgo, así dice que “no se ha evaluado que S., aún de regresar, se encuentre en condiciones de residir legalmente en España”, ya que “no cuenta con pasaporte europeo debido a que su documentación italiana fue revocada al dar cuenta de que había sido obtenida a través de la falsificación del consentimiento parental. Por otro lado, si bien la actora es ciudadana italiana, no sabemos si cuenta con tarjeta de residencia en España, en tanto no lo ha acreditado”. Cita jurisprudencia de esa Suprema Corte y del Máximo Tribunal de la Nación, concluyendo que debe estarse al rechazo de la restitución en análisis, en pos de no someter a la niña a una situación de vulneración de sus derechos.

Hace reserva del caso federal.

IV.

IV. 1 Frente a la naturaleza de la materia en tratamiento y por una cuestión de orden lógico examinaré, en primer término, los agravios vinculados a la legalidad del traslado o retención en virtud de las críticas formuladas por el recurrente al respecto, en atención a las consideraciones efectuadas por el Tribunal en oportunidad de determinar la residencia habitual de la niña.

Al respecto adelanto mi opinión, según la cual los agravios del impugnante carecen de entidad para conmover la argumentación

desplegada por la Cámara departamental para determinar la residencia habitual de S. en España, de conformidad con los términos del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la sustracción internacional de Menores (en adelante, CH1980) y con los criterios desarrollados por el Máximo Tribunal de la Nación y sostenidos por esa Corte (Fallos 318:1296; 328:4511; 333:604; 333:2396; 334:913; 334:1287; e.o; SCBA C 121.958, sent. de 27-6-2018, C 120761, sent de 24-8-2018, C 119.110, sent. de 10-6-2015, entre muchas otras).

Estimo necesario precisar que la mencionada normativa convencional resulta aplicable a la especie sobre la base de entender que el traslado de S. I. G. F., a nuestro país, debe considerarse ilícito por no resultar éste el estado de su residencia habitual en los términos del CH1980 (arts. 3, 4, 12 y ccs. CH1980; 2614 y 2642 del C. C. y C.).

Tiene dicho esa Corte que *“la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 (CH1980) solo impone la obligación de restituir a los menores en aquellos casos en que se haya llevado a cabo un traslado o retención que deba ser considerado ilícito. Se hace referencia así a dos situaciones distintas: a) al traslado, que deviene en ilícito desde el mismo momento en que el menor es retirado de su residencia habitual en violación a un derecho de custodia efectivamente ejercido en dicho lugar, y b) la retención, que puede ser consecuencia de un traslado legalmente realizado pero que deviene en ilícito ante la negativa de restituir al menor a su centro de vida (conf. arts. 3 y 5)”* (SCBA C.123. 322 sent, 30-12-2020).

Será entonces, el lugar donde se hallaba la residencia habitual del menor, la que determine *“la ilegalidad del traslado o retención, que constituye un requisito esencial para la admisibilidad de toda solicitud de restitución”* (SCBA C.123. 322 sent, 30-12-2020).

Aún cuando la Convención no define lo que ha de entenderse por residencia habitual, la Corte Suprema de Justicia de la Nación subrayó: *“Que la expresión ‘residencia habitual’ que utiliza la Convención, se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude*

al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores” y a mayor abundamiento agrega, es “errónea la interpretación ... que hace depender la residencia de la niña a los fines del art. 3, párr. 1º, “a”, de la Convención de La Haya, del domicilio real de sus padres” (CSJN. Fallos 318:1269).

En el precedente antes citado, el mismo Alto Tribunal establece en este sentido que *“la residencia habitual del menor no puede reflejar un significado exclusivamente cuantitativo (v.gr. respecto del lugar en donde el menor haya vivido por más tiempo durante su corta vida, tal como propone el recurrente), sino que el concepto se expande e implica la definición del sitio en el que debe ser ubicado, de conformidad con la intención de quienes ejercen su custodia en términos convencionales, el centro de la presencia del menor, para lo cual también debe atenderse a su entorno familiar y social, sus afectos, su posible asentamiento e integración en el determinado medio, con cierto grado de estabilidad y proyección de permanencia, debiendo ponderarse todos los elementos con el debido criterio de actualidad” (SCBA C.123. 322 sent. 30-12-2020).*

Sabido es que la residencia habitual y el centro de vida corresponde que sean evaluados desde una perspectiva temporal, pero sin desconocer las circunstancias fácticas que acontecieron. De ese modo, no hay que interpretar en su literalidad el art. 3, inciso “f” de la ley 26.061, en cuanto dice que el centro de vida del niño será donde hubiese transcurrido *“la mayor parte de su existencia”*.

De esta manera, tiene dicho esa Corte provincial, que *“la residencia del menor comulga con su centro de vida, ejerciendo -ambos conceptos- una suerte de mutua retroalimentación semántica” (SCBA C.123. 322, sent. de 30-12-2020).*

Siguiendo ello, la Alzada tuvo por acreditado que la residencia habitual de la niña S. I. G. F., es la ciudad de N., M., España.

En dicho sentido señala la sentencia en crisis, que

“surge en verdad que el propio Sr. G. manifiesta que tenían ‘pensado viajar para ver el panorama y establecerse’ y, más allá de que relata que pensaban volver, lo cierto es que no escapa al suscripto que de algún modo existió una suerte de acuerdo/plan familiar para establecerse en Europa” [sic] y agrega, “También iría en esa dirección el informe del Lic. en Psicología Laborde, en el que se expone que el Sr. G. le manifestó que ‘tenían proyectado probar suerte en el extranjero, motivo por el cual la Sra. F. y su hija van a Europa y que pasado un tiempo le comunica su deseo de finalizar la relación y de quedarse a vivir allí (ver informe del 18/11/2020 en causa N.º 172107)”.

En ese contexto, y sin perjuicio de la somera referencia efectuada por la Alzada en torno a la construcción argumental que hiciera la juez de grado para determinar la residencia habitual de la niña, entiendo procede advertir sobre situaciones ocurridas que conducen a la consolidación de dicha circunstancia.

Así y conforme ha sido reseñado por la juez de grado, en el marco de los autos conexos que tramitan por ante el Juzgado de Familia N.º 4, caratulados “G. A. J. M. c/ F. M. C. R. s/ Medidas Precautorias (art. 232 del CPCC)” se desprende que: i) el señor G. y la señora F. M. suscribieron una autorización de viaje recíproca; ii) que la señora F. M. viajó junto a su hija, S. I. G. F. a Europa; iii) que posteriormente lo hiciera el señor G.; iv) que al momento de la llegada del señor G. a Europa, la señora F. M. y su hija residían en N., M., España; v) que el señor G. regresó al país junto con su hija S. I. G. F. sin dar aviso de ello a su progenitora; vi) que S. I. G. F. se encontraba matriculada en una institución infantil en M.; vii) que la niña no tenía conocimiento que su mamá no estaría en Argentina.

Adunase a lo expuesto lo que se desprende del acta de audiencia de fecha 17 de noviembre de 2020, celebrada en el marco de los autos referidos, por ante el señor secretario del juzgado, el señor juez a cargo, integrante del cuerpo de magistrados suplentes, la participación del señor G. conjuntamente con su letrada, todo ello en presencia de la señora titular de la Asesoría de

Incapaces N.º 1, doctora Silvia Fernández, en donde el aquí quejoso “Señala que todo comenzó en el marco de un proyecto familiar para instalarse en Europa, ya que el hermano de la Sra. F. M. vive hace varios años en dicho continente, considerando que la demandada y su hija podrían obtener rápidamente la ciudadanía Italiana, por ello decidieron vender parte de sus bienes y avanzar con su objetivo”.

Así las cosas, más allá de la crítica que efectúa el señor G. a la interpretación que la Alzada le otorga a sus dichos sobre “probar suerte” por cuanto según expresa ello “habla más bien de viajar temporalmente y luego decidir qué hacer, si quedarse en Europa o volverse a Argentina”, se advierte, la existencia de un consenso en torno a trasladar el hogar familiar a Europa.

En dicho sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que “para que dicho consenso pueda adquirir la concreción propia de una decisión jurídicamente relevante, debe tratarse de una clara intención compartida de trasladar la residencia, que debe ser demostrada cabalmente. La prueba debe superar el plano de una simple posibilidad, no bastando un panorama de ambigüedad” (CSJN, V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños, 22-10-2020).

Que en el caso, el quejoso alega que nunca existió la intención de mudarse a España como así tampoco el referido consenso que “el a quo convalidó”. Sin embargo, de sus propias manifestaciones se evidencia que la radicación en España originalmente existió como un “proyecto familiar”, dejando sin respaldo la tesis sostenida por el recurrente; en consecuencia la niña dejó nuestro país lícitamente e ingresó y radicó en España con el mismo carácter.

Lo cierto es, que, a la luz de la interpretación del concepto de residencia habitual, y acreditada la existencia de una decisión de mudar el hogar familiar a Europa, conducen a considerar a N., M., España, como la residencia habitual, en relación a la niña S. G. F., tal como fuera confirmado por la Alzada.

IV. 2 Ahora bien, siguiendo el mismo orden, y en función de los argumentos esbozados en la queja en análisis, procedo al abordaje de la denunciada violación de la garantía del debido proceso fundada en la utilización

de una prueba nula como base de la sentencia recurrida, cual es los dichos que fueron vertidos en la audiencia celebrada el día 17 de noviembre de 2020, en los autos “G., A. J. M. c/ F. M. s/ Medidas precautorias”.

En tal sentido, encuentro acertado el rechazo que de la cuestión efectuó la Alzada, al estimar que *“el planteo resulta extemporáneo desde que al haber formado parte de aquel acto trascendental del cual ahora predica su nulidad, tenía cinco (5 días) para plantear formalmente la misma o cualquier otra clase de recursos; lo que no hizo y por imperativo de los efectos preclusivos de los actos, tales vicios -de haber existido-han sido convalidados por el propio quejoso (argto. arts. 125, 126, 169, 239 ter 1 er. Párr. in fine, 241, 242, 245, 253, sgtes. del CPC)”*.

De tal manera, siendo el acta de la audiencia un instrumento público -art. 289 inc. b del Código Civil y Comercial de la Nación-, hace plena fe no sólo en cuanto a que se ha realizado el acto sino también en cuanto a la fecha, lugar y hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él, hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal (art. 296 inc. “a” del citado cuerpo legal-Id SAIJ: SU 33025951, 29-5-2019-).

Además, dijo la Alzada: *“No es óbice para adoptar tal decisión la circunstancia de que no se planteó con antelación porque recién fue en la sentencia recurrida cuando se hizo mérito y que de haberla planteado en aquel momento hubiese sido requerir la nulidad por la nulidad misma”*.

Agrego a lo expresado, que tanto la alegada ausencia absoluta de firmas en el acta que cuestiona el impugnante, como la inexistencia del acompañamiento de su letrada en el acto no resultan corroboradas, pues teniendo a la vista dicho instrumento se constata que el señor secretario del Juzgado de Familia interviniente la suscribió, además de verificarse en el cuerpo del acta que: *“Presentado el Sr. G. A. J. M. ..., con el patrocinio letrado de la DRA VALERIA PAULA LUCCIONI ...”*.

IV. 3 Asimismo sostuvo el señor G. que se violentó la garantía del debido proceso por no haberse producido prueba ofrecida que postula conducente, agravio que entiendo no se encuentra acreditado.

Ello así pues entiendo que tuvo oportunidad para expresar su disconformidad al respecto, pero no la presentó en tiempo oportuno.

Es que recién con el llamamiento de autos para sentencia -que se encuentre consentido- queda concluida la instancia y cerrada la discusión en virtud del principio de preclusión; y como enseña esa Suprema Corte *“produce el saneamiento de todos los vicios de actividad anteriores, providencia que hace así de compuerta tras la cual todos los eventuales defectos o vicios de actividad anteriores pierden virtualidad. Que tal sanatoria o convalidación reposa en dos de los principios básicos que campean en esta materia: el carácter relativo de las nulidades procesales y la necesidad de que éstas sean argüidas indefectiblemente en la misma instancia en que se hubieren producido (conf. “Códigos procesales ...”, T. V.B, comentario al art. 482)”*. (C 99748, sent. de 9/12/10).

Sin perjuicio de las consideraciones vertidas precedentemente no debe dejar de tenerse en cuenta las normas y los principios generales que rigen los procesos de familia y en especial la facultades otorgadas al juez, que establecen determinadas pautas tendientes al cumplimiento de las garantías constitucionales y el ejercicio pleno de los derechos; tolerando tales directrices adaptaciones y flexibilizaciones según las circunstancias y particularidades de cada realidad, adquiriendo en la jurisdicción que se despliega en tales conflictos, una tutela judicial diferenciada, atendiendo a la complejidad de las situaciones y teniendo especialmente en cuenta que están en juego derechos esenciales de las personas y, en este caso puntual la satisfacción plena del derecho que asiste a la niña (art. 15 Const. Prov.; art. 3 CIDN; art. 706 sptes. y concs. Cód Civ. Com; ver tmb. SCBA, C. 122.255, del voto del Dr. De Lázzari (MI) en sent. de 24-2-2021).

Para concluir, sobre este tópico se ha dicho que *“Las convenciones vigentes no contienen normas sobre medios probatorios admisibles ni sobre su valoración. En la República Argentina, no existiendo aún reglas procedimentales especiales al respecto, el juez tiene amplias facultades para fijar cuáles son las pruebas que resultarán admitidas y cuál será su apreciación. Sin embargo, el juez deberá tener en mira*

en todo momento la brevedad y urgencia del procedimiento, dada su especial naturaleza. La Guía de Buenas Prácticas de la HCCH (Segunda Parte, Medidas de aplicación, acápite 6.5.2.) establece como regla para la apreciación de los extremos atinentes al Convenio de La Haya de 1980 que, salvo en casos excepcionales, debe darse una mayor importancia a las pruebas documentales y a las declaraciones juradas y menos relevancia a las pruebas orales ...” (“Las garantías fundamentales en el procedimiento de restitución internacional de niños”. Luciana B. Scotti. Publicado en Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 62. Dirs. Cecilia P. Grosman, Aída Kremelmajer de Carlucci, Nora Lloveras y Marisa Herrera. YSSN1851-1201. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Noviembre de 2013, PP.125-156.).

IV. 4 Por otra parte, en orden a las omisiones de cuestiones fundamentales que dice el recurrente no fueron tratadas por los sentenciantes, en mi consideración la queja no es de recibo, toda vez que el remedio intentado no constituye la vía idónea a los fines de canalizar dicho vicio.

Al respecto, tiene dicho esta Suprema Corte que resulta inadmisibles el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley si la intención de la defensa era denunciar que el Tribunal revisor omitió dar tratamiento a determinadas cuestiones que fueron llevadas a su conocimiento, pues debió efectuar el planteo a través de la vía recursiva pertinente. La denuncia de eventual omisión de cuestión esencial es propia del recurso extraordinario de nulidad (causas C. 122.514, “R., J. A.”, sent. de 13-II-2019; C. 127.858, “M., V. O.”, sent. de 20-IX-2017; C. 89.527, “Negruzzi”, sent. de 30-XI-2011; C. 105.676, “Pérez”, sent. de 4-III-2009; e.o.).

También, cabe señalar que en tal sentido “La denuncia de una supuesta omisión de cuestiones solamente puede alegarse por vía del recurso extraordinario de nulidad, siendo su tratamiento ajeno al ámbito del de inaplicabilidad de ley” (SCBA C. 117.156 sent. de 25-6-2014).”

IV. 5 En cuanto al agravio sustentado en la incorrecta e incompleta ponderación de la escucha de la niña, -recibida en reiteradas oportunidades- tampoco prospera.

Es que a mi entender, resulta acertado lo expresado por la señora asesora interviniente, en cuanto: “... conforme la interpretación de la CDN efectuada por el órgano de interpretación Comité sobre los Derechos del Niño, **no existe modo adecuado de construir el interés superior del niño si no es atravesado por el peso de su opinión; así (los) arts. 3 y 12 tienen una relación dialéctica y vinculada: el art 12 constituye la vía hábil para obtener la interpretación en el caso del interés superior de la niña, debiendo dicho interés construirse a partir de la opinión vertida por la niña (Observación General N.º 12 sobre el artículo 12 de la CDN y Observación General N.º 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial). Por lo demás, ... la opinión del niño debe ser escuchada y valorada siempre, independientemente de su edad, considerando además que cuanto más impacte la decisión a adoptar en los derechos del niño -y sin duda su residencia es una decisión de elevadísimo impacto- mayor importancia habrá de concederse a la opinión (cfr. OG 12 Comité, cit.)” (sic).**

Asimismo el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños, elaborado por la Oficina Regional para América Latina de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en coordinación con la Red Nacional de Jueces de Familia para la Protección y Restitución Internacional de Niños y la Red Internacional de Jueces de La Haya, del mes de diciembre del año 2016 establece que: “Los niños tienen derecho a participar activamente y a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, conforme a su edad y grado de madurez y, de ser posible, con el auxilio de equipos técnicos especializados en niñez y adolescencia. Se debe dar al niño información completa, accesible y apropiada a la edad, respecto de la situación que lo involucra y sobre la cual se va a manifestar. Para ello, resulta fundamental, tomar precauciones tendientes a reducir el riesgo de posibles consecuencias negativas para el niño, a raíz de su participación en el proceso ...”.

El referido Protocolo reproduce en su ámbito de aplicación el estándar convencional que establece el derecho de todos los niños

a ser oídos en todo procedimiento que los afecte y a que su opinión sea tenida en cuenta de conformidad con su edad y grado de madurez (arts. 3, 5 y 12 CDN, Observación General N.º 12/2009 del Comité de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado y Observación General N.º 14/ 2013, sobre el derecho del niño a que su superior interés sea una consideración primordial; Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Atala Riffo vs. Chile” (2012), párrafos 199 y ss.; “Furlán vs. Argentina” (2012), párrafos 230 y ss.; “Gelman vs. Uruguay” (2012), párrafo 129; 3, 24 y ccs., ley 26.061; arts. 24, 25, 26, 639, 707 y ccs., Cód. Civ. Com; art. 4 y ccs., ley 13.298 y sus modificatorias; SCBA, C. 78.728, sent. de 2-5-2002; C. 100.970, sent. de 10-2-2010; C. 107.820, sent. de 11-8-2010 y C. 91.622, sent. de 26-10-2010, entre otras).

IV. 6 Por otra parte, habiendo confirmado la Alzada el decisorio de la instancia anterior, queda firme en su totalidad lo allí decidido por cuanto, entonces, las previsiones relativas a los recaudos que deben adoptarse para el retorno de la niña, dejan carente de sustento el agravio postulado en tal sentido.

V.

Finalmente no puedo dejar de mencionar, que como es sabido el interés superior resulta ser un criterio o premisa que direcciona la resolución de los conflictos, donde se encuentran involucrados niños y en este caso, opino que la cuestión en debate compromete al interés familiar, el cual de manera inescindible forma parte de la construcción de aquel a premisa (art. 3, párr 1 CDN; art. 3 ley 2601; art. 4 ley 13.298).

Es que de acuerdo al plexo normativo que rige específicamente los derechos de la infancia, todas las decisiones y medidas relacionadas con un niño deben ser resueltas y disponerse con miras a satisfacer sus actual y mayor beneficio. Tal es el propósito que debe guiar la labor jurisdiccional que se despliega cuando pueden verse afectados sus derechos.

El Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su superior interés sea una consideración primordial (art. 3, párr 1), expresó que *“el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”* (párr. 4), que abarca el desarrollo, físico, mental, espiritual, moral, psicológico, social del niño (Observación General N° 5, párr. 12). *“La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, moral, y espiritual holística del niño y proveer su dignidad humana”* (párr. 5), subrayando que dicho interés superior es un derecho sustantivo, un principio interpretativo, y una norma de procedimiento (párr. 6), que su evaluación exige, en la medida que sea pertinente para la situación de que se trate, que deben tenerse en cuenta, la opinión del niño, la identidad, la preservación del entorno familiar, cuidado, protección y seguridad, el desarrollo a la salud y a la educación (párr. 52-74).

Igualmente en la Observación General N° 12 (2009) en cuanto a el derecho del niño a ser escuchado, se determinó que no puede partirse de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones; por el contrario, ello debe darse por supuesto y reconocer que tiene derecho a expresarlas, haciendo hincapié en que el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño no pone ningún límite de edad al respecto (párr. 20-21).

En palabras de ese Superior Tribunal, el interés superior del niño es *“el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de las personas y los bienes de un niño dado, entre ellos el que más le conviene en una circunstancia histórica determinada analizado en concreto, ya que no se concibe un interés abstracto”* (Ac. 79.931, sent. de 22-10-2003 y Ac. 99.273, sent. de 21-5-2008).

VI.

Consecuentemente, en virtud de todo lo expuesto, tomando como premisa el interés superior de la niña como condicionante de la

decisión en el cumplimiento de la Convención de La Haya de 1980, propicio el rechazo del remedio extraordinario ya examinado.

La Plata, 2 de mayo de 2022.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 124.137-5

**“O. O., R. L. y otro/a s/ abrigo”, fecha: 24 de noviembre de
2021**



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

“O. O., R. L. y otro/a s/ Abrigo”

C 124.137-5

Suprema Corte de Justicia:

I.

La Sala Segunda de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata, confirmó la sentencia de grado en la que el magistrado resolvió declararse incompetente para expedirse sobre la legalidad de la medida de abrigo dispuesta por el Servicio Local de La Plata, en los términos del artículo 35 bis de la ley provincial 13.298, respecto de los niños R. L. O. O. y A. M. O., con fundamento en la Ley Paraguaya 1680 en función del domicilio legal de los niños y, en base a ello, dispuso la restitución de los niños a la República del Paraguay, en los términos de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, ley 25.358, con una serie de medidas de resguardo de los menores hasta que en modo seguro se pudiera dar cumplimiento a la medida (fs. 166/124).

Contra dicho resolutorio se alza el niño R. L. O. O. con el patrocinio letrado de la doctora Taffetani a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley que fue declarado extemporáneo (resolución de fecha 20-VII-2020) y luego concedido por esa Suprema Corte de Justicia, al admitir el recurso de queja presentado (v. escritos electrónicos de fechas 29-VII-2020 y 17-XII-2020 y auto del 5-II-2021).

II.

El recurso extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.

Se agravia el quejoso, en primer lugar, por considerar que la sentencia de la alzada *“incurre en error en la calificación de los hechos para la aplicación de la ley sustantiva al negar mi [su]centro de vida en la República Argentina”*.

Aclara que pese a sostener el doctor Hankovits en su voto “... lo cierto es que su residencia no deja de ser ilegal y sospechada de trata de personas conforme surge de la causa penal agregada por cuerda. En ese marco, es que la posibilidad de residencia del niño aquí se encuentre viciada desde su inicio” no hay constancia alguna que haya ingresado al país en forma ilegal, ni que hubiera sido sustraído o vendido por su madre biológica.

Por el contrario -sostiene- lo que sí está acreditado es que la madre biológica realizó un acto plenamente válido al ceder su guarda por acta notarial a la señora Z. V. F.

Agrega que, a partir de lo prescripto por los arts. 1 y 296 C. C. y C. N.; art. 1 y 375 y 376 del Código Civil Paraguayo y el art. 36 y cc del Tratado Internacional de Montevideo que fuera ratificado por la República del Paraguay, dicha escritura pública realizada en la República del Paraguay es plenamente válida en el Estado Argentino.

Asimismo, señala que no hay resolución judicial que determine la comisión de un delito por parte de su madre biológica.

Por otra parte, señala que se encuentra acreditado que desde el año 2011 reside en la Argentina por voluntad de su madre expresada en acta notarial y que la irregularidad en que vivía “de ningún modo puede significar negar todos los años transcurridos en el lugar donde crecí. El objeto de discusión, que se refiere al centro de vida no puede ser confundido con las condiciones en que se desarrolló o la responsabilidad de los adultos que me tenían a cargo”.

Cita doctrina y jurisprudencia sobre el concepto de centro de vida, destacando que la “postura que toma la regla atributiva “*fórum personae*” adopta un criterio realista, tomando el lugar donde los N. N. y A. viven efectivamente sin generar ficciones jurídicas que contribuyen muy poco a la realización de su interés superior tal como lo prescribe la normativa internacional”.

Concluye que “la realidad que se dirime en este expediente es que mi centro de vida, durante estos ocho años, ha sido el domicilio donde viví

casi la totalidad de mis años de vida: la vivienda perteneciente a la Sra. Z. F., en la calle ... entre ... y ... de la localidad de ..., Partido de La Plata, que constituyó sin lugar a dudas mi residencia habitual. En ese domicilio transcurrió casi la totalidad de mi experiencia de vida y mi escolarización, mis relaciones interpersonales, mi desarrollo psíquico y mis percepciones y emociones. La situación de irregularidad migratoria no puede ser motivo para que se niegue dicho carácter”.

El segundo agravio expresado es respecto de la aplicación de la ley sustantiva.

En este sentido, se agravia fundamentalmente de la parcela de la sentencia que afirma “... *De la lectura integral del presente proceso y de la causa acollarada por infracción a la ley 26.364, surge nítido su derecho a ser restituido a su país de origen juntamente con su hermana”.*

Afirma el recurrente que los Convenios sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores -Convención de La Haya de 1980- y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores tienen por objeto brindar una solución ágil para evitar la consolidación jurídica de situaciones que tienen su origen en la conducta ilícita de traslado o retención de un menor para velar que los derechos de custodia y de visitas vigentes en uno de los Estados se respeten en los demás contratantes. Sin embargo, asegura que no resulta aplicable a este caso en que él no tiene paternidad reconocida y su madre biológica tampoco ha solicitado su restitución ni ha existido retención o traslado ilícito en violación a un derecho de custodia que justifique su aplicación.

Por otro lado, sostiene que todas las actuaciones en el fuero federal sólo tienen lugar en relación a su hermana A. M.

En tercer lugar, se agravia de la parcela de la sentencia que intenta preservar el derecho a las relaciones familiares.

En este aspecto, manifiesta que su madre biológica, H. O., tomó la decisión de entregarlo en guarda a la señora Z. F., habiendo sido esto acreditado el Acta Notarial y que, durante el tiempo transcurrido desde ese hito,

por seis años no ha hecho ninguna manifestación que pudiera indicar un cambio de voluntad.

Afirma: *“Durante el transcurso del tiempo que viví con la Sra. Z. F. no he tenido contacto con ella hasta su viaje del año pasado en la que trajo a vivir con Z. a mi hermana biológica M., a quien no conocía hasta ese entonces”.*

Por tal motivo, concluye que las normas que se invocan en relación a mantener las relaciones familiares y/o a la protección familiar tienen su aplicación para los casos en que dicho derecho es vulnerado en forma contraria a la voluntad de las partes o de alguna de ellas, pero no pueden ser aplicadas en modo alguno para suplantar dicha voluntad.

Aclara, al mismo tiempo, que los vínculos que se dicen preservar se contradicen con lo resuelto en el sentido que *“En definitiva, los niños deberán regresar juntos a su país natal con la coordinación de todas las partes involucradas, la denunciante comunidad de ... a través del CODENI, el Consulado del Paraguay y el Servicio Local conforme lo dispuesto por el a quo en su sentencia, teniéndose en cuenta que son niños en situación de vulnerabilidad (100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad)”.*

A este respecto, sostiene el recurrente *“Del mismo modo que en los anteriores acápite la sentencia recurrida vuelve a errar en su aplicación, como fundamento de la resolución adoptada ... ya no se trata de la protección familiar de mis vínculos biológicos sino de la posibilidad cierta de iniciar un proceso de adopción que me brinde condiciones para desarrollar un nuevo ámbito familiar en el que el hecho de que mi madre biológica no podría ser convocada al proceso ... Dicha fundamentación no encuentra asidero, no sólo porque las propias autoridades de Paraguay no han podido ubicarla ... sino que existen normados los procedimientos para que se la convoque vía exhorto ...”.*

Concluye sus agravios, afirmando que ha quedado en claro que se trata de un caso de irregularidad inmigratoria y que la normativa aplicable es la Ley Nacional 25.871 y su decreto reglamentario, como así también

la Disposición 2656/2011 que contempla los pasos a seguir en estos casos; así también, que se ha vulnerado su derecho a ser oído -porque en la audiencia manifestó que quería quedarse en el país e hizo un dibujo donde puso la bandera argentina, no constando ello en la resolución apelada-, se ha invocado erróneamente el caso Fornerón porque aquí no se encuentra en juego su derecho de identidad y no se ha respetado en el caso su superior interés.

III.

Supuesto fáctico. Constancias del expediente. Con carácter previo a ingresar en el análisis del conflicto planteado, me permito efectuar una breve síntesis sobre las circunstancias fácticas que dan origen a las presentes actuaciones.

A fs. 1/4 obran constancias de las medidas de abrigo adoptadas con fecha 19 de junio de 2019, respecto de R. L. y A. M. O. O., en el Hogar “...” de ..., por el servicio local de La Plata, corriéndose el correspondiente traslado a la Asesoría de Incapaces y al Juez de Familia.

A fs. 21/24 luce el Plan Estratégico de Restitución de derechos respecto de ambos niños, enviado por el Servicio Local de Melchor Romero, dependiente de la Dirección General de Niñez y Adolescencia de la Municipalidad de La Plata, al Juez a cargo del Juzgado de Familia N.º 8 de La Plata, en su carácter de garante de la legalidad de las medidas adoptadas. De allí surge que el Servicio Local tomó conocimiento por intermedio del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N.º 3 de La Plata, de la existencia de una denuncia que recibe el Ministerio Público de la República del Paraguay en la Unidad N.º 3 especializada en la lucha contra la trata de personas y explotación sexual en niños, niñas y adolescentes, de que la señora H.O. ejercería la prostitución en un local, habría vendido a su hija A. M. O. y que estaría viviendo aún con sus dos hijos -A. M. y R. L.- en una casa en la localidad de ..., ordenándose en razón de ello un allanamiento en la vivienda.

Surge del mismo informe, que en la vivienda se constató que los niños estaban a cargo de la dueña de la quinta -señora Z. F.- quien no pudo

acreditar documentación que la ubique como responsable legal de los niños, no encontrándose allí tampoco a la madre de los mismos. Por tal razón se toman las medidas indicadas.

Por otra parte, en la primera entrevista con R. L. en el Hogar al que fue trasladado, el equipo del Servicio Local deja constancia que el niño llamaba a la señora Z. “mamá” y no reconocía a H. como familia. A ese momento R. asistía a una escuela, a cuarto año, en ... De la entrevista con M. en cambio, se deja constancia que reconoce a H. como su madre y manifiesta que estaría viviendo en Paraguay con otro hermano suyo (fs.23).

Se deja constancia también que de la entrevista con las autoridades de la institución educativa ..., surge que tanto H. como Z. llevaron a cabo la inscripción de los niños a comienzos del 2019 y que firmó Z. refiriendo que H. no sabía escribir (fs. 23 vta.).

A fs. 26 surge una audiencia mantenida por el Juez de Familia N.º 8 -Mauro Cerdá-, con fecha 26 de agosto de 2019, con un representante de la Asesora de Incapaces N.º 1 -Dr. Martín Rotondo-, la abogada del niño doctora Laura Taffetani y la psicóloga del Hogar “...”; y a fs. 27 y 28 obran actas del mismo día, en las que se deja constancia de la toma de contacto con los niños, de la escucha por parte del magistrado a ambos en presencia del representante de la asesoría y la abogada del niño.

R. manifiesta que se encuentra bien en el Hogar, que no recuerda desde cuándo está en la República Argentina y que siempre vivió en la casa de Z. Asimismo, que “a M. la conoció cuando vino a Argentina este año” (fs. 27). M. compareció, pero no quiso hablar (fs. 28).

Finalmente, en la misma fecha, obra acta del doctor Cerdá con un letrado integrante de la Asesoría N.º 1, la abogada del niño y las representantes del Servicio Local de La Plata, a fin de evaluar la situación (fs. 29).

A fs. 33/43 obra oficio del Juez Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N.º 3 de La Plata, remitiendo escritura

pública respecto del otorgamiento de la guarda del menor R. por parte de su madre, obrante en la causa N.º FLP 39869, caratulada “N. N. s/ Infracción Ley 26.364”, iniciada por la posible comisión del delito previsto en el art. 145 bis del CP.

Particularmente, de dicha acta notarial -escritura N.º 235- labrada por la notaria Gloria Concepción Barreto Ortiz, titulada “Manifestación de voluntad”, llevada a cabo en la ciudad de Asunción, República del Paraguay, el 27 de agosto de 2015, surge que la señora H. O., paraguaya, soltera, habría dado a su hijo R. O. O. en guarda a la señora Z. V. F., a fin de formalizar los documentos escolares del mismo, ya que el menor vivía con la señora F. desde el año 2011 en la localidad de ..., República Argentina. Dicha acta se encuentra legalizada y apostillada.

A fs. 42/43 obran copias de las actas de nacimiento de ambos niños, remitidas por el mismo Juez Federal, de las que surge que R. L. nació en ... con fecha 15 de noviembre de 2009 (y fue inscripto dos años después -26 de marzo de 2012-) y A. M. nació en ... el 13 de marzo de 2013. Ambos fueron inscriptos sólo con el vínculo filial materno -como hijos de H.O.-.

Luego, a fs. 45/53, obra la sentencia de primera instancia, de fecha 26 de septiembre de 2019, en la que se ordena la restitución de los niños al Paraguay junto a una medida de protección de abrigo en institución, en los términos del art. 34 de la ley 1680 antes mencionada, solicitando al Sistema Nacional de Protección y Promoción Integral a la Niñez y Adolescencia (CODENI) del municipio de ... - República de Paraguay-, que arbitre los medios necesarios para la efectivización de la medida cautelar dispuesta, como así también disponer que los niños continúen residiendo mientras tanto en el Hogar “...” bajo la supervisión del Servicio Local, continuando su concurrencia a la escuela.

Apelada la misma y expresados los agravios por el menor R. L. (siendo desistido el recurso por A. M. a fs. 92, por haber expresado la menor su voluntad de regresar a su país de origen), obra acta de audiencia del día 4 de febrero de 2020 en que los señores integrantes de la Excelentísima Cámara Segunda de Apelación, Sala segunda, previo a resolver el recurso, toman

contacto con ambos niños dando cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 12 de la Convención de los Derechos del Niño y 707 del C. C. y C. N., en presencia de la señora Asesora de Incapaces N° 1 del Departamento Judicial La Plata y la abogada del niño, doctora Laura Taffetani (fs. 103).

Asimismo, el día 20 de febrero de 2020, se celebró audiencia con los mencionados camaristas, el señor Cónsul de la República de Paraguay, señor Juan Ramón Cano Montania, y el señor Omar Andrés Fonseca Vera, representante legal del mismo, con intervención de la asesoría de incapaces y la abogada del niño, doctora María Alicia Donato (fs.115).

Finalmente, a fs. 116/124 obra sentencia de Cámara confirmando la decisión de Primera Instancia.

IV.

Considero que el recurso debe prosperar.

Como se advierte de la sentencia impugnada, se ha valorado para decidir la especial situación de vulnerabilidad en que se encontraban tanto el agraviado -R. como su hermana A. M.- y que su residencia en el país no deja de ser ilegal.

En tal sentido, y respecto del primer agravio expresado, respecto de la errónea interpretación de la alzada del centro de vida de R. L. O. O., al mencionar que *“el mismo no puede establecerse en base a la ilegalidad, como tampoco lo puede ser el hogar transitorio que es objeto de este abrigo”*, entiendo que existe razón al recurrente, pero no por las mismas razones. Me explico.

No encuentro que la residencia del menor R. L. tenga un origen legal. El acta notarial en que la madre del niño manifiesta su voluntad de otorgar la guarda a la señora Z. (v. fs. 36), con quien habría ingresado al país y convivido por ocho años sin tener ningún tipo de contacto con su madre no puede considerarse título suficiente para ejercer la guarda y representación del menor como lo ha hecho, máxime si se tiene en cuenta que la legislación paraguaya no admite la dación en guarda por acta notarial (art. 106, Ley 1680

-Código de la Niñez y Adolescencia de Paraguay-), sumado a las condiciones de extrema vulnerabilidad en que fue hallado el niño en el allanamiento realizado a la vivienda de ... (v. fs. 128/135 de la Causa FLP 39869/2019 “N.N. s/ Infracción Ley 26.364” en trámite ante el Juzgado Federal N° 3 de la ciudad de Plata).

Por otra parte, tampoco resulta explicación suficiente para la legalidad del traslado del niño a la Argentina -y con ello la constitución aquí de su centro de vida- el hecho de que el expediente iniciado por el Juzgado Federal haya sido sólo respecto de la menor A. M. O. -hermana del recurrente-, pues si bien la denuncia recibida por el cónsul de Paraguay se relaciona con una presunta venta de la niña por su madre, lo cierto es que el menor R. L. fue hallado en las mismas circunstancias de irregularidad (v. fs. 24 y fs. 178 vta. de la causa FLP 39869/2019 “N.N. s/ infracción Ley 26.364).

No obstante ello y aún aplicando la legislación que se refiere al delito de trata puede leerse que en el título II de la Ley 26.364, titulado: “Garantías mínimas para el ejercicio de los derechos de las víctimas”, en el artículo 6 (conf. texto ley 26.842): “El Estado nacional garantiza a la víctima de los delitos de trata o explotación de personas los siguientes derechos, con prescindencia de su condición de denunciante o querellante en el proceso penal correspondiente y hasta el logro efectivo de las reparaciones pertinentes: **g) Permanecer en el país, si así lo decidiere, recibiendo la documentación necesaria a tal fin.** En caso de corresponder, será informada de la posibilidad de formalizar una petición de refugio en los términos de la ley 26.165; ... n) En caso de tratarse de víctima menor de edad, además de los derechos precedentemente enunciados, se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales que implican la condición de ser un sujeto en pleno desarrollo de la personalidad. Las medidas de protección no podrán restringir sus derechos y garantías, ni implicar privación de su libertad. Se procurará la reincorporación a su núcleo familiar o al lugar que mejor proveyere para su protección y desarrollo” (la cursiva y negrita me pertenecen).

Por otra parte, también aplicando los principios que rigen la restitución internacional de menores, en un fallo reciente, esa Suprema Corte de Justicia ha expresado: “la comunidad internacional acepta que la

consideración del superior interés del menor en estos casos, a partir de la expresa referencia contenida en el art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño -debido a que la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 (CH1980) carece de una definición autárquica al respecto-, conduce a que lo indispensable para todo niño que ha sufrido un traslado o retención ilícitos fuera de su residencia habitual sea su inmediato retorno al lugar en el que se halla su centro de vida (conf. entre tantos, UZAL, María Elsa “Algunas reflexiones en torno a la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980”, ED, 169-1255).

Ahora bien, dado que una fijación apriorística de su superior interés en los casos de sustracción internacional podría atentar contra su concepción más clara -en tanto 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 ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, el que excluye toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (causas Ac. 63.120, “G., V.”, sent. de 31-III-1998; Ac. 73.814, “G., J. G.”, sent. de 27-IX-2000; Ac. 79.931, “A., K. E.”, sent. de 22-X-2003; e.o.)- se admite asimismo que, en ocasiones, aquella presunción objetiva que manda a su inmediata restitución a su centro de vida anterior a la vía de hecho actuada en su contra pueda ser revertida ante la verificación de ciertas circunstancias que excepcionalmente aconsejen una solución contraria, justamente en aras del concreto interés superior del niño involucrado (conf. Pérez-Vera, Elisa, “Informe Explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, 1982, en <http://hcch.net/upload/expl128s.pdf>, párr. 34).

Ello así pues el superior interés del menor, aún en este marco, debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a su situación concreta y teniendo en cuenta su contexto y sus necesidades personales (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N.º 14 [2013], párr. 32), de modo que eventualmente pueden presentarse ciertos acontecimientos, sea vinculados con conductas atribuibles al solicitante del retorno, sea con riesgos o situaciones

existentes en su residencia habitual, **sea con la propia opinión del menor sobre su destino, que pueden justificar el rechazo a dicha restitución** (arg. arts. 3, 12, 13, 20 y concs., CH1980)". (SCBA, 21/12/20, causa C. 123.322, "A. G., L. I. contra R. M., G. H. Restitución de menores").

En el caso concreto, expresamente el recurrente manifiesta su deseo de quedarse en la República Argentina y se queja de que su opinión no haya sido ponderada conforme su edad y grado de madurez.

Es cierto que no cualquier disconformidad basta para evitar la restitución, pero sí una oposición férrea a la misma. Como bien se afirma en el caso recién mencionado también "existe consenso en la comunidad internacional acerca que -en este tópico- el menor no solo debe oponerse a la restitución sino que debe demostrar un sentimiento fuerte más allá de la mera expresión de una preferencia o un deseo (conf. "Richards & Director-General, Department of Child Safety" [2007], INCADAT HC/E/UKS 904; "F. [Hague Convention: Child's Objections]" [2006], INCADAT HC/E/AU 864; "9Ob102/03w" [2003], INCADAT HC/E/AT 549; "N.º de role 02/7742/A" [2003], INCADAT HC/E/BE 546; "CA Grenoble, M. V. M." [2000], INCADAT HC/E/FR 274). Debe mediar un repudio irreductible a regresar al lugar de su residencia habitual, para lo cual resultan relevantes la naturaleza y solidez de sus objeciones, así como sus motivos sensatos (conf. "P. V. S." [2002], INCADAT HC/E/UKS 963)".

Aquí la referencia al deseo de permanecer en nuestro país puede advertirse desde la primera diligencia practicada respecto del niño R. L. O. O. (v. fs. 23, manifestó su deseo de permanecer en el hogar) y expresada con fuerza en el recurso de apelación y en el remedio extraordinario en tratamiento, con el patrocinio de su abogada del niño. Es decir, provisto de debida asistencia y a una edad (12 años cumplidos) en que su voluntad, su deseo, su opinión tiene un peso contundente. También hace referencia a ello el informe remitido por el equipo técnico del hogar "...", del 2 de septiembre de 2020, obrante a fs. 208 del Legajo del niño R. L. O. O. "Medida de Protección de Menor -ley 26.061- en autos "N. N. por Infracción Ley 26.364" en trámite ante el Juzgado Federal N.º 3 de La

Plata, que fuera dirigido a la Defensoría Pública N.º 1 a cargo del doctor Ordoñez.

A ello se suma, que la preservación de las relaciones familiares que se intenta resguardar tanto en el fallo de primera instancia como en el de la Cámara, no existen en el caso más que con la hermana del recurrente -A. M. O.-. La madre de ambos menores al día de hoy sigue desaparecida. No hay familia que haya reclamado a ninguno de los hermanos en ningún momento. Ni siquiera se conoce la existencia de familia ampliada o algún referente afectivo en Paraguay. Así, entiendo que cae por su propio peso la afirmación de la Cámara en cuanto dispone que *“mantener a R.L. en Argentina, institucionalizado, lejos de sus potenciales afectos familiares y de la comunidad de ... ciertamente no responde a su mayor interés, por el contrario, su regreso a dicha localidad con su hermana brindará una posibilidad cierta a futuro de interacción y contención afectiva (art. 384 CPCC)”*.

Tiene dicho el Comité de los Derechos del Niño en este aspecto: *“La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Así se establece con claridad en la Observación General N.º 12 del Comité, que también pone de relieve los vínculos indisolubles entre el artículo 3, párrafo 1, y el artículo 12. Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene por objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El artículo 3, párrafo 1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del artículo 12”* (Observación General del Comité de Derechos del Niño N.º 14 (2013, párrafo 45).

En el caso, el recurrente cuya restitución se ordena no desea vivir en Paraguay y está demostrado, como se analizó, que se encuentra en la República Argentina desde los 3 años -lleva 9 años viviendo aquí-, que no ha tenido contacto con familiar ni referente alguno, que no tiene filiación paterna acreditada y que su madre aún no ha podido ser localizada, existiendo orden de detención a su respecto en los autos *“H. O. y otros s/ supuesto hecho punible de proxenetismo”*, tal

como surge de la causa penal, fs. 433, oficio del 22 de septiembre de 2021 de la Unidad Especializada en la Lucha contra la Trata de Personas y explotación sexual de Niños, Niñas y Adolescentes de la República de Paraguay.

Por tanto y siguiendo lo expresado por V.E. en relación a que “el interés superior de los menores (art. 3, ap. 1, de la referida Convención) constituye una pauta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales en el juzgamiento de las causas en las que se ven involucrados intereses de aquellos (CSJN, 15-XI-2005, “L. F. c/V. L.”, Fallos: 328:4013, con cita de Fallos: 322:2701 ; 324:122) resaltando que “cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional” (CSJN, 26-IX-2012, “M. d. S., R. y otra s/ordinario s/nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”, M.73.XLVII.RHE, Fallos: 335:1838, cons. 16, con cita de Fallos: 324:122 y 327:2413 y 5210)”, es que opino se haga lugar al recurso traído.

V.

A. M. O.

Asimismo y sin desconocer la firmeza con la que llega a esta instancia extraordinaria la situación de la niña A. M. O. por haberse desistido del remedio intentado a su respecto en la instancia anterior -en tanto se sostuvo su deseo de regresar al país de origen- (ver fs. 92 y 95), este Ministerio Público no puede dejar de advertir las especiales circunstancias que originaron las presentes, la ausencia de familiares o referentes conocidos con que puedan eventualmente contar los niños, el tiempo transcurrido desde aquel acto (casi dos años y en especial que hasta la fecha, no se ha concretado el traslado de la niña a la República del Paraguay, encontrándose aún alojada -según se desprende del informe remitido en fecha 27 de octubre de 2021- en el Hogar “...”- Asociación Civil “...” de la localidad de ..., partido de La Plata.

Es por ello que frente a la normativa convencional y constitucional vigente citada en acápites anteriores, a fin de garantizar la tutela judicial efectiva, en particular con miras a su interés superior (art. 3 de la CIDN, teniendo en cuenta que se encuentra en juego derechos de una niña en situación de vulnerabilidad (100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad y en especial que en los procesos donde se ventilan conflictos de familia, y en general cuestiones de interés social, se amplía la gama de los poderes del juez con la finalidad prioritaria que la protección se materialice (conf. SCBA C 122.501, sent. de 02/10/2020, entre otras), propicio que ese Superior Tribunal escuche también a A. M. O. para conocer su actual opinión (arts. 3, 12 CIDN, 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos; OC. N.º 17-2002 CIDH sobre Condición jurídica y Derechos Humanos; art. 4, Ley 13298, 3 Ley 26061; 26, 706, 709 y C.C. del C. C. y C.).

Ello así, en atención a los derechos en juego, donde la particular situación y complejidades de este caso exigen que el interés superior sea analizado en concreto, como así también obligan a situar que el “conjunto de bienes necesario” para la menor sea los más conveniente en “una circunstancia histórica determinada” (conf. SCBA LP sent. de 02/10/2020 del voto del Dr. Pettigiani; SCBA 123.304, sent. de 09/03/2021; SCBA C. 123.266, sent. de 30/08/2021; entre muchas otras; siempre teniendo en cuenta que es la obligación del Estado asegurarle la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (conf. O.N.U., Comité de los Derechos del Niño, Observación General 14, párr. 71.

Por último es del caso mencionar que es principio inveterado de la jurisprudencia del más Alto Tribunal Nacional que las “sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dicten ...” (conf. Fallos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321.865; 344:1149, entre muchos otros), en tanto “La configuración del interés superior” exige examinar las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple -en su máxima extensión- la situación real ...” (conf. sent. de 7/10/21 “L., M. s/ abrigo).

VI.

Finalmente, y frente a la eventualidad que se llevara a cabo la restitución de A. M. O. a la República del Paraguay, entiendo pertinente se arbitren los medios necesarios para preservar, su vínculo fraternal con el recurrente, mediante una adecuada y fluida comunicación.

En tales condiciones, dejo examinado el remedio presentado.

La Plata, 24 de noviembre de 2021.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 123.322-2

**“A. G. L. I. c/ R. M. G. H. s/ restitución internacional de
menores”, fecha: 10 de julio 2019**





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

“A. G. L. I. c/ R. M.G.
H. s/ restitución
internacional de menores.”
C 123.322-2

Suprema Corte de Justicia:

I.

La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del departamento judicial de Quilmes con fecha 5 de octubre de 2018 confirmó el decisorio de primera instancia que dispuso hacer lugar a la restitución internacional reclamada por la progenitora de las niñas N. y A. R. A. a la Ciudad de P., B., España (fs. 232/41).

Contra tal forma de decidir se alzó el progenitor de los niños, con patrocinio letrado particular, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal obrante a fs. 277/91.

II.

Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

El quejoso centra sus agravios en considerar que la decisión de la alzada fue adoptada sin haber escuchado adecuadamente a las niñas. Asimismo, denuncia absurda en la valoración de la prueba dirigida a determinar su residencia habitual y, en consecuencia, el carácter ilícito del traslado.

En sustento de su queja denuncia la violación de los artículos 16, 18 y 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional; 1, 8, 17, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 11 y 15 de la Constitución Provincial; 3, 9, 12, 27 y ccs. de la Convención sobre los Derechos del Niño; la Observación General N.º 12 y número 14 del Comité de Derechos del Niño; Opinión Consultiva

N.º 17 de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el artículo 13 del Convenio de la Haya; los artículos 25, 26, 638, 639, 646, 647, 706, 707 del Código Civil y Comercial 1, 2, 3, 27 y 29 de la ley 26.061 y 27 del dto. 415/06; la ley provincial 14568 y su decreto 62/2015, las Reglas de Brasilia y la Carta de Cancún (fs. 278 y vta., 281, 283).

En particular, alega que la sentencia ha incumplido con la garantía de las niñas N. y A. a ser escuchadas de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (fs. 281 y vta.).

Concretamente sostiene “la resolución de Cámara es contraria al artículo 18 de la Constitución Nacional y a los artículos 3, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y además, resultaba arbitraria por no aplicar la ley vigente 26.061 en atención que la escucha de N. N. y A. se realiza con asistencia letrada de un abogado del niño especializado, que es la garantía de debido proceso y la defensa en juicio, en atención que consta la opinión de las mismas en acta, el interés particular de las mismas” (fs. 281 vta.).

En la misma línea destaca: “Es claro entonces que la ley 26061 no establece ninguna restricción para que el niño sea oído en juicio. Ello es así pues la mención a la madurez y al desarrollo -artículo 24 inc. b) de la ley 26061- es solo para graduar el alcance de su opinión, pero de ninguna manera es un requisito para escucharlo ... Como es sabido, una concepción integral y garantista del derecho de defensa no puede dejar de lado su aspecto técnico. La continua complicación de los procedimientos exige los conocimientos jurídicos de un abogado especializado a efectos de desarrollar una estrategia eficaz que pueda habilitar la participación de quien es parte ... Cuando hablamos de la participación activa de las niñas y niños en un procedimiento significa ‘hablar del reconocimiento de un status especial’ del niño al respecto, mediante el cual ‘en su carácter de parte dentro del procedimiento’, está facultado para actuar en cualquier proceso e instancia

y contra con una ‘representación legal independiente de la que los padres, tutores o curadores puedan asignarle’ (fs.284 y vta. y 285).

En virtud de ello, concluye que “De este modo se asegura la activa participación del niño en el proceso, a través de la defensa técnica de su abogado que patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño sin sustituir su voluntad ... De manera tal que, el derecho a la asistencia letrada de los niños en cualquier procedimiento, hace a la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales de las niñas, los niños y adolescentes por lo que toda norma que limite o impida la incorporación del defensor del niño al proceso contrariando los postulados de la doctrina de la protección integral que establece una noción ampliada de legitimación procesal deberán ser declaradas inconstitucionales en función del interés superior del niño” (fs. 285 vta. y 286).

En ese razonamiento, agrega que debió haberse oficiado al Registro de Abogados del Niño del Colegio de Abogados departamental a los efectos de proveer de asistencia letrada a las niñas de autos, de conformidad con lo establecido en la ley provincial de abogados del niño y su decreto reglamentario (fs. 287).

En definitiva, sostiene: “De todo ello se desprende que, sin lugar a dudas, todo niño que se ve afectado por un proceso tiene derecho a designar un abogado de su confianza y en caso de no hacerlo el estado le deberá asignar uno de oficio. Es decir, el niño y adolescente puede elegir a su abogado defensor, como derecho personalísimo a la libre elección del profesional letrado, sin intervención de terceros” (fs. 288).

Cita, en sustento de su queja, los precedentes de la Corte Federal “O.M.S. c/ J.V.L. si divorcio vincular” y “M.O. c/ P.C.A” de fechas 26 de octubre de 2010 y 26 de junio de 2012 (fs. 288 y vta.).

En segundo término, se agravia del tramo de la sentencia que establece que la residencia habitual de las niñas reside en P., B. y que la integración al nuevo medio no constituye motivo autónomo de oposición ya que el centro de vida no puede adquirirse a través de un ilícito art. 2614 in fine del C. C. y C. N. (fs. 289 vta.).

En particular señala que la cuestión vinculada con la residencia habitual de las niñas ha sido valorada absurdamente, toda vez que la Cámara omitió considerar que con anterioridad al tiempo que residieron en B. (Julio de 2014 a julio de 2016), a las niñas permanecieron en nuestro país, donde forjaron relaciones de amistad en el ámbito escolar (entre los años 2009 y 2014).

En ese sentido agrega que “P., B. donde residieron en abril de 2014 a julio de 2016 y los años anteriores de 2009 a 2014 todo el grupo familiar residió en la Argentina, entonces mal podría ser Barcelona su centro de vida, pasaron más años en la Argentina, sumado a que la progenitora se le vencerá su permiso de residencia en mayo de 2019, la misma no tiene ciudadanía española, que ha quedado demostrado la integración de A. y N. al presente ambiente en B., que es un lugar donde han pasado más tiempo, donde están sus abuelos, tíos, primos, amigos y sus colegios, art. 13 Convención de la Haya art 13 inc. b-ley 23857-sumado a que ejerzo la custodia tal como lo expongo “ ut supra” que al ejercía antes de llegar a la Argentina con las niñas” (fs. 290).

En definitiva concluye: “al no cumplirse con el derecho a la escucha ‘per se’ es una sentencia arbitraria y nula, en violación a las garantías constitucionales y convencionales, en perjuicio del interés superior de N. y N., toda vez que no se ha ejercido el derecho a la escucha que gozan, no se ha cumplido con el artículo 12 CDN, art. 24 ley 26061, en virtud de ello no pudieron ser escuchadas en las cuestiones relativas a su regreso a España y su opinión ser tenida en cuenta el cuál resulta esencial para resolución de la presente causa de marras (arts. 384 y ss CPCC, art. 12 CDN, art. 27 inc c) de la ley 26061, art. 13 inc. a y b. Convenio de La Haya, ley 23857 ... Por todo lo expuesto afirmo que, con

lo indicado “ut supra”, per se, mis hijas A. y N. han hecho operativa la excepción prevista en el artículo 13 de la Convención de La Haya, ley 23857, por lo que, a mi entendimiento, ya sea por la vía de la nulidad de las resoluciones dictadas sin participación de las niñas, o por la excepción aludida, corresponde suspender la ejecución de la sentencia dictada en autos” (fs. 289 vta. y 290 vta.).

III.

El recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

i. Razones de orden lógico me conducen a examinar, en primer término, los agravios vinculados con la legalidad del traslado o retención, en virtud de las críticas formuladas por el apelante respecto de la absurda valoración de la prueba efectuada por el tribunal en oportunidad de determinar la residencia habitual de las niñas A. (13) y N. (9) - v. (14/17 y ccs.-).

Al respecto, adelanto mi opinión según la cuál los agravios del impugnante carecen de entidad para conmover la argumentación desplegada por la cámara departamental para determinar la residencia habitual de las niñas A. y N. de confinidad con los términos del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, CH1 980) y con los criterios desarrollados por el Máximo Tribunal de la Nación y sostenidos por esa Corte (Fallos 318:1296;328:4511; 333:604; 333:2396; 334:913; 334:1287; 334:1445; 335:1559; 336:97; 336:658; 339:609, 339:849; 341:1136 ; 341:2019; SCBA, C 121.958, sentencia del 27 de junio de 2018, C 120.761, sentencia del 24 de agosto de 2018, C 120.328, sentencia del 19 de octubre de 201, C 119.110, sentencia del 10 de junio de 2015, entre muchas otras).

En esa línea cabe recordar el criterio sostenido reiteradamente por el Máximo Tribunal de la Nación, según el cual “en reiteradas oportunidades esta Corte ha dejado en claro que ‘la residencia habitual de un niño, en el sentido de dicho precepto, no puede ser establecida por uno de los padres, así sea el único titular del derecho de tenencia ... en fraude de los derechos del

otro padre o por vías de hecho' (conf. Fallos: 318: 1269). La adaptación de las niñas a la vida en este país tampoco resultaría, prima facie, un obstáculo para ordenar su regreso ya que la integración conseguida en el nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, ni es decisivo para excusar el incumplimiento de aquel aun cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo. La estabilidad lograda como consecuencia de un traslado ilícito a otro país por parte de cualesquiera de los progenitores, no es idónea para sustentar una negativa a la restitución (Fallos: 333:604; 334:1445; 336:97 y 339:609)" (Fallos 339:1534).

En particular, comparto los argumentos desplegados por la alzada para considerar aplicable a la especie el C.H. 1980 sobre la base de determinar que el traslado de las niñas A. y N. a nuestro país debe considerarse ilícito en los términos de los artículos 3 y 12 del Convenio por haberse producido en infracción al derecho de custodia atribuido con arreglo al derecho español- por considerar que era allí donde las niñas tenían su residencia habitual -y en virtud de la prescripción del artículo 12 que veda la posibilidad de admitir la integración al medio como motivo autónomo de oposición para el cumplimiento de la orden de reintegro en los casos en que se hubiera activado el mecanismo restitutorio dentro del plazo de un año a contar desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos (fs. 29, arts.3, 4, 12 y ccs. C.H. 1980, arts. 2614, 2642 y ccs. C. C. y C.).

Concretamente, la cámara departamental argumentó: "En este sentido, resulta trascendente el relato efectuado por el propio apelante, quien manifestó que se conoció con la actora durante 1993, contrayendo matrimonio recién en el año 2013. Que en el año 2006 fueron a España, naciendo allí su hija mayor A. el día 5/6/2006 (12 años de edad a la fecha -ver fs. 82/3-) y en el año 2008 retornaron a la Argentina, naciendo aquí su hija menor N. el día 14/01/2010' (8 años de edad al presente -v. fs. 84-). Quienes permanecieron en Argentina desde 2009 hasta que "... en Abril de 2014 decidimos establecemos nuevamente en España ... Que nuestra relación llegó a su fin, en esta última etapa, y de común acuerdo decidimos que yo regresaría a Argentina y la Sra.

A. permanecería en España y que las niñas viajarían conmigo para establecerse nuevamente en Argentina” ..., más este pretense acuerdo al que alude el accionado no ha quedado debidamente acreditado en autos, y uno solo de los progenitores -a raíz de la responsabilidad parental regulada en la legislación española aplicable- carece de autoridad exclusiva para disponer un cambio de residencia definitivo de las menores hacia el extranjero” (fs. 234 vta.).

En la misma línea, puntualizó: “No abrigó dudas en tomo a que la residencia habitual de las pequeñas inmediatamente anterior al cuestionado traslado a la Argentina junto a su progenitor a fines de julio de 2016, se encontraba en la ciudad de B., reino de España. Ello surge del propio relato del emplazado -como quedara expuesto- y de la documental remitida por la Autoridad Centra Argentina, acompañada con el libelo inaugural ... esto es: certificación del Ayuntamiento de P. acreditando - conforme padrón municipal vigente- el domicilio permanente de todos los miembros del grupo familiar en calle N.º 0012, P., B.; certificación de la escuela “M. P.” donde acredita que las niñas A. y N. son alumnas de dicho centro educativo, cursando allí en 2014/2015, 2015/2016 y se encontraban matriculadas para el año 2016/2017; tarjetas “A.S.C.” de seguro de salud de las menores en España .. ; de modo que -concordantemente con lo dictaminado por la señora Asesora de Incapaces actuante y receptado en la sentencia en crisis ... - entiendo que el traslado de las niñas efectuado por su padre a la República Argentina a mediados de 2016, resulta ilícito en los términos del C.H. 1980, pues a esa fecha ambos progenitores en ejercicio de la patria potestad son quienes debían determinar el domicilio de sus hijas, no pudiendo uno de los padres modificar por sí solo la residencia habitual de las niñas, salvo que cuente con el consentimiento del otro progenitor, recaudo que no puede tener por verificado en autos con la autorización en copia acompañada a fs. 92/6, de la que se desprende que la Señora L. I. A. G. autoriza al aquí demandado a viajar con las hijas de ambos, fuera del territorio español. Es que una mera autorización de viaje no conlleva la autorización para modificar unilateralmente el lugar de residencia habitual de las niñas; por lo que el último traslado de las mismas a la Argentina junto a su padre ha sido efectuado sin la correspondiente

autorización materna, cuya manifestación deber surgir de manera inequívoca. De conformidad con la hermenéutica efectuada por la comunidad jurídica española, acreditada a partir de las certificaciones acompañadas por la Autoridad Central Requirente, es posible concluir que el cambio de domicilio de un menor, su traslado a un lugar distinto al de su residencia habitual o al extranjero, constituyen decisiones de importancia en su vida y por tanto deberán ser adoptadas con el consentimiento de ambos progenitores con independencia de quien tuviera su custodia o, en su defecto, por previa autorización judicial extremos no acreditados en el sub examine (v. fs. 31/34, conf. art. 39 Const. Española; arts. 154, 156, 158, 159, 160, 236 y eones. Cód. Civ. español; 14 y 15 del C.H. 1980; 2595 inc. “a” C. C. y C. N.)” (fs. 235 y vta.).

Por último, agregó: “En tanto que la solicitud de restitución internacional de las niñas fue efectuada antes de que venciera el plazo de un año previsto en el primer párrafo del artículo 12 del C.H. 1980, pues basta con advertir que luego de obtener la progenitora la certificación de ilicitud del traslado de sus hijas a que alude el artículo 15 del C.H. 1980, presentó el pedido de restitución ante la autoridad central española, llegando el mismo a la Autoridad Central Argentina el día 24 de febrero de 2017. Sentado ello y en función del lamento esbozado en la memoria respecto del pretense arraigo de las niñas en la República Argentina por el tiempo transcurrido desde su ingreso al país a fines de julio 2016 a la fecha, creo oportuno recordar que el artículo 2614 del Código Civil y Comercial de la Nación en su último párrafo dispone que los niños niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente” (fs. 236).

Al respecto , se ha sostenido que “el artículo 15 dispone que las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una

decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase” (Scotti Luciana, “Las Garantías Fundamentales en el Procedimiento de Restitución Internacional de Niños”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia N.º 62, Abeledo Perrot, Buenos Aires, noviembre de 2013, pp. 125 - 156).

En síntesis, no sólo de la totalidad de las constancias detalladas en la sentencia impugnada se desprende que el quejoso y sus hijas residían en P., B., con anterioridad al traslado de las menores a la Argentina por parte de su progenitor y que el traslado a nuestro país fue realizado sin que exista norma ni decisión judicial ni acuerdo ni título o fuente equivalente que autorice al progenitor a decidir unilateralmente el lugar de residencia de las niñas o que acredite el consentimiento de la progenitora para ello -sin que resulte óbice la autorización notarial suscripta por la progenitora a fin de autorizar a sus hijas a viajar fuera del territorio español-, sino que ello surge de la propia certificación expedida por la autoridad judicial española de conformidad con el artículo 15 del C.H. 1980 (fs.29,31/4, 92/6; arts. 3, 5, 15 y ccs .. C.H. 1980, Rubaja, Nieve, *Derecho Internacional Privado de Familia*, op. cit., pp.482- 7op.cit).

Ninguno de estos extremos ha sido cuestionado por el recurrente quien, en su lugar, se ciñó a denunciar que “la Cámara omitió considerar que con anterioridad al tiempo que residieron en B. (Julio de 2014 a julio de 2016), a las niñas permanecieron en nuestro país, donde forjaron relaciones de amistad en el ámbito escolar (entre los años 2009 y 2014)”.

Al respecto, resulta preciso recordar que “La residencia habitual es una cuestión de hecho, es distinta a la noción de domicilio, y tampoco es una cuestión matemática que simplemente surge de sumar el lugar en el que

el niño tuvo mayor permanencia” (Goicochea, Ignacio, “Aspectos Prácticos de la Sustracción Internacional de Menores”, AR/DOC/7199/2012).

En definitiva, el impugnante no ha intentado conmovier los datos facticos ni jurídicos reseñados como prueba y fundamento de la decisión que determinó que al momento del traslado de las niñas -30 de julio de 2016 v. fs. 10-12- la residencia habitual de los menores de edad se hallaba en España (Fallos 341:2019).

ii. Analizada la cuestión vinculada con la acreditación del traslado o retención ilícitos, corresponde examinar los restantes agravios dirigidos a cuestionar la vulneración del derecho de las niñas a ser oídas sin contar con debido patrocinio letrado en el acotado marco de debate autorizado por el Convenio de La Haya (arts. 13 y 20 C.H. 1980).

Al respecto, ha sostenido reiteradamente la Corte Federal que “el mencionado convenio determina como principio la inmediata restitución del menor y, en consecuencia, las excepciones a dicha obligación son de carácter taxativo y deben ser interpretadas de manera restrictiva a fin de no desvirtuar su finalidad ... En tal sentido, esta Corte ha señalado que las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción revelan el carácter riguroso con que se debe ponderar el material factico de la causa a los efectos de no frustrar la efectividad del C.H. 1980” (conf. Fallos: 3 18:1269; 328:4511 y 333:604; 336:638).

Entre las excepciones autorizadas, el artículo 13 tercer párrafo del C.H. 1980 establece: “La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse u ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta su opinión” (art. 13 C.H. 1980).

Sobre esta particular excepción, el Máximo Tribunal de la Nación sostuvo: “En el marco convencional la ponderación de la opinión

del niño no pasa por la indagación de su voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores ... En razón de su singular finalidad, el C. H. 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario, la posibilidad del art. 13 (penúltimo párrafo) sólo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas, sino al reintegro al país de residencia habitual y, dentro de esta área puntual no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar” (Fallos 336:97, 336:849; 335:1559).

En la misma línea, esa Corte señaló “Pero existe consenso en la comunidad internacional en que el menor no sólo debe oponerse a la restitución, sino que debe demostrar un sentimiento fuerte más allá de la mera expresión de una preferencia o deseo ... Debe mediar un repudio irreductible a regresar al lugar de su residencia habitual para lo cual resultan relevantes la naturaleza y solidez de sus objeciones, así como sus motivos sensatos ... Y en este aspecto, una oposición a la vida con el progenitor solicitante debe distinguirse de una objeción a la vida en el país de su residencia habitual ... Sólo un repudio irreductible de los menores a regresar al lugar de su residencia habitual autorizaría a tener por acreditada esta excepción a la restitución.” (SCBA, C 119986, sentencia del 20 de abril de 2016, entre otras).

Dichos extremos -sin perjuicio de las dificultades interpretativas planteadas respecto de la evaluación y del grado de injerencia que cabe reconocer a la ‘opinión’ del niño en el ámbito de aplicación de los convenios de cooperación en materia de restitución internacional- tampoco han sido cuestionados por el recurrente quien, en su lugar, se centró en impugnar la escucha de las niñas por haber sido llevado a cabo sin la presencia de un abogado de su confianza (Basset Úrsula, “Restitución internacional de menores: ¿Una crisis de paradigmas en torno a la protección de los niños”, AR/DOC/3963/2013; Goicochea Ignacio, Rubaja, Nieve, “Procedimiento de Restitución Internacional de Niños: pautas imprescindibles para la eficiencia del mecanismo

convencional”, AR/DOC /2781/2015 ; Mizrah Mauricio, “Traslados ilegales de niños”, AR/DOC/1404/2016; Rubaja Nieve, *Derecho Internacional Privado de Familia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp.510-513; Scott Luciana, “Nuevos paradigmas sobre infancia y adolescencia en el marco de un caso de restitución internacional de niños”, D. F. y P. 2017 (diciembre,) 15/12/2017, 191).

De ello cabe concluir que los términos de los agravios traídos sobre este tópico tampoco resultan atendibles por resultar palmariamente insuficientes para configurar el supuesto de excepción autorizado por el artículo 13, tercer párrafo del C.H. 1980.

Sin perjuicio de ello, y en mérito a los delicados intereses en juego, diré que tampoco resultan ajustados los agravios planteados respecto de la afectación del derecho de las niñas a ser oídas por haber sido citadas sin debido patrocinio letrado.

En primer término, resulta preciso resaltar que las constancias de fs. 143 y 231 dan cuenta de que los jueces de primera y de segunda instancia y el ministerio público han dado cumplimiento con el deber de tomar contacto directo con las niñas con carácter previo a resolver la restitución reclamada.

Al respecto, el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños elaborado por la Oficina Regional para América Latina de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en coordinación con la Red Nacional de Jueces de Familia para la Protección y Restitución Internacional de Niños y la Jueza de la Red Internacional de Jueces de La Haya en el mes de diciembre del año 2016 establece que “Los niños tienen derecho a participar activamente y a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, conforme a su edad y grado de madurez y, de ser posible, con el auxilio de equipos técnicos especializados en niñez y adolescencia. Se debe dar al niño información

completa, accesible y apropiada a la edad, respecto de la situación que lo involucra y sobre la cual se va a manifestar. Para ello, resulta fundamental tomar precauciones tendientes a reducir el riesgo de posibles consecuencias negativas para el niño, a raíz de su participación en el proceso. Asimismo, debe darse al niño una respuesta clara acerca de cómo influirá su participación en la decisión y de las causales de excepción, entre las que cabe mencionar la oposición del menor a su restitución” (Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños, p.3).

Es decir, el citado protocolo reproduce en su ámbito de aplicación el estándar convencional que establece el derecho de todos los niños a ser oídos en todo procedimiento que los afecte y a que su opinión sea tomada en cuenta de conformidad con su edad y grado de madurez (arts. 3, 5 y 12 C. D. N., Observación General N.º 12/2009 del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado y Observación General N.º 14 / 2013 sobre el derecho del niño a que su superior interés sea una consideración primordial Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Atala Riffo vs. Chile” (2012), párrafos 199 y ss.; “Furlán vs. Argentina” (2012), párrafos 230 y ss.; “Gelman vs, Uruguay” (2012), párrafo 129; 3, 24 y ccs. Ley 26061; arts. 24, 25, 26, 639, 707 y ccs. C. C. y C.; art. 4 y ccs. ley 13298 y sus modificatorias; SCBA, C. 78.728, sentencia del 2 de mayo de 2002; C. 100.970, sentencia del 10 de febrero de 2010; C. 107.820, sent. del 11-8-2010 y C. 91.622, sent. del 26-10-2010, entre otras).

En esa línea ha sostenido esa Corte que “Emitir un pronunciamiento judicial en un caso de restitución internacional de menores sin conocer y oír previamente a los niños involucrados constituye una clara vulneración de sus derechos humanos básicos ... La opinión que los niños puedan poseer sobre el tópico (art. 13, 4 y 5 párr., C.H. 1980) debe ser pasada por el rasero que implican su edad y grado de madurez., para lo cual es imprescindible al juez conocerlos y ponderar cuidadosamente las circunstancias que los rodean, balanceándolas mesuradamente en relación

con las restantes connotaciones que presente el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público y particularmente con la índole del derecho en juego (conf. Ac. 78.728, sent. del 2-V-2002).” (SCBA; C C19986, sentencia del 20 de abril de 2016).

En este punto, y en mérito a los agravios planteados, considero preciso destacar la distinción que corresponde efectuar entre el deber del juez de escuchar al niño de conformidad con los estándares citados, con el derecho de los niños a participar de forma autónoma y con asistencia letrada, de conformidad con su edad y grado de madurez (artículos 25, 26, 677 y ccs. C. C. y C.; 27 ley 26061 y 27 dto. 415/06; 1 ley14568 y decreto 62/2015; Fallos 333:2017; 335:1136; Dictamen de la Procuración General de la Nación en autos “B., C. R y otros c/ T., R E. si tenencia de hijos” de fecha 9 de agosto de 2018; SCBA, C 121733, resolución de fecha 27 de junio de 2018).

En efecto, mientras la escucha del niño es un deber insoslayable del juez, el derecho de los niños o adolescentes a participar por derecho propio con asistencia letrada es una facultad que podrán ejercer (o no) y que deberá reconocerse de conformidad con el principio de autonomía o capacidad progresiva que supone el establecimiento de una gradación evolutiva para el ejercicio de los derechos, en función de la edad y del desarrollo psicológico, físico y social de los niños y que, en el caso de los adolescentes, corresponde presumir.

Sobre este punto se ha señalado “Más allá de lo expuesto, cabe aquí formular una aclaración: en los procesos de familia que se dirimen entre los progenitores el derecho a participar activamente que recoge la ley 26061 es precisamente esto, un derecho, una facultad del niño o adolescente, no un deber. Ello implica que este tipo de juicios no resulta necesario integrar la litis con el traslado de la demanda al niño, puesto que no siempre éste desea verse involucrado en el proceso; de lo contrario cabría aplicarle las consecuencias de la rebeldía para el caso de no presentarse en

juicio, cuestión que evidentemente resulta opuesta a la protección de su interés superior. Es él y sólo él quien decide si quiere participar. Si lo hace, tendrá derecho a ofrecer prueba, solicitar medidas cautelares, recurrir las resoluciones, etc. Si ello no ocurre, no se podrá extraer ninguna consecuencia adversa de su falta de participación ... “(Farná, María Victoria, “Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de Familia”, SJA, 1/7 /2009)”.

Una interpretación diferente, no sólo confunde un deber - pasible de sanción de nulidad - con el ejercicio autónomo de un derecho, sino que se muestra reñida con el régimen legal de capacidad, asistencia y representación establecido para las personas menores (Farná, María Victoria, “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, AR/DOC /3698/2015; Highton, Elena I., “Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial”, La Ley 13/04/2015).

En definitiva, entiendo que la garantía fundamental de conocer y oír a las niñas con carácter previo a resolver un caso de restitución internacional ha sido adecuadamente cumplimentada con la escucha personal y directa efectuada por los jueces y por el ministerio público en primera instancia y en la alzada departamental (fs. 143 y vta. y 231).

IV.

En virtud de estas consideraciones, entiendo preciso propiciar a VE el rechazo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que dejo examinado.

La Plata, 10 julio de 2019.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 123.064-1

**“A. Ch. S. E. A. c/ G. R. E. s/ incidente de modificación de
tenencia de hijos”, fecha: 23 de abril de 2019**





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

“A. Ch. S. E. A. c/ G. R. E. s/
incidente de modificación
de tenencia de hijos”.

C 123.064-1

Suprema Corte de Justicia:

I.

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

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

II.

Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley

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

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

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

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

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

Al respecto sostiene que “es absurdo, parcial y arbitrario sostener que no hay un informe pericial que acredite que las circunstancias

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

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

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

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

En tercer lugar, se queja por considerar que el fallo en crisis vulnera la disposición del artículo 1777 del Código Civil y Comercial y la doctrina legal de esa Corte en materia de prejuizgamiento, al desconocer los

efectos de la absolución recaída en el fuero penal por entender que la misma se encuentra fundada en cuestiones técnicas y en el beneficio de la duda (fs.946 vta. y 947).

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

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

A ello agrega: “queda evidenciado que si no hubo materialidad delictiva del delito de abandono no hay autoría y el reproche en sede civil debe cesar. Más aun la Casación pone en duda directamente la existencia de los hechos. Ha dicho la Suprema Corte a este respecto: si el juez penal entendió que no podía afirmarse la existencia de relación causal entre la conducta médica y el posterior fallecimiento de la víctima y que la no haberse podido detectar el origen del proceso infeccioso tampoco se acreditó la “materialidad ilícita

del delito”, tales conclusiones recaídas en el fuero represivo no pueden volver a discutirse en sede civil” (SCBA ,LP 105694 S 14 /03 /2012)” (fs. 946 vta. y 947).

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

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

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

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

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

III.

El recurso debe prosperar

Liminarmente, resulta preciso recordar que “La apreciación de las circunstancias del caso para determinar la custodia personal de los menores de edad, en función del interés de los mismos y de la idoneidad de los padres, es una cuestión de hecho, privativa de las instancias ordinarias, cuya decisión solo puede ser revisada en el caso de que se hubiera configurado absurdo” (SCBA; C 121539, sent. del 25 de abril de 2018).

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

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

Precisamente es la condición de ‘excepcional’ la que reclama al intérprete el deber de robustecer las razones para inaplicar la regla

(Mizraht Mauricio, “El cuidado personal del hijo en el Proyecto de Código”, La Ley, 20/05/2013 y del mismo autor Responsabilidad Parental, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 386).

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

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

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

Concretamente la alzada señaló: “.. los niños, que han pasado la mayor parte de su vida conviviendo con su progenitor en la ciudad de B B (art. 653 inc. d) C.C. y C.N.) vienen asistiendo al mismo establecimiento educativo con buenos resultados, encontrándose adaptados a el -ver informes

socio ambientales de fs. 407 y 795-. A lo que cabe agregar que ambos menores, han manifestado encontrarse a gusto viviendo con su padre y con N.- la pareja del accionante” (fs. 927 y vta).

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

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

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

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

En efecto, y tal como lo destaca la alzada, resulta incuestionable el carácter primordial que reviste el principio de estabilidad o ‘statu quo’ para la determinación de la modalidad de cuidado de los hijos, sin embargo, dicha circunstancia no permite soslayar la trascendencia que

corresponde atribuir a la opinión de los niños -actualmente de 10 y 12 años-en oportunidad de adoptar la solución que mejor garantice su bienestar (Mizrahi, M., Responsabilidad Parental, op.cit., p. 399 y ss.).

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

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

Es que, con posterioridad a los informes ambientales valorados en la sentencia impugnada -fs. 407/8 y 795 elaborados en marzo de 2012 y abril de 2014, respectivamente- se celebró una audiencia en presencia de los niños, las peritos psicóloga y asistente social el representante del ministerio público y el juez en la que se destacó “En primer término la perito psicóloga y la perita asistente social hacen ingresar a los niños para conversar y jugar. Luego de transcurrido un tiempo en el que juegan, responden a preguntas de la vida cotidiana y se le administran técnicas gráficas (dibujo libre y persona bajo la lluvia) se indaga sobre si conocen el motivo por el cual se encontraban en esta sede, respondiendo F. de manera espontánea que era para saber con quién querían

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

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

libremente, sino que además no ha cercenado la imagen materna de los niños” (fs. 831 y 32).

En suma, de los elementos de juicio agregados con posterioridad a los informes ambientales tenidos en cuenta por la alzada para resolver (fs. 407 /8 y 795) surge con claridad no sólo el deseo manifestado por los niños -en ese momento de 6 y 7 años- de querer convivir junto a su madre, sino también las consideraciones efectuadas por el juez, las perito psicóloga y el representante del Ministerio Público respecto de que esa opinión expresa una voluntad real, es decir, libre de condicionamientos o influencias por parte de los adultos (fs. 822/3 y 830/32).

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

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

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

Al respecto, tiene dicho reiteradamente ese Alto Tribunal “escuchar al menor no implica que eventualmente no puedan desatenderse sus preferencias expresadas, si de los elementos obrantes en poder del juez, en particular los provenientes de una objetiva valoración de su medio, para lo cual cabe contar con el aporte inestimable de asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés, en cuyo caso se torna necesario equilibrar esa posible frustración mediante adecuados auxilios terapéuticos y fundamentalmente orientándolos a la comprensión de la

decisión y sus motivos. De todos modos, es menester que en tales supuestos de colisión con el deseo del menor el juez exprese los motivos de su apartamiento de la opinión recogida” (SCBA, C. 78.728, sentencia del 2 de mayo de 2002; C 99.273 sentencia del 21 de mayo de 2008; C. 107.820, sentencia del 11 de agosto de 2010 y C. 91.622, sentencia del 26 de octubre de 2010, entre otras).

En otras palabras, la obligación del juez de tener debidamente en cuenta la opinión de los niños en esta clase de procesos supone el deber de incorporar, entre los fundamentos, los motivos por los que estima conveniente considerar o apartarse de su opinión, máxime si se tiene en consideración las edades de los niños de conformidad con el principio rector de capacidad o autonomía progresiva (arts.26, 639, 653, 707, y ccs C. C. y C. ;Comité Derechos del Niño, OG12/2009, párr. 45; CIDH, “Atala Riffo vs. Chile” (2012) , párr. 196-208; Famá María V., “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, La Ley, 20 de octubre de 2015; Fernández Silvia E., “Nuevos perfiles del derecho de comunicación en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Abeledo Perrot, RDF N.º 72, Noviembre de 2015, p. 129; Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan Mariel, “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”, R. C. C. y C. 2015, noviembre de 2015).

Sobre este punto se ha señalado que “... resulta fundamental, tomar precauciones tendientes a reducir el riesgo de posibles consecuencias negativas para el niño, a raíz de su participación en el proceso. Asimismo, debe darse al niño una respuesta clara acerca de cómo influirá su participación en la decisión” (*Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños* en relación con la participación del niño en los procesos, 2016, p.3).

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

En primer lugar, debido a la valoración fragmentada del material probatorio tendiente a determinar la aptitud de ambos progenitores para ejercer la función parental y, en segundo lugar, debido a la ausencia de elementos dirigidos a evaluar la situación actual de los niños y el impacto de la decisión en su estabilidad emocional en virtud del prolongado tiempo transcurrido desde la realización de las pericias psicológicas y ambientales hasta el dictado de la decisión impugnada (Fallos 333:941 y 331:1776; SCBA C 118503, sentencia del 22 de junio de 2016; C 120208, 21 de diciembre de 2016; C 122501, entre otras.).

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

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

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

(fs. 586 vta.). En igual sentido, los informes ambientales obrantes a fs. 407/8 y 860/3 dan cuenta de las buenas condiciones afectivas y materiales existentes en los domicilios de ambos progenitores.

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

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

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

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

En particular relación con la prueba destinada a evaluar el impacto de la decisión en la vida de los niños, únicamente se cuenta con el informe ambiental elaborado en el mes de marzo de 2012 a fs. 406/8 - y ampliado en el mes de octubre del año 2014 a petición del representante del ministerio público (fs. 788, 795, 800 y vta. y b 810 y vta.)- y con la pericia psicológica realizada a los niños en el mes de junio del año 2015 (fs. 831/2).

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

Sobre este punto, al Máximo Tribunal ha sostenido que “el superior interés de la infancia es un concepto abierto. Consecuentemente, en el desenvolvimiento de su ministerio - eminentemente práctico- los jueces están llamados a asignarle unos contenidos precisos y, al mismo tiempo, a dar buenos fundamentos acerca de la selección que realicen para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales. De ello se sigue que la determinación de ese mejor interés, hará necesaria la intervención de especialistas, quienes han de transmitir al tribunal las comprobaciones y resultados de su actividad. Y, al hacerlo le suministrarán elementos para la formación de su convencimiento, con relación a temas cuya aprehensión va más allá de la ciencia jurídica. También he señalado en otras oportunidades que, si el perito es un intermediario en el conocimiento judicial y si en los saberes no jurídicos, esa mediación resulta fundamental, es indudable que la

opinión profesional coadyuva eminentemente en la configuración regular de las decisiones judiciales. Tanto más, en ámbitos donde la complejidad de los nexos humanos, reclama a menudo el apoyo técnico, a punto tal que se ha llegado a decir que el deber tutelar del Poder Judicial no puede desarrollarse sin la concurrencia de personas calificadas en las disciplinas de la salud, como tampoco sin la investigación de los datos de la realidad que, para su comprensión, requieren de dichos auxiliares (v. en lo pertinente, dictámenes de Fallos: 331:941 [punto VIII]; Fallos: 331:2109 [punto IV], y sus citas)” (del dictamen de la Procuración General de la Nación en Fallos: 333:1776).

En definitiva, entiendo que si bien el principio de estabilidad resulta una pauta insoslayable para la determinación de la cuestión vinculada con la residencia de los hijos con posterioridad al cese de la convivencia de sus progenitores, su aplicación no exime al juzgador de efectuar una labor hermenéutica destinada a conjugar, con la actualidad suficiente, los elementos de juicio indispensables para la determinación de la solución que mejor satisfaga el bienestar de los hijos -entre los que resulta insoslayable la opinión expresada por éstos- , en especial cuando se decide aplicar un régimen de cuidado personal excepcional (SCBA C 118.503, sentencia del 22 de junio de 2016; C 120.208, 21 de diciembre de 2016; C 122.501, entre otras).

IV.

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

La Plata, 23 de abril de 2019.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121. 612-1

**“ M., V. y otro s/ Homologación de convenio”, fecha : 10 de
septiembre, de 2018**





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

“M. V. y otros/
homologación de convenio”

C 121.612-1

Suprema Corte de Justicia:

I.

La Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de la Plata con fecha 21 de marzo de 2017 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 L. P. por considerar que la decisión de la madre de mudar el domicilio de sus hijos a la ciudad de T. A. fue unilateral e inconsulta (fs. 164/7).

Contra tal forma de decidir se alzó la progenitora de los niños, V. M., con patrocinio letrado particular, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de Ley obrante a fs. 171/182 (fs.183, 199/200 y 212/228).

II.

Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

La quejosa denuncia la violación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en especial el artículo 3 primer párrafo de conformidad con la Observación General 14/2013 del Comité de Derechos del Niño, de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la ley nacional 26.061 y su decreto 415/06, de la ley 14.568 sobre abogado del niño de la Provincia de Buenos Aires, de los artículos 638, 639, 641, 642, 646 y ccs. del Código Civil y Comercial de la Nación y del artículo 34 inc. 4 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 173 y vta., 176 vta. y 178).

En particular, centra sus agravios en considerar que la decisión de obligar a la progenitora a reintegrar a sus hijos a la ciudad de L. P.,

evidencia una errónea aplicación al caso de la noción de “centro de vida”, del principio rector del interés superior del niño y de su derecho a ser oído y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta.

Concretamente alega que “El fallo expresa que el análisis debe partir del concepto de superior interés del niño definido como ‘la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley’ (art. 3, ley 26061), el cual debe respetar, entre otras cuestiones, su ‘centro de vida’ (inc. f), entendiéndose por éste el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubieren transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia’; y cita jurisprudencia de la S.C.B.A. del año 2012 - C 115.227 in re ‘F. C. J. contra C. M. L. s/ tenencia de hijo’. Dicho fallo aborda una casuística que no guarda relación con el presente ni con la realidad de L. y de S. pues dirime un conflicto de competencia, cuestión que no se plantea en los presentes autos. En él se expresa que es la residencia del niño el eje a tener en cuenta para determinar el juez competente; que se desplaza el centro de imputación, es el niño quien debe indicar el eje a tener en cuenta para determina su domicilio legal, sin perjuicio del que tienen sus representantes legales. El punto de conexión debe ser su centro de vida, el lugar de residencia habitual. En ese marco conceptual debería el sentenciante haber revocado el fallo del *a quo* y requerir las medidas necesarias en términos de velificar la vida de L. de S. en T. A. Esa hubiera sido la correcta aplicación de la ley. La sentencia cita la normativa nacional-art. 716 C. C. C. N. y 3 inc. f) ley 26061 pero no fundamenta la aplicación de la misma en la vida de L y de S. definido la tutela de los derechos de L. y de S. en su superior interés valorando su situación vital y su actual entorno social. Ello pues no se aplican correctamente los preceptos legales cuando la valoración jurídica hace caso omiso de las circunstancias fácticas” (fs. 174 vta.).

Más precisamente afirma que “El fallo no da razón de decisión que impone la vida en L. P., tampoco da fundamento del riesgo cierto que ha implicado para la y para S. el traslado a la ciudad de T. expresa que a los chicos no les favorece la ciudad de T. A. ... La sentencia sin analizar a la luz de la vida que

desarrollan. La sentencia NO FUNDAMENTA NI JUSTIFICA el motivo por el cual se hace lugar a una medida cautelar” (fs. 175 y vta.).

En esa línea, se pregunta “¿Es acaso, todo ello, actuar bajo el principio del interés superior de L. y S.? ¿no sería conveniente darle presencia y voz a L. y a S.? Porque parece que lo que está escrito merece lecturas diversas. L. S. no manifiesta procesalmente la necesidad de ver a su papá. No obstante, se encuentra acreditado en la causa penal como les ha afectado cuando la abuela y tía paternas han invocado la posible presencia del padre en los encuentros que mantenían. No da cuenta la sentencia de ello ni analiza a la luz del superior interés de los niños lo más conveniente” (fs. 176).

En el mismo sentido alega que el fallo que impugna desconoció las circunstancias fácticas que hacen a la vida familiar de los niños. Señala que ella es sostén alimentario de sus hijos (ya que el progenitor incumple con la cuota alimentaria), que el progenitor no mantiene contacto con sus hijos hace dos años y siete meses en virtud de las conductas acreditadas en la causa caratulada “R. J. P. s/abuso sexual” (siendo únicamente la abuela y los tíos paternos de los niños los que mantiene comunicación con los niños los fines de semana) (fs. 175 y vta.).

Sobre ese punto destaca que “La vida en L. P. significaba un nivel de exigencia laboral que impedía compartir momentos con ellos, sin poder con el tiempo aspirar a mejorar la calidad de vida de mi familia, todo lo que trae aparejado un cambio que considero favorable y necesario, en cuanto a la vida cotidiana de mis hijos y la mía. Brindándonos la posibilidad de compartir el tiempo sin tantas restricciones, desde lo afectivo hasta lo económico” (fs. 175 y vta.).

En relación con la aplicación al caso del principio de interés superior del niño y de su derecho a ser oídos señala “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. En la motivación se deben señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho

referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en el caso concreto y la manera en la que se han ponderado. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que ha tornado (OG. N. 14 -La Argumentación Jurídica- Párrafo 97). El destacado es propio. No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras cosas consideraciones que prevalecieron frente al interés superior. La manda convencional y constitucional es escuchar a los niños y actuar en consecuencia. La Cámara Segunda Sala II citó a L. y a S. - ver acta fs. 160-, pero no da cuenta en el fallo de lo sucedido en dicho encuentro. Sus manifestaciones, las impresiones de los jueces al estar y conversar con los niños no han sido desarrolladas en sentencia en crisis de manera de poder sopesar los intereses en juego y el modo en que el *ad quem* tutela a los niños. Se aplica erróneamente el art. 3 de la ley 26061 pues la OG 14 sobre el Interés Superior del Niño en su correlato con la OG 12 sobre el Derecho a Ser Oído requieren garantizar las condiciones de expresión y reflejar cabalmente dichas expresiones. En ningún pasaje del fallo en crisis se cita la palabra de los niños que han podido expresarse en audiencia y resulta una artificiosa interpretación en manos de los camaristas de lo que consideran mejor para L. y S. sin dedicarles un solo párrafo a sus dichos y vivencias del caso de autos. La citación de L. y S. sin abogado del niño incumple con lo dispuesto en el art. 27 de la Ley N.º 26061, el Decreto 415/06 y la Ley N.º 14568 de Abogado del Niño en la Provincia de Buenos Aires” (fs. 177 vta. y 178).

Asimismo agrega que “Pero la escucha que se realiza debe traducirse en explicitar las expresiones y luego desplegar las razones que dan lugar a la toma de determinada decisión. Los jueces no dan razón de cuál es el riesgo cierto en el traslado de mis hijos, declaman en abstracto cuando expresan ‘ni que ni alejarlos de su lugar de residencia habitual resulte beneficioso para ellos” (fs. 179 vta.).

Por último, cuestiona el tramo de la sentencia de Cámara que afirma que “... el concepto técnico de centro de vida se construye a partir de considerar historia de los niños en tanto sujetos de derechos ... Los

elementos locativo y temporal y la existencia de condiciones legítimas conforman el núcleo a partir del cual corresponde determinar el concepto de centro de vida sin desconsiderar el contexto familiar, social y psicológico en que se despliega la existencia de los niños”. En este tramo alega la quejosa que la cámara aplica erróneamente la ley al hacer prevalecer el factor temporal respecto de otros factores jurídicos determinantes (fs. 180 vta. y 181).

En relación con ello sostiene que “De esta manera la sentencia entiende al ‘centro de vida’ como un concepto estático y con pretensión de permanencia, pues el dinamismo es el que homogeniza al factor tiempo. Por ello no importa el quantum temporal acumulado en el lugar si no lo que importa es la vitalidad de la instalación. Las condiciones de vida legítima son un resultado de la conglomeración de varios factores no repelentes entre sí y de criterio extrajurídico -económicos, sociales, culturales, afectivos-. Por ello el tiempo transcurrido en L. P. no necesariamente implica el cumplimiento total de las condiciones de vida legítima. La sentencia no fundamenta por qué L. y S. no tienen las mismas condiciones de vida en T. A. que en L. P. Si tanto en T. A. como en L. P. ambos asisten a un colegio que les gusta, pudieron hacer amistades, realizan tareas recreativas en familia y se rodean de el ambiente de cariño familiar, bienestar físico y psíquico y ello es sustentable económicamente. La sentencia en crisis se divorcia de la situación fáctica de L. y de S. situación actual, resulte beneficiosa en algún sentido de la vida de L. y S.” (fs. 181).

En sustento de su posición, cita el precedente C. 119645 del 4 de noviembre de 2015 de esa Suprema Corte conjuntamente con la sentencia “R.J.D. vs D.M.R. s/tenencia” del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes y destaca que en ambos se ha desplazado el criterio vinculado con la legitimidad o licitud del traslado a la hora de determinar jurídicamente el centro de vida de los niños (fs. 180 y vta.).

En definitiva, concluye que “El resolutorio en crisis resulta un artículo doctrinario que describe el interés superior del niño sin considerar la situación actual de L. y S., sin evaluar la medida en la cual los puede

afectar lo resuelto en autos resultando un, fallo dogmático, carente de sustrato material en el cual enclavarse” (fs. 181).

III.

De la lectura de los agravios se advierte que el recurso que aquí se examina tiene por objeto que se revoque la sentencia que dispone el reintegro de los niños a la ciudad de L. P., sobre la base de alegar que dicha solución no se corresponde con adecuada aplicación al caso del principio rector del interés superior de niño.

Adelanto mi opinión según la cual, el recurrente, no alcanza a conmover los sólidos fundamentos brindados por la alzada departamental para decidir como lo hizo.

En primer lugar, entiendo que la queja vinculada con la inaplicación al caso del principio rector del interés superior del niño -fundado, principalmente, en la falta de motivación y en la ausencia de medidas especiales destinadas a comprobar ‘la nueva realidad de vida de los niños en T. A. -resulta una afirmación generalizada por ello insuficiente para rebatir el argumento central desplegado por la alzada para decidir la imposibilidad de determinar el centro de vida o residencia habitual de los niños sobre la base en un traslado o retención ilícitos.

Concretamente la Cámara fundó su decisión en estos términos: “En casos como el de autos, en el, que se encuentran en discusión cuestiones atinentes a personas menores de edad, el análisis debe partir del concepto del superior interés del niño, definido como ‘la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley’ (art. 3 ley 26061), el cual debe respetar entre otras cuestiones ‘su centro de vida’ (inc. f) entendiéndose por éste “el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia (SCBA C 115227 in reu ‘F.C.J. contra C.M.L., tenencia de hijo” sent. del 14-3-12). El concepto técnico del centro de ida se construye a partir de considerar la historia de los

niños en tanto sujetos de derecho (conf. arts. 716 C.C.C.N., 3 inc. a ley 26061). Los elementos locativo y temporal y la existencia de condiciones legítimas conforman el núcleo a partir del cual corresponde determinar el concepto centro de vida sin desconsiderar, por supuesto, el contexto familiar, social psicológico en que se despliega la existencia de los niños ... Como es sabido, la decisión del traslado de los niños adoptada unilateralmente por el progenitor conviviente sin consultar consensuar con el otro, conculca los derechos y deberes que la responsabilidad parental acuerda al primero (arts.638,639,641,642,646 C.C.C.N.). En el caso de autos, el cuidado de los niños fue atribuido a la madre de común acuerdo, convenio en el cual se pactó un régimen comunicacional (fs. 14/15, 20). Por lo que la alteración de esas pautas, alcanzada por la preclusión y por tal con valor de ley para las partes, implica para ambos que, para apartarse de su contenido, deba existir conformidad entre los padres o una nueva decisión judicial No obstante, la medida de restricción dispuesta en los autos “M. V. s/Medidas Precautorias”, en trámite por ante el Juzgado de Familia N.º 5 departamental (v. fs. 212) la recurrente no puede obviar unilateralmente, sin el aval de una decisión judicial -en caso de disenso con el padre- una situación con respaldo jurisdiccional La posibilidad de mudar el domicilio de ella y los niños debió ser planteado previamente en la causa judicial y no informar a posteriori de ejecutada la acción. Por ello, no le asiste razón a la apelante cuando expresa que ante el escrito que presentó -haciendo conocer que se había mudado a T. A. con los niños- el a quo debió disponer las medidas del caso y solicitar informes para conocer situación de los niños (fs.124 vta.), pues todo ello debió ser solicitado por ella con anterioridad, a fin de demostrar la conveniencia para sus hijos del cambio de su residencia habitual” (fs. 165, 166 y vta.).

Del análisis de los agravios y de la decisión impugnada se advierte que la cuestión a dilucidar se centra, en rigor, en la controversia sobre el establecimiento de las pautas que resultan relevantes para la determinación, en concreto, del concepto de centro de vida del niño.

Como surge de la transcripción efectuada del tramo de la sentencia irripugnada, el fundamento del decisorio se basó en la concreta

aplicación de la regla establecida en el artículo 716 del Código Civil y Comercial de conformidad con el inciso f) de artículo 3 de la ley 26061 y la jurisprudencia consolidada en ese sentido (Fundamentos de Anteproyecto del Código Civil y Comercial).

En efecto, el artículo 3 inciso f) de la ley 26061 establece que “... A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: ... 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 e adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquier 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”.

En concordancia con ello, el decreto reglamentario 415/06 reafirma que “El concepto de ‘centro de vida’ a que refiere el inciso f) del artículo 3° se interpretará de manera amónica con la definición de ‘residencia habitual’ de la niña, niño adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad”.

Ese criterio ha sido asimismo sostenido por esa Corte provincial en los precedentes Re. 115227 (sent. del 14 de marzo de 2012) y C 117874 (sent. del 11 de junio de 2014) -coincidentes con las opiniones esgrimidas por esta Procuración General- y ratificado mediante las resoluciones dictadas en las causas C. 119.984 (sent. del 15 de julio de 2015), C.120271 (sent. del 7 de octubre 2015), C.120.602 (sent. del 22 de marzo de 2016), C.121.599 (sent. del 23 de mayo de 2017), C.121.725, (sent. del 5 de julio de 2017), C.122.214 (sent. del 21 de febrero de 2018), entre otras.

En la misma línea se ha pronunciado el Máximo Tribunal de la Nación en Fallos 338:1149 (sent. del 27 de octubre de 2015), “M.J.C. y otros s/guarda con fines de adopción” (sent. del 21 de febrero de 2017); 340:415 (sent. del 11 de abril de 2017); “F. S. D y otro c/M.S.C. s/reintegro de hijo” (sent. del 19 de septiembre de 2017), “A. P. G. C. el S.M.L. s/ denuncia por violencia familiar” (sent. del 22 de mayo de 2018), entre muchas otras.

En virtud de ello resulta insoslayable reconocer que, de conformidad con la ley y con la jurisprudencia aplicable, la ilicitud o la ilegitimidad que dieron lugar al traslado o retención resulta una consideración ineludible para la determinación en concreto de la noción del centro de vida como pauta derivada de la aplicación del principio rector del interés superior (cont: arts. 716 y 2614 C. C. y C., art. 3 ley 26.061 y art. 3 decreto reglamentario 415/06).

En tal sentido, es posible advertir el esfuerzo evidenciado por la impugnante para intentar conmover el argumento principal del decisorio: el carácter unilateral inconsulto e ilícito del traslado efectuado por la progenitora de los niños. A tal efecto la quejosa invoca el precedente C. 119.645 de esa Corte (sent. del 4 de noviembre de 2015), en el que V.E. se aparta de la pauta de ‘legitimidad’ y declara como ‘centro de vida’ el lugar a que los niños fueron trasladados sin el consentimiento materno ni la correspondiente autorización judicial.

Sin embargo, como lo aclara la propia Coite en su pronunciamiento, el criterio allí adoptado obedeció a circunstancias fácticas excepcionales que no corresponden equiparar a la plataforma metica de autos.

Concretamente el ministro Pettigiani señaló “Ha quedado acreditado en autos que las niñas residen desde fines de 2013 con carácter estable permanente junto a su padre en la ciudad de V. del P., partido de L. M. y si bien la legalidad de dicha residencia es justamente disputada aquí por la progenitora, quien insiste en la ausencia de todo consentimiento suyo para que una visita a la casa paterna con el objeto de pasar las fiestas navideñas pudiera adquirir el carácter de radicación permanente y definitiva para las niñas, en tanto ella era la encargada de su cuidado (a partir de un acuerdo sobre tenencia judicialmente homologado),

cierto es no obstante que la anterior residencia habitual de las menores, ubicada en la localidad de C. partido de T. de F.- carece hoy de todo anclaje familiar, toda vez que por justificadas razones laborales la madre vive desde julio de 2014 en la provincia de S. F. ... considerando las circunstancias sobrevinientemente acaecidas ... (conf art. 163 inc. 6, párr. 2º, C. P. C. C. y su doctrina leg. Re. 117.145, resol del 05-III-2014; C. 107.718, sent. del 10- VIII-2011; C. 97.940, sent. del 01-VI-2011; C. 108.514, sent. del 10-III-2011 (entre otras)), se observa razones de peso que justifican la radicación de la presente ante el Juzgado de Familia N.º 7 de Departamento Judicial La Matanza, en tanto allí también tramita la gran mayoría de las restantes causas judiciales vinculadas con la misma conflictiva familiar, tenencia de hijos alimentos, por lo que resulta evidente la ventaja de que todos los expedientes sean de conocimiento de un único órgano judicial (art. 41, inc. b, Acordada 3397/2008; arg. art. 830, C.P.C.C.; doctr. C. 118.746, resol del 18-XII-2013; C. 118 .689, resol del 5-11-2014; entre otras). Confirma lo expuesto la circunstancia de que dicha jurisdicción coincida con el actúa centro de vida de las niñas (art. 716, Cód. Civil y Com.), aun cuando éste no pueda ser preliminarmente reputado como su residencia habitual lícita (merced a los planteo efectuados por la progenitora, conf art. 3 inc. f y ccdtes., Ley 26.061, a la luz de su reglamentación por el Dto. 115/2006 y la doctrina en la materia, conf C. S. J. N., Fallos 318:1269, entre otros; así como lo expresamente receptado por el art. 2614, últ. párr., Cód. Civ. y Com.), toda vez que ello permitiría la mejor intermediación del magistrado actuante a los fines de un más acabado conocimiento y una más urgente resolución de la problemática, en salvaguarda de los derechos fundamentales de las niñas (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 1º, 18, 31,33, 75 inc. 22 y ccdtes. Constitución nacional arts. 1º, 11, 15, 36.2 y ccdtes. Constitución provincial; arts. 4, 5, 6, 7 y ccdtes., ley 13.298). As las particulares circunstancias del caso me llevan a considerar - al igual que mis colegas- que corresponde reconocer en autos la competencia territorial del Juzgado de Familia N.º 7 del Departamento Judicial La Matanza” (destacado propio).

Con arreglo a lo expuesto, el precedente invocado evidencia la adopción de un criterio excepcional por parte de ese Alto Tribunal - justificado, de manera expresa, en la inexistencia de un centro de vida anterior al

traslado ilícito de los niños-, inaplicable a las circunstancias fácticas acreditadas en autos.

En definitiva, considero que no asiste razón a la quejosa toda vez que la decisión recurrida evidencia una correcta aplicación de la ley y de la doctrina legal sostenida por ese Alto Tribunal en situaciones análogas a la aquí examinada.

IV.

En tales condiciones, opino que V.E. debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que dejo analizado.

La Plata, 10 de septiembre de 2018.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.879-1

**“B., M. V. c/ Z., A. D. s/ restitución internacional de menores”,
fecha: 10 de diciembre de 2017.**





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

“B., M. V. c/ Z., A.
D. s/ restitución
internacional de menores”
C 121.879-1

Suprema Corte de Justicia:

I.

La Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Quilmes, resolvió rechazar el recurso de apelación deducido por el demandado, y confirmar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 70/73 vta., en cuanto hizo lugar a la restitución internacional del niño M. Z. a la ciudad de S. A. de G., Madrid, España (v. fs. 185/188).

Contra ese pronunciamiento, el señor A. D. Z., progenitor del niño, interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, denunciando la violación o errónea aplicación de los artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional; artículo 15 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; artículos 3, 26 tercer párrafo, 1613 [sic], 1614 [sic] y 1642 [sic] del Código Civil y Comercial; artículos 3.1 y 12.2 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; artículos 2, 3, 4 y 13 inciso b) de la Convención Internacional de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; artículos 34 inciso 5) apartados b) y c), 163 inciso 5), 354 y 362 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires (v. fs. 200/221).

Argumenta en síntesis que la Alzada ha convalidado la sustanciación de un proceso en el que su parte no tuvo oportunidad adecuada de ser oído, ofrecer, producir y controlar la prueba de autos, pretendiendo tener por resguardado el debido proceso con la concurrencia de su parte, y su letrado, a la audiencia del 4 de mayo de 2016, donde exclusivamente se le brindó conocimiento del trámite de restitución internacional. Que la celeridad y limitación cognoscitiva del proceso de restitución, no habilita a la omisión del traslado formal de la

demanda y la documentación respectiva a fin de posibilitar el análisis y debida réplica para el esclarecimiento de los hechos.

Suma a esta vulneración de la defensa en juicio, la infracción al principio de igualdad y bilateralidad efectiva, que se puso en evidencia con la descalificación de la prueba presentada a la Cámara con el recurso de apelación, y que permitía descartar el valor probatorio de toda la documentación aportada por la demandante. Que el “*a quem*” ha incurrido en exceso ritual, al privilegiar la conocida limitación cognitiva de los recursos concedidos en relación -que impide el replanteo de la prueba y la adjunción de documentación sobreviniente ante la Alzada-, por sobre la verdad en un proceso de especial sensibilidad y trascendencia como el *sub lite*. Que la prueba que no pudo incorporarse era demostrativa de cuestiones fundamentales como la legitimidad del traslado, y de la inconveniencia del regreso del niño por poderosas razones médicas, o sea pertinentes y conducentes para la correcta solución del litigio.

Considera que el fallo padece de arbitrariedad, dogmatismo y absurda valoración de los presupuestos configurativos de la retención ilícita, concluyendo erróneamente sobre la residencia en España como centro de vida de su hijo M., previo al traslado, y la falta de intención de ambos progenitores de que el niño permanezca en Argentina.

Por la grave indefensión en que se colocó a su parte -continúa- el proceso se vio privado de la explicación detallada del contexto en el que las partes de este juicio desplegaron su plan familiar, ya que pese a estar separados desde poco después del nacimiento del niño, los tres, como familia, viajaron reiteradamente a España, por razones laborales y por períodos variados, pero en ningún momento fue intención de ninguno desplazar el centro de vida hacia ese país. Ambos son argentinos y en más de una Oportunidad sostuvieron que como padres, el eje vital era Argentina. Prueba de ello, lo constituye el haber mantenido domicilio en este país para todos los efectos legales y las autorizaciones conferidas por la señora B. a su parte, para salir de Argentina con el niño entre los años 2014 y 2015, entre otros elementos. De modo tal, que resulta absurda la

conclusión de la existencia de un traslado o retención ilícita, en la medida que el centro de vida de M. siempre fue Argentina.

Prosigue con la denuncia de absurdo en la determinación de ausencia del grave perjuicio psíquico que el traslado dispuesto ocasionara en el menor -lesivo de su superior interés- atento las condiciones de salud que padece; pues no se ha tenido debidamente en cuenta que M. ha sido diagnosticado con TEA (autismo); y que como dan cuenta los informes, omitidos de apreciación, el trastorno precisa de un abordaje intensivo e integral que se encuentra realizando con excelentes resultados en Argentina, y que en España no estaba recibiendo.

Finalmente, aduce la falta de escucha adecuada del niño en los términos exigidos por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y de lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en punto a la exigencia de personal especializado que pueda comunicar al niño, de acuerdo a sus capacidades cognitivas, que su situación está siendo sometida a consideración administrativa o judicial; y en el caso, ningún especialista siquiera vio ni oyó a M., y mucho menos en presencia de los jueces de la Cámara. Deja planteado caso federal.

II.

Los postulados sobre los que se plantea la resolución de cuestiones como las del *sub lite*, coloca en tensión los paradigmas de la urgencia y celeridad que debe imprimirse a los requerimientos internacionales de restitución de niños, con el inevitable respeto a las garantías de debido proceso y defensa en juicio. A lo que debe naturalmente sumarse, la prevalencia del superior o mejor interés del niño, traducido en decisiones que sopesen las repercusiones sobre su vida de forma individual, y con arreglo a su situación y necesidades.

A fin de verificar en el contexto de autos, el cumplimiento de tales premisas, paso a reseñar las circunstancias del trámite.

a. Formulada por la señora B. demanda de restitución internacional de su hijo (11 de abril de 2016, fs. 52/54), el Juzgado dispuso

-con fecha 14 de abril-, la radicación directa ante el magistrado descartando la apertura de la instancia previa, con fundamento en el artículo 2° de la ley 23.857 (Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Conferencia de La Haya 1980).

Con la misma invocación legal, y en el mismo acto:

- a) ordenó mandamiento de constatación de residencia y domicilio del niño; b) designó audiencia a fin de que comparecieran ante los estrados, la señora asesora de incapaces, el progenitor junto al niño o quien se encontrara a su cuidado, con patrocinio letrado; c) dispuso para idéntica fecha, una entrevista psicológica del progenitor y del menor, y para luego de practicada, d) cumplimentar la diligencia de oír al menor en los términos del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En el mismo proveído resolvió que en caso de oposición, el señor Z. o la persona a cargo del menor, alegue y ofrezca prueba dentro del marco previsto por la Convención (fs. 55/56).

Seguidamente, a fs. 64 consta acta de la audiencia del 4 de mayo de 2016, desprendiéndose la oposición del señor Z. a la restitución pretendida, alegando la inexistencia de traslado o retención ilícita, dada la conformidad de la madre, cuanto el peligro o riesgo psíquico que el regreso a España ocasionaría a su hijo, considerando la patología del espectro autista que padece. Acompaña prueba documental y solicita producción de informativa, intentando acreditar los extremos de improcedencia aducidos.

En misma fecha a fs. 65, obra constancia de la presencia de la señora B. ante S.S. indicando que el niño M. se encuentra viviendo con ella en la C. A. B. A.; que, el menor no concurre a la escuela, pero sí que está siendo tratado con fonoaudióloga y terapeuta ocupacional. Asimismo, brinda explicación acerca de sus varios domicilios en Argentina.

A fs. 66, el señor Juez, teniendo presente que el niño se encontraría viviendo con su madre la señora B. en la C. A. B. A., decide dejar sin efecto tanto la pericia psicológica oportunamente ordenada como la escucha del niño, y dispone correr vista a la señora asesora de incapaces, la que se expide a fs. 67 /69.

Inmediatamente se llega a la sentencia que obra a fs. 70/73 vta., donde se resuelve hacer lugar al pedido de restitución internacional del niño M. Z. efectuado por su madre, con quien se encuentra viviendo en la C. A. B. A., y con la que deberá regresar a S. A de G., Madrid, España.

Frente al conocimiento de tal solución, el Sr. Z. efectúa una presentación espontánea, explayándose sobre los extremos de improcedencia de la restitución conforme lo hubo esbozado en la audiencia y solicita agregación y producción de prueba.

A esto, se dispone estar a lo ya resuelto en la sentencia; por lo cual el demandado Z. recurre en apelación ante la Cámara, argumentando -básicamente- violación a la garantía de la defensa en juicio, desnaturalización del proceso, con privación de oportunidad cierta de contestar las pretensiones y alegaciones de la demanda y de producir prueba, y falta de escucha del menor.

La decisión de la Alzada refrendó todo lo actuado por el *a quo*, considerando que "... la pretendida admisión, producción y ponderación de prueba, basada en la falta de traslado de la misma, resulta en principio inaudible, en atención a que el demandado ha comparecido con asistencia letrada a la audiencia del día 4 de mayo de 2016 (fs. 64), tomando conocimiento del trámite de restitución internacional de su hijo, acompañando documentación ... sin arrimar nueva documental hasta la presentación del memorial". "Que en la orientación señalada, implícitamente quedó notificado ... de la promoción del juicio ... mas cuando del contexto de la audiencia puede extraerse una manifestación plena evidente y categórica de su conocimiento". "Consecuentemente ... la ponderación de la prueba acompañada ... con el memorial de agravios ha de ser desestimada ... máxime cuando no existe una negativa expresa, concisa y contundente de los documentos adunados por la 'actora, como para controvertidos" (v. fs. 186 vta.).

b. Entiendo que si bien lo tramitado cumplimentaría la urgencia y celeridad en los procedimientos que exige la Convención Internacional de Restitución de Menores de La Haya 1980, no abastece, a mi modo de ver,

la oportuna y adecuada operatividad de la garantía de acceso a la justicia en condiciones de igualdad (arts. 18, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Es posible que a este proceder especialmente expedito de la primera instancia, convalidado por la Alzada, pero con merma de derechos constitucionales del demandado, ha venido a contribuir la ausencia de normas procedimentales internas específicas, que regulen el trámite que cabe otorgar al pedido de restitución internacional de niños.

Como es sabido, la mencionada Convención (ley 23.857) no contiene previsiones de tal naturaleza; solamente dispone, en su artículo 2º, que los Estados contratantes adoptarán "... todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan".

En la República Argentina, no existe un procedimiento fijado para estos casos, por lo que corresponde utilizar el más breve previsto por cada regulación local, en tanto la materia procesal ha sido una competencia no delegada por las provincias al gobierno federal. Por lo que, dependiendo de cada normativa provincial, el trámite restitutorio puede ser encauzado a través del proceso de conocimiento sumarísimo, el juicio ejecutivo o algún procedimiento autosatisfactivo que asegure al mismo tiempo la bilateralidad del trámite (ver Pettigiani, Eduardo J. y Skratulia, Esteban, "Restitución internacional de menores", en D. F. y P. 2015 del 13/07/2015).

Agrego a ello, lo expresado recientemente por la Corte Suprema de la Nación en cuanto a la necesidad de "... poner en conocimiento de las autoridades correspondientes que la ausencia de una ley procesal específica en materia de restitución internacional de menores constituye, sin lugar a dudas, un factor decisivo en la prolongación del trámite de este tipo de causas judiciales (...) entendiendo imperioso exhortar al Poder legislativo para que estime la necesidad o conveniencia de hacer uso de sus atribuciones para dictar una ley que se ajuste

a la finalidad del CH1980 y permita cumplir con las obligaciones asumidas por nuestro país al suscribir dicho convenio” (CSJN, “G.,L. si Por su hijo G. P., T. por restitución si Familia p/ rec. ext. de inconstit.-casación”, sent. del 27/12/2016).

Respecto de la Provincia de Buenos Aires, ha establecido V.E., que “La remisión a la legislación interna más apta para obtener el fin perseguido (por el Convenio), en el marco de nuestro Código Procesal Civil y Comercial, resulta ser el procedimiento sumarísimo (art. 496), en función de lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 321 (en los demás casos previstos por este Código u otra ley)” (conf. SCBA Causa 104.149, sentencia del 15/07/2009).

En estos términos, y conforme la regulación legal antedicha, correspondía en los presentes actuados brindar -en las etapas y plazos fijados- a quien se le ha imputado haber trasladado o retenido ilícitamente a su hijo, la posibilidad de oponerse a la petición, y de probar que no se encontraban reunidos los requisitos de procedencia (residencia habitual y traslado o retención ilícitos), como acordarle también, la oportunidad de alegar y acreditar la existencia de alguna de las excepciones que el convenio prevé expresamente para evitar el reclamo (art. 13 CIRM La Haya 1980).

“Esto hace al abecé de la Constitución, del acceso a la justicia, de la garantía de la defensa y de la tutela judicial continua y efectiva ...”, de modo que “... por más sumariedad y urgencia que corresponda otorgarle [a la restitución], y aún cuando el objeto del juzgamiento no tenga que ver con el fondo de las cosas, sino con la reparación inmediata de un statu qua arbitrariamente alterado, salta a la vista la necesidad de que exista un proceso. Y al decir proceso, naturalmente se entiende, el proceso debido, en el cual se respeten todas y cada una de las garantías que integran el paradigma de debido proceso legal ...” (conf. SCBA Causa 104.149 op. cit; Causa 107.623, sentencia de fecha 2/09/2009, entre otros precedentes).

Puntualizo, también, “... que es mediante el debido proceso judicial que se logra la concreción de la garantía constitucional de tutela judicial efectiva y en tiempo razonable ... que amén de la urgencia, asegure

indefectiblemente, las garantías de defensa en juicio y el derecho del niño de ser oído, puntal de los derechos humanos y cimera expresión del respeto a la dignidad humana” (conf. Scotti, Luciana B., “Las garantías fundamentales en el procedimiento de restitución internacional de niños, en Rev. Derecho de Familia n° 62, pág. 125 y ss.)”.

De modo que, por tratarse de una tutela especial, pues se protegen derechos de los niños a nivel internacional, lo que compromete a su vez la responsabilidad estatal, se requiere de un tratamiento diferenciado, ágil y expeditivo, sin que ello implique que no deban respetarse las garantías del debido proceso judicial. Precisamente, la tutela judicial efectiva de estos derechos amparados internacionalmente se logra a través del debido proceso, donde el derecho de defensa y el derecho del niño a ser oído y su opinión tenida especialmente en cuenta, reviste singular importancia.

El concepto de “proceso urgente” carente de las etapas que definen al proceso como tal, no puede tener cabida en aras de la celeridad; ya que el proceso concebido como garantizador de los derechos constitucionales, pretende el irrestricto respeto de la Constitución y de los Convenios internacionales que se encuentran en un mismo rango jurídico, como en el caso la Convención Internacional de Restitución de Menores de La Haya 1980, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional de Derechos Humanos.

En esta línea de pensamiento, ha sostenido V.E. que “... deben resguardarse las garantías del debido proceso y el demandado tener la posibilidad de oponerse a la restitución, debiéndose proveer la prueba por él ofrecida” (conf. Scotti, Luciana, “LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO EN UN CASO DE Restitución Internacional de menores”, R. D. F. y P., La ley, Año III, N.º8, pág. 76), cuando ello no sea así, la credibilidad de las alegaciones respecto de las características personales del solicitante debe ser investigada más adecuadamente en el estado de la residencia habitual del menor, que es el foro para la determinación de las cuestiones vinculadas con su custodia (conf. arts. 16, 17, 19 y eones., C.H. 1980; y en “S96/2489” [1996], INCADAT HC/E/FI 360; entre otras).

En la materia específica del *sub examine*, sin duda el centro de atención y protección es el niño M.; quien, no surge de autos, haya tenido oportunidad de ser escuchado, en las condiciones que era menester, atendiendo su edad y particular situación de salud. Como tampoco se desprende que se hubiera indagado desde la interdisciplina acerca de su contexto y necesidades actuales y concretas, a fin de permitir al sentenciante medir con la mayor aproximación posible, el impacto de su decisión en la persona de M. Esto así, comportaba brindar plena operatividad al mandato constitucional, convencional y legal de otorgar preeminencia al superior interés de M. (arts. 3, 12.2 CIDN, art. 26 C.C y C. de la Nación, art. 27 ley 26.061).

Para que se advierta la envergadura que tiene la escucha al niño, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que no obstante que los juicios que involucran a los niños “deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional”, destacó al mismo tiempo que “la duración de los trámites judiciales debe extenderse lo suficiente como para garantizar que el niño o niña sea adecuadamente oído. En este sentido, no se puede afectar el derecho de la niña o niño sobre la base de justificaciones de celeridad del proceso” (v. Corte IDH 19/8/14, opinión consultiva OC-21/14, parra. 143, citada por Mizrahi, Mauricio, L. en “Restitución Internacional de Niños”, pág. 207/08).

Y en orden a escuchar “adecuadamente” a un niño, también se ha dicho que es hacer referencia a su singularidad, entrando en juego el grado de discernimiento del menor, su estado intelectual y psicológico, el suficiente entendimiento y desarrollo alcanzado; resultando, la más de las veces, completa su escucha, con la intervención de la interdisciplina, clave, como herramienta, para desentrañar la opinión del niño.

Ha dicho nuestro Máximo Tribunal Nacional, en coincidencia con las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, que “El deber tutelar del Poder Judicial no puede desarrollarse sin la concurrencia de personas calificadas en las disciplinas de la salud, como tampoco sin la investigación de los datos de la realidad que,

para su comprensión, requieren de dichos auxiliares” (v. CSJN, 14/9/10, “V., M. N c/ S., W.F. si autorización” citado por Mizrahi, Mauricio, en obra citada).

En tales condiciones, la escucha del niño ha adquirido una importancia vital en el tema conforme la Convención de La Haya de 1996, de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (ley 27.237), estableciendo que su falta de audición, es causal que permite no reconocer en un Estado contratante las decisiones adoptadas en otro, si la medida se ha adoptado en el marco de un procedimiento judicial o administrativo, en el que el niño no ha tenido la posibilidad de ser oído, en violación de principios fundamentales de procedimientos del Estado requerido” (art. 23).

Sobre esta base, estimo que en la especie se ha privado al accionado y oponente a la restitución, del acceso efectivo a la justicia, con las eventuales consecuencias en relación al niño, quien a su vez por su parte, también ha visto cercenado su derecho a ser oído, con la consecuente afectación del debido proceso legal.

Nótese que se ha sostenido que “El denominado derecho a la jurisdicción no se agota con la posibilidad irrestricta de comparecer ante el tribunal judicial para hacer valer sus derechos. La garantía del debido proceso -su día en la Corte- implica indudablemente oportunidad razonable de alegar y probar. Por tanto, esa posibilidad se frustra -con la consiguiente violación a la garantía del debido proceso- no tan sólo cuando se priva a los interesados de toda oportunidad para acceder a una instancia judicial sino también cuando por irrazonables consideraciones rituales el ejercicio del derecho de audiencia, o del derecho de prueba, es despojado de toda eficacia (conf. de Midón, Gladis E., “La Casación”. Control del “juicio de hecho”, Rubinzal Culzoni, pág. 134; Mizrahi, Mauricio L., “Restitución Internacional de Niños”, pág. 233/234 y ss.; SCBA Causa 104. 149, op.cit.).

III.

Consecuentemente, en virtud de lo expuesto, propongo que se haga lugar al recurso y en caso de compartirlo V. E., proceda a ordenar a la instancia de origen la impresión de un trámite ajustado a las garantías del debido proceso, en el marco de la sumariedad que la materia exige. Incluyendo la posibilidad razonable que el accionado alegue y pruebe las articulaciones que esgrimiera en tomo a la residencia habitual de M. y la falta de ilicitud del traslado, cuanto a la causal de excepción al regreso prevista convencionalmente.

Asimismo, deberá posibilitarse al niño el ejercicio efectivo de su derecho a ser oído, del modo que corresponda atento su condición personal, como también practicarse las experticias adecuadas que completen el conocimiento y panorama de vida de M., a fin de evaluar las implicancias de la solución a adoptarse.

Lo propiciado es sin desmedro de la posibilidad de que V. E. ejercite -como en otras ocasiones y en resguardo del principio del superior o mejor interés del niño- sus exclusivas y excluyentes facultades disponiendo la producción de las diligencias y de las pruebas que resulten conducentes, atendiendo a la urgencia de la materia y los mandatos y derechos constitucionales y convencionales en juego (conf. Causa 119.986, sentencia del 20/4/16, entre otras).

La Plata, 10 de diciembre de 2017.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.958-1

**“R. L. M. L. c/ E. L. A. s/ restitución internacional de menores”,
fecha: 5 de diciembre de 2017**



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

“R. L. M. L. c/ E. L.
A. s/Restitución
internacional de menores.”
C 121.958-1

Suprema Corte de Justicia:

I.

La Sala Segunda de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Bahía Blanca, en fecha 13 de julio de 2017, revocó la sentencia de primera instancia que ordenó el reintegro de la niña M. M. E. al estado de Paraguay que fue requerido por su progenitora (fs. 178 / 188vta.).

Contra dicho resolutorio se alzó la actora representada por la señora Defensor Oficial, doctora Patricia Alejandra Marin, a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley obrante a fs. 190/209 vta.

II.

La progenitora alega, en síntesis, errónea aplicación e interpretación de los artículos 3 y 12 de la CDN; arts. 1, 2, 3, 4, 12 y 13 párrafo 4 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; arts. 26, 645 y 707 del Cód. Civ. y Com. y art. 3 de la ley 26.061. Denuncia asimismo que la sentencia atacada ha violado la doctrina legal de la CSJN y de la SCBA imperante en la materia tratada (fs. 194/ 194 vta.).

En particular, sostiene que la Alzada funda su veredicto en lo dispuesto por, entre otras normativas internas, exclusivamente el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 1980 (en adelante, CH1980) y no hace mención alguna a la Convención

Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (en adelante, C.I.R.I.M.).

A luz de estos argumentos, la recurrente expresa que resulta necesario hacer alguna salvedad y/o mención al respecto, ya que no puede desconocerse la existencia de la C.I.R.I.M. y su prioridad en ser aplicada en el caso en cuestión, encontrándose involucrados los Estados Argentino y Paraguayo, por encima de la CH1980 (fs. 194vta/195 vta).

Por otro lado, puntualiza que yerra el ad quem al considerar que de las actuaciones surge que ambas partes han acudido en algún momento a las vías de hecho en lugar de encausar sus planteas jurídicamente. Al respecto, destaca que su representada no hizo uso alguno, en ningún momento, de vías de hecho, en lo que hace al traslado de la niña de la República Argentina a la República del Paraguay. Explica que, en el mes de diciembre de 2014, la señora R. haciendo uso de la autorización debidamente concedida por el demandado, se dirigió a Paraguay, a la localidad de E. A. como acostumbraba viajar (fs. 196).

Continúa diciendo que la sentencia atacada omite toda consideración a lo acontecido en los autos caratulados “R. M. L. c/ E. L. A. s/ Protección contra la Violencia familiar” (Expte. N.º46.210), que resulta ser un elemento ineludible a los fines de explicitar los motivos reales y temores ciertos por los cuales la señora R. L. no regresó al país en forma voluntaria al vencer la autorización (fs. 196/196 vta.).

Sobre este punto agrega que “... entre los años 2015/2016, el demandado en ningún momento solicitó la asistencia legal a fin de obtener el regreso de la niña a Argentina o en su defecto, fijar un régimen de comunicación con la misma. No es real que desconociera el lugar donde se encontraba M., puesto que siempre mantuvo comunicación telefónica con mi representada, así como a través de redes sociales (...). Y en todo caso, de ser real su desconocimiento respecto del lugar de residencia de la menor, pudo haber puesto en movimiento la maquinaria prevista por el art. 18 de la C.I.R.I.M ...” (fs. 197).

Concluye, en líneas generales, que la Cámara no valora la inacción del demandado para reclamar el regreso de la niña a Argentina, como así tampoco tiene en consideración que transcurridos ocho meses desde que M. vive con él en B. B. no ha iniciado trámite judicial alguno respecto del cuidado personal de la niña en los Juzgados de familia locales (fs. 198).

Asimismo, denuncia la errónea aplicación de la doctrina legal de la S.C.B.A. en cuanto lo argumentado por la Alzada a fs. 185 in fine. En este sentido argumenta que, el caso que diera lugar a la doctrina expuesta por la Cámara (C. 119.110), se trata de un supuesto muy diferente al sub-lite, ya que en el mismo el progenitor desasido sí accionó legalmente para que se produzca la restitución; situación que no ocurrió en autos porque el demandado había tácitamente consentido que la menor residiera definitivamente en Paraguay (fs. 198 vta.).

De todo ello concluye que la inactividad por parte del demandado para requerir el regreso de su hija a Argentina, debe ser entendido como la convalidación tácita de que E. A. sería, de allí en adelante, el domicilio y la residencia habitual de la niña. En efecto, alega que yerra la Alzada en cuanto al lugar de residencia habitual de la niña, puesto que sostiene que desde el año 2015, el centro de vida de la menor no es otro que la localidad de E. A., y no la ciudad de B. B., República Argentina (fs. 199).

Al respecto expresa que, de la pericia psicológica realizada en primera instancia (abril/2017), se desprende del relato espontáneo de la niña, que a pesar de vivir en Paraguay desde que contaba con seis años, no parece tener recuerdos de su vida anterior en la ciudad de B. B. como así tampoco habla de vínculos familiares o nexos afectivos que mantenga con la familia paterna o su entorno (fs. 199/ 199 vta.).

La impugnante también denuncia la errónea aplicación e interpretación del art. 3 de la ley 26.061 que efectúa la Alzada a fs.185, cuando sostiene que el lugar de residencia habitual de la niña M. es B. B. En este sentido

opina que, para determinar el verdadero lugar de residencia habitual de un menor no solo se debe considerar la cantidad numérica de años de residencia en Argentina o Paraguay, sino lo que la niña siente e identifica como su centro de vida, su lugar, el lugar al que pertenece, dónde siente y expresa que se encuentra su hogar, sus afectos. Cita jurisprudencia (fs. 201/202).

En estas condiciones, argumenta que se equivoca la Alzada cuando realiza toda una teoría en virtud de la cual sostiene que al no haber sido la niña regresada por su madre a Argentina al finalizar el plazo concedido en la autorización emitida por el padre, la señora R. habría incurrido en un hecho ilícito y por lo tanto, arriba a la conclusión que el lugar de residencia habitual de la menor era B. B. y la ley aplicable es la del Estado Argentino (fs. 202vta.).

Por el contrario, opina que “... el domicilio habitual de la niña no es B. B., al día de hoy, sino E. A. por así consentirlo y permitirlo tácitamente el demandado; resulta de aplicación la normativa legal vigente en el estado paraguayo. La normativa que rige la materia allí, similar a la nuestra, exige que para que un menor de edad egrese del país, cuando la patria potestad se encuentra en cabeza de ambos padres (que es lo que ocurre en autos), requiere autorización expresa del otro progenitor que no acompaña al menor en el egreso” (fs. 203).

De este modo, continúa argumentando que al no tener autorización, es imposible que M. pudiera salir del país por los pasos y controles fronterizos, habiendo organizado el señor E. la salida de la niña de Paraguay a través de una balsa, acompañada por la hermana mayor (fs. 203).

Por otro lado, se agravia de la errónea interpretación que hace la Alzada del artículo 3 de la CH1980 en relación a considerar que el traslado e ingreso de la niña M. a la República Argentina no reviste ilegalidad alguna. En este entendimiento, manifiesta que el D.N.I. original de M. se encuentra actualmente en poder de la progenitora y atento que E. en el mes de enero 2017 solicitó un nuevo ejemplar del D.N.I. de la niña (v. fs. 63), no hay duda que al

momento de ingresar a la Argentina no contaba con el mismo. De este modo, resultaría imposible que la niña haya pasado por Migraciones, porque debió presentar dicha documentación (fs. 204/204 vta.).

Finalmente, centra su queja en relación al modo en que la Alzada ha interpretado la opinión de la niña involucrada. Al respecto destaca que no puede dejarse de advertir el cambio de postura asumida por M. desde que manifestara su alegría y deseo de volver a vivir con su madre en E. A. y que su padre viajara para ir a visitarla (cfr. pericial psicológica desarrollada en primera instancia), al cambio operado en ella al decir que desea continuar viviendo con el demandado en la ciudad de B. B. y visitar a su madre en Paraguay (cfr. actas obrantes a fs. 164 y 167).

Puntualiza que, conforme lo opinado por la perita psicóloga interviniente en ambas instancias, M. es una niña extrovertida, que denota una aparente madurez superior a la edad con la que cuenta, pero también, es una niña con una personalidad de tipo sumisa, conformista, que acata las decisiones paternas sin juicio propio de confronte o pedido de explicaciones (fs. 205).

En este sentido, opina que: “... nos encontramos con una niña fácilmente impresionable y muy permeable a ciertos estímulos (socioeconómicos y de aparente afecto) que pudieron haber hecho cambiar su discurso” (fs. 205).

En suma, refiere que el deseo que manifiesta M. hoy, así como lo hizo con el mismo énfasis en el marco de la pericia psicológica, pero en el sentido contrario, no puede llevar a concluir que a fin de dar cumplimiento con el interés superior del menor, debe revocarse la sentencia de grado en cuanto a la restitución de la niña junto a su progenitora a la República del Paraguay (fs. 205).

Argumenta que “En razón de su finalidad el Convenio de 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño

involucrado. Por el contrario, la posibilidad del art. 13 (penúltimo párrafo) solo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas, sino al reintegro al país de residencia habitual, y dentro de esta área específica, no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como repudio irreductible a regresar (v. dictámenes de Fallos: 333.604, 334:913 y otros).” Cita doctrina y jurisprudencia al respecto (fs. 205 vta. /207).

A modo de conclusión, sostiene que no puede valorarse como un tópico definitorio el mero cambio de “opinión” de la menor involucrada, expresada en la Alzada, cuando no es una oposición irreductible a volver a residir en el Paraguay y mucho menos se evidencia que ello pudiera causarle afectación o rechazo significativo (fs. 208vta.).

III.

En primer lugar, resulta crucial la determinación de la residencia habitual de la niña M., porque es el punto de conexión del derecho aplicable a los fines de dilucidar si se han infringido los llamados “derecho de custodia o guarda” de uno de los progenitores, presupuesto necesario para la configuración de la ilicitud del traslado o la retención conforme lo establecido en la CH1980 y la C.L.R.I.M. (ambas aplicables al caso).

El artículo 3 de la CH1980 dispone que: “El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”.

En igual sentido, el artículo 4 de la C.I.R.I.M. establece que: “Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca

en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor”.

En el caso bajo examen, de la totalidad de las constancias de la causa -no cuestionadas por el demandado (v. fs. 25 y 28; presentación de descargo, fs. 73 vta.; pericia de fs. 105/107)- se desprende que la progenitora y su hija M. residían en el barrio C. de la localidad E. A., República de Paraguay, con anterioridad al traslado de la niña a la Argentina que ha sido efectuado sin la correspondiente autorización materna.

Es menester destacar que de la pericia psicológica efectuada a M. M. con fecha 24 de abril de 2017 (v. fs. 105/107), se visualiza que la niña reconoce como centro vida el lugar en el cual habitaba con su madre y su pequeña hermanita desde diciembre de 2014, cuando contaba con 6 años de edad, hasta que luego de dos años sin contacto con el progenitor, el señor E. decide trasladarla a la Argentina.

En consonancia con lo expuesto, se evidencia de la evaluación realizada, que M. sentía a la ciudad de E. A. como un lugar de pertenencia en donde se encontraban sus afectos y lazos más preciados, tales como su progenitora y la familia materna extensa (v. fs. 105vta.).

A mayor abundamiento, y teniendo en consideración lo expresado por la niña en cuanto sostuvo que: “... allá me esperan mi escuela, mi mamá, mi hermana y mis cosas” (v. fs. 106), se puede apreciar que M. percibía su residencia habitual en la localidad de E. A., Paraguay.

Es dable señalar que la doctrina ha coincidido en señalar que la residencia habitual es una situación de hecho, que no puede ser definida en abstracto y que tiene naturaleza sociológica, en tanto supone estabilidad y permanencia. Afirma el Dr. Mizrahi que la residencia habitual “... constituye el

lugar donde se encuentra el centro de los afectos y vivencias del niño, la escuela a la cual asiste, y en el que despliega sus relaciones, tanto familiares como sociales. Representa, por lo tanto, el espacio donde el niño tiene los lazos más significativos y acontecen sus experiencias diarias; vale decir, su mundo real y emocional” (Mizrahi, Mauricio Luis, “*Restitución Internacional de niños*”, Astrea, Buenos Aires, 2016, pág. 88).

Por su parte, sugiere Weinberg de Roca que “la residencia habitual constituye un punto de conexión sociológico, a diferencia del domicilio, de carácter normativo. Se trata, por ende, del lugar donde el menor desarrolla sus actividades, donde está establecido, con un cierto grado de permanencia, el centro de sus afectos y vivencias ...” (Weinberg de Roca, Inés M., “*Domicilio de menores adultos*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 1999, ps. 499 y ss.).

En la misma línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación subrayó que “la expresión ‘residencia habitual’ que utiliza la Convención, se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores” (CSJN, 14/06/1995, “W., E.M. e/ O., M.G.”, Fallos 318:1269; La Ley, 1996-A-260; DJ, 1996-1-387; ED, 164-21).

No obstante, lo mencionado, la Cámara consideró que la residencia habitual de M. M. era la ciudad de B. B., Argentina. Para ello, basó su decisorio, entre otros argumentos, en el mayor tiempo en que la menor había pasado su existencia en nuestro país (v. fs. 186).

Sabido es que la residencia habitual y el centro de vida corresponde que sean evaluados desde una perspectiva temporal, pero sin desconocer - circunstancias fácticas que antes acontecieron. De este modo, no hay que interpretar en su literalidad el art. 3 inc f. de la ley 26.061, en cuanto dice

que el centro de vida del niño será donde hubiese transcurrido “la mayor parte de su existencia”.

En este contexto, estimo pertinente considerar determinadas situaciones ocurridas con anterioridad al inicio de estas actuaciones, a saber: i) que la señora R. L. ha sido víctima de agresiones físicas y psicológicas por parte del demandado (v. expediente N° 46.210 que se encuentra acollorada a las presentes) cuando convivía con él y su pequeña hija; ii) que esa situación de violencia que sufrió y sufría constantemente la llevó a tener que tomar la determinación de irse de nuestro país junto a M.; iii) que el señor E. prestó autorización para que su hija viajara a Paraguay en diciembre de 2014 -hecho que no se encuentra controvertido por las partes- (v. fs. 102); iv) que si bien resulta cierto que la progenitora, vencido el plazo de la autorización, esto es, 300 o 365 días (no hay consenso en cuanto al plazo), se quedó en Paraguay, también es sumamente significativa la conducta adoptada por el demandado en cuanto a que no realizó ningún tipo de reclamo judicial o administrativo (desde que se venció la autorización hasta diciembre de 2016), prestando conformidad con la estancia de M. en Paraguay; v) que la niña M. no tenía conocimiento ni se imaginaba que su padre la iba a trasladar a la Argentina (fs. 107 último párrafo).

De lo expuesto se desprende que esas condiciones fácticas y sobre todo el sentimiento de pertenencia esgrimido por la niña M. (fs.105/107) no fueron consideradas por el ad-quem a los fines de determinar la residencia habitual de la niña, asistiendo razón a la recurrente en cuanto se agravia por la errónea aplicación e interpretación que hace la Alzada de las normas imperantes en la materia.

Lo cierto es que, a la luz de las Convenciones Internacionales (art. 3, apdo. “a” de la Convención de La Haya de 1980 y el art. 4 de la Convención Interamericana), el derecho aplicable en el sub-lite es el Código de la Niñez y la Adolescencia paraguayo (ley 1680/01).

En su art. 70, en relación al ejercicio de la patria potestad, dispone: “El padre y la madre ejercen la patria potestad sobre sus hijos en igualdad de condiciones. La patria potestad conlleva el derecho y la obligación principal de criar, alimentar, educar y orientar a sus hijos”.

Y en cuanto a la autorización para salir del país, el art. 100 del mismo Código establece que: “En el caso de que el niño o adolescente viaje al exterior con uno de los padres, se requerirá la autorización expresa del otro. Si viaja solo se requerirá la de ambos. La autorización se hará en acta ante el Juez de paz que corresponda”.

De ello se sigue que el traslado de la niña -y consecuentemente su retención- en nuestro país resulta ilícita por haberse producido en infracción al derecho de custodia con arreglo al derecho paraguayo, puesto que nunca la progenitora de la niña (quien ejercía de hecho el cuidado personal de la menor) otorgó autorización alguna para que M. egresara del país.

Claro está que la sede habitacional constituida tras la ilegalidad, como en el caso, no podrá ser tenida en cuenta. Ello es así, porque el derecho no puede avalar conductas que son contrarias al ordenamiento jurídico. Igual temperamento sigue el art. 2614 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación, que si bien hace referencia al domicilio también es aplicable al concepto de “residencia habitual” en cuanto establece que: “... los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenido ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente”.

Por otra parte, sin perjuicio de las circunstancias expuestas en orden con la procedencia del reintegro de la niña a Paraguay, en virtud de hallarse acreditados los extremos que exigen los Convenios internacionales como presupuesto para el progreso del reclamo de restitución, resulta preciso ingresar en el análisis de la opinión de la niña invocada por los

jueces de la Cámara para fundar su decisión (v. fs. 187 vta./188), cuestionada por la recurrente por resultar, a su modo de ver, erróneamente valorada.

En relación a la naturaleza de la oposición del niño o adolescente a retomar, la doctrina ha sostenido que: “... no cualquier voluntad que exprese el niño es la que debe ser considerada por los jueces a los fines de resolver si se accede o no a la restitución reclamada. Por de pronto, no deberemos estar solo ante una mera preferencia de trascendencia menor, sino frente a un vehemente rechazo al retomo; esto es, un repudio irreductible y férreo a regresar. A su vez, aún dado un rechazo vehemente, es necesario que se trate, además, de una oposición muy clara y coherente, bien informada y fundada en circunstancias muy graves, y no un caso de resistencia inducida o en presencia de una declamación poco auténtica en la que ha ejercido una influencia notoria uno de los progenitores” (Mizrahi, Mauricio Luis, “*Restitución Internacional de niños*”, Astrea, Buenos Aires, 2016 págs. 210 y 211).

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señaló que “... el Convenio de 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario la posibilidad del artículo 13 (penúltimo párrafo) solo se abre frente a una voluntad cualificada que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas sino al reintegro al país de residencia habitual; y dentro de esta área específica no ha de consistir en una mera preferencia o negativa sino en una verdadera oposición entendida como un repudio irreductible a regresar (dictamen de la Procuración General, en CSJN “F.C. del C. c/ G.R.T. S/ reintegro de hijo”, sent. del 21 de mayo de 2013). En definitiva, la Corte Suprema sostiene que la posibilidad del artículo 13 penúltimo párrafo solo se abre frente a una voluntad cualificada que no ha de estar dirigida a la tenencia sino al reintegro al país de residencia habitual (CSJN, “SD. C/ R.L.M s/ reintegro de hijos y alimentos”, sentencia del 2 de julio de 2013).

En esta misma línea, se ha resuelto que: “Corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la restitución internacional de los

menores si no se ha acreditado una verdadera oposición en función del art. 13, penúltimo párrafo del Convenio de La Haya de 1980 sino que, como surge en forma consistente de los dictámenes profesionales, la postura de los menores de edad no importa una resistencia cerrada a retomar sino una preferencia a permanecer en Argentina y una negativa al regreso bajo el cuidado de su padre” (dictamen de la Procuración General al que la Corte remite, CSJN, “B. D. C., G. E. c/ D. C., M. R. s/ RESTITUCION INTERNACIONAL”, sentencia del 27 de diciembre de 2016).

Sin embargo, de la sentencia recurrida no se advierte una negativa férrea de la niña de volver a Paraguay con las características exigidas por la doctrina del Máximo Tribunal Nacional para tener por configurada la eximente prevista en el artículo 13 penúltimo párrafo del referido Convenio, sino que la opinión de la niña manifestada ante la Alzada (conf. fs 164/vta. y 167/vta.) se encuentra dirigida a expresar el deseo de la preferencia de vivir con su progenitor, circunstancia que no alcanza a configurar el extremo requerido por la norma de conformidad con los estándares interpretativos elaborados por la Corte Federal como para justificar la oposición al reintegro.

Resulta ilustrativo destacar que si nos detenemos a observar las probanzas de autos (v. fs. 105/107, 109/110, 164/164vta. y 167/vta.) podríamos inferir que en muy corto lapso de tiempo, (de abril a junio de 2017) la niña M. M., que cuenta con 9 años de edad, ha cambiado de opinión en relación al lugar donde desea vivir. De este modo, y sin desconocer el grado de madurez y capacidad que posee, podemos estimar que podría existir cierta influencia paterna susceptible de viciar su autonomía para decidir al respecto.

Sobre este tópico, la doctrina destaca que “... siendo que el niño es también intérprete de su mejor interés, se deberá evaluar y apreciar en cada caso concreto, en función de la madurez del niño de que se trate, si éste se niega a retornar al país de su residencia habitual y si tal negativa resulta suficiente para exceptuar la obligación de restituir. En esta evaluación será de fundamental

importancia el aporte interdisciplinario que puedan brindar otros profesionales expertos en la temática de modo que puedan interpretar su negativa, ya sea que se exprese verbalmente o no, y si ésta responde a su verdadero interés o a la influencia que pueda sufrir sus progenitores” (Rubaja, Nieve, Restitución internacional de Niños, Capítulo 7, Corte Suprema Justicia de la Nación, Máximo Precedentes, Derecho de Familia, Tomo III, p. 751).

IV.

En virtud de lo expuesto, teniendo como premisa que el interés superior del niño debe orientar y condicionar las decisiones judiciales en el cumplimiento del Convenio de La Haya de 1980 y de la Convención Interamericana de 1989 que éste se resguarda -esencialmente- con una solución de urgencia y provisoria que cese la vía de hecho, estimo pertinente que V.E. ordene la restitución de la niña a Paraguay.

La Plata, 5 de diciembre de 2017.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.539

**“ P. B., E. G. c/ B. K. E. s/ medidas precautorias”, fecha: 10 de
mayo de 2017**



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

“P. B., E. G. c/ B. K. E. s/
medidas precautorias”

C 121.539

Suprema Corte de Justicia:

I.

La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Zárate Campana con fecha veintisiete de diciembre de 2017 rechazó los numerosos recursos de apelación planteados por el progenitor de los niños (fs. 202/8 y 704/9), por el adolescente F. P. B. (fs. 202/19, 754/5 y 772/7) y por la Asesora de Incapaces (fs. 529/42) contra: (1) la resolución de fs. 142/9 y vta. que ordenó el reintegro de los niños a su progenitora, conjuntamente con medidas especiales destinadas a garantizar el tratamiento psicológico de todo el grupo familiar (fs. 142/9 con fecha 29 de diciembre de 2015);(2) contra la resolución de fs. 509/9bis que, con fecha 25 de febrero de 2016, ordenó al Sr. P. B. a que proceda a la inscripción de sus hijos en el Colegio de C. y haga efectivo el traslado de los niños a dicha institución diariamente; (3) contra la resolución de fs. 691/3 que, con fecha 5 de septiembre de 2016, dispuso el inmediato inicio de una terapia de revinculación entre los menores y su madre a realizarse con la intervención de un perito psicólogo a desasincular de la lista del organismo de control -con la debida colaboración del progenitor-, el rechazo de la solicitud de designación de un abogado del niño para los menores F. y M. y la ratificación del abogado D.M. como letrado del menor F.; y (4) por último, contra lo decidido a fs. 767 vta., con fecha 17 de octubre de 2016, respecto del rechazo de los planteos de incompetencia y recusación formulados por el adolescente.

Asimismo hizo lugar parcialmente al remedio planteado por la progenitora a fs. 720 respecto de la designación del letrado patrocinante Dr. M. como abogado del niño F. (13 años de edad). (fs. 799/815)

Contra dicho resolutorio se alza el Sr. progenitor de los niños, Sr. P. B., como abogado en causa propia a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley agregado a fs. 906/32.

II.

Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

El quejoso denuncia violación de los artículos 18 de la Constitución Nacional; 15, 168 y 171 de la Constitución Provincial, 702 inc. d), 703, 704, 706 inc. a), b) y e), 707, 710 y 716 del Código Civil y Comercial de la Nación; los derechos reconocidos en la ley nacional sobre protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes (26.061) y en las leyes N.º 24.417 y su par provincial 14.509 sobre protección contra la violencia familiar; de la doctrina legal de esa Corte relativa a la aplicación del interés superior del niño, en especial, aquella vinculada con el centro de vida de éste y con su derecho a expresar su opinión y a que ésta sea debidamente tenida en cuenta. Asimismo denuncia absurdo en la valoración de la prueba.

Más concretamente, y con el objeto de sistematizar el extenso y puntilloso desarrollo de los agravios traídos, me permito reunir las quejas traídas al amparo de las denuncias sobre absurda valoración de la prueba, de la vulneración del principio del interés superior del niño y de la garantía del debido proceso legal, de la siguiente manera: (i) la omisión del tratamiento de las denuncia de violencia familiar formulada por el hijo F. contra su madre (fs. 913 y vta. y 914); (ii) la vulneración de los principios procesales de bilateralidad e incongruencia al resolver la cuestión sin sustanciación previa (fs.931 y vta. y ccs); (iii) el incumplimiento del mandato que establece la obligación de tomar en cuenta la opinión de sus hijos de 8 ,9 y 13 años de edad de conformidad con la garantía constitucional que exige que los niños sean oídos y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta de acuerdo con su edad y grado y de madurez-capacidad progresiva- (fs. 908vta y 909, 910); (iv) el desconocimiento del derecho de los niños y adolescente a contar con asistencia letrada al revocarse la designación del abogado del niño F. (fs.927 y vta.); y por último, (v) la vulneración

del concepto de centro de vida como parte integrante del principio del interés superior del niño (fs. 918/20 y ccs.).

(i) En primer lugar sostiene que ... la sentencia en crisis no se encuentra debidamente fundada, a tal punto se advertirá que respecto del objeto principal de estas actuaciones, es decir la denuncia de violencia familiar, y luego de mencionar algunas de las manifestaciones de F. en su denuncia de violencia, el fallo dice “más allá de la gravedad de los hechos narrados por F. los mismos no dejan de ser manifestaciones unilaterales que no se encuentran acreditadas, además, no han sido expuestas a la decisión de la jueza de primera instancia por lo que no han podido ser sustanciados. Hallándose comprometidos los principios de bilateralidad y debido proceso y encuadrada la cuestión en el supuesto del artículo 272 del CPCC, el Tribunal no procederá a abordar el agravio en cuestión en esta vía recursiva.” (fs. 917).

En igual sentido, afirma que “la sentencia recurrida rechaza mi agravio respecto del reintegro inmediato de los niños al domicilio materno en función de la existencia de acuerdos homologados sobre tenencia y régimen de visitas. Aquí vemos como el no haber tratado la violencia denunciada lleva a que la decisión tomada por la Excm. Cámara resulte absolutamente arbitraria y contradictoria. Ello, ya que no ordena el reintegro inmediato en virtud de no estar dadas las condiciones, pero rechaza mi agravio al respecto, careciendo de sentido dicho análisis, las cosas pueden ser o no ser, pero no pueden ser y no ser al mismo tiempo. Nótese que no está fundado el por qué los niños no pueden ser restituidos en forma inmediata, a excepción de la denuncia de violencia que si bien no la trataron, fue calificada como grave por la propia Cámara” (fs. 922 vta.).

A ello agrega que “la resolución es arbitraria porque sobre un mismo tema resuelve en forma dispar para las partes, por un lado descalifica el informe pericial psicológico de la experta que ha evaluado a los menores por iguales motivos que podría según su entender descalificar a los profesionales que han brindado informes de la Sra. B., nada más arbitrario, ofensivo gravoso, ello es, resolver en forma dispar en beneficio de una parte en disvalor de la otra ante

una misma situación dada. La defensa en juicio fue afectada habida cuenta de que no solo se dictó una medida distinta a la peticionada por el actor sino que no se resolvió el fondo de la cuestión planteada por el propio demandante aún considerándose la gravedad del tema traído a la jurisdicción (violencia ejercida contra los menores). En este estado de cosas, se alcanza a percibir que la alzada incurrió en un exceso ritual manifiesto y omitió sentenciar sobre cuestiones sometidas a su jurisdicción frustrando el derecho federal invocado” (fs. 930).

En sustento de su queja, destaca que “el equipo técnico del juzgado de familia, como la psicóloga de la Asesoría de Incapaces y la propia Asesora de Incapaces dieron sustento a las denuncias de los niños.” (fs. 917 y vta.).

Concretamente afirma que lo que “...debió haber resuelto la Excma. Cámara de Apelaciones es haber devuelto los autos a primera instancia a efectos de que se sustancia la denuncia de violencia familiar y se produzcan las pruebas pertinentes. De ninguna manera podría resolver desoyendo el objeto principal de estos actuados la violencia. Entonces, esta parte se pregunta en virtud de qué resuelve el resto de las cuestiones, es decir, si el proceso comienza con una denuncia de violencia familiar y una reconvenición, y la violencia no es tratada ni sustanciada, a qué se debe la revinculación, ¿por qué no se ordena el reintegro?, en virtud de qué se expide sobre el centro de vida, si es que los niños hace casi un año y medio viven en Buenos Aires y concurren al Colegio”. “y tienen sus redes de contención en Buenos Aires, por qué se dice que actué de hecho si no se ha sustanciado la violencia, nunca se pudo demostrar con las pruebas que requiere el Tribunal, ya que a los niños aparentemente no les cree, que en realidad mi accionar fue justificado en su protección, ajustado a derecho y, es más, quien inició el expediente tanto e Capital Federal como en Campana fue el suscripto. Como vemos, son cuestiones imposibles de resolver si no se trata la causa de todo esto, niños que denuncia haber vivido graves, reiterados, y sostenidos hechos de violencia por parte de su madre. Ello trae aparejada la cuestión de la competencia, toda vez que el juez que debe intervenir en la problemática denunciada por los niños es el que tenga jurisdicción en el lugar de residencia de los niños, sin que aporte a su respecto si el mismo se produjo en forma legítima o no” (fs. 918 vta.).

Sobre este punto, puso de relieve que “ Un día después de la presentación efectuada por F., es decir el 27 de enero de 2016, se diligenció en mi domicilio una orden de restitución por medio de oficiales de justicia y con el auxilio de la fuerza pública, es decir, al otro día en que F. solicita ser protegido por la justicia de la provincia de buenos aires por la violencia de la que habían sido víctimas él y sus hermanos, se presentaron dos oficiales de justicia y alrededor de cinco policías intentando llevárselos por la fuerza, además de estar presente la madre de los niños y su letrado. Dicha medida fracasó por advertir los oficiales de justicia y los miembros de la policía federal, que los niños genuinamente se negaban a volver con su madre, en medio de un ataque de nervios, llantos y gritos de desesperación, más allá de la colaboración que el suscripta estaba prestando intentando calmar a los niños” (fs. 913 y vta.).

Por último puntualizó que “Ruego que se lea la petición de la Sra. B. en su presentación de fs. 628 punto IV de medidas requeridas. Si luego de dicha lectura no se prueba la violencia y el desinterés en el bienestar de nuestros hijos, es que no se vela por el derecho sino por el capricho de alguien que incita a la violencia, son solo para obligar a sus hijos que niegan estar conviviendo con la misma a que se los reintegre por la fuerza pública como así también solicitar que no se le comunique a la Asesora la medida a realizarse. Parece increíble que ello suceda en un expediente judicial que haya sido peticionado por una madre que asimismo es abogada, que el expediente sea de violencia denunciada en su contra y que además tengan acogida sus pretensiones por el *a quo*. Todos y cada uno de los informes presentados por la Asesora de Menores que interviene en la causa han quedado en letra muerta, ello es, no se ha atendido a la auxiliar que debe velar por los intereses de los menores. Tampoco se la ha escuchado No sólo en interés de los menores no se ha escuchado a los mismos son también se ha pretendido y se pretende (ya que a la fecha tampoco han cambiado su voluntad) compelerlos a la fuerza a vivir un estilo de vida indeseado y actuar para con ellos a la fuerza cuando se encuentran bajo el cuidado de su padre, con su pariente a fin, en un establecimiento escolar que hablar maravillas de ellos ...” (fs. 929)”

(ii) En segundo término se agravia por considerar la incongruencia del fallo apelado al sostener que “La sentencia recurrida, traspuso el ámbito de conocimiento que le es propio e ingresó arbitrariamente en un capítulo no propuesto por la parte accionante. Al hacerlo, conculcó, en definitiva, el principio capital de la incongruencia. De tal suerte, la actuación de la sala conlleva a un menoscabo a la garantía del debido proceso, con la consecuente afectación, de indiscutible gravedad ... El Tribunal de alzada decidió confirmar un pronunciamiento dictado en flagrante violación del principio de modo congruencia. En su escrito de inicio he manifestado hechos de violencia vividos por mis hijos, de modo que la sentencia con un inaceptable desvío conceptual de la atribución del *iura novit curia* resolvió otorgar una medida de restitución lo que ha importado una demasía decisoria que toma nulo el pronunciamiento y obliga a su invalidación incluso *ex officio*. Es decir, la incongruencia del fallo radica en seguir los lineamientos de la resolución dictada en primera instancia en función de la restitución inmediata de los niños al domicilio materno a la localidad de C., donde la lógica indicaba que los tratamientos psicológicos y su escolarización se realizaran en dicha jurisdicción, más no cuando se estableció en forma previa un proceso de revinculación progresivo reconociendo en forma expresa que la residencia actual de los niños es en la C.A.B.A., pero manteniendo los tratamientos psicológicos y la escolarización en la localidad de C. Máxime cuando el interés superior de los niños bajo dichas condiciones no se encuentra mínimamente respetado, dado que se los somete a un esfuerzo inhumano y privándolos de esta forma de una vida plena que comprenda el esparcimiento, la sociabilidad, el descanso e incluso el tiempo para el estudio” (fs. 931 y vta.).

Puntualmente, pone de relieve que “... es dable observar, que en el andarivel elegido por el Tribunal apartándose del que se propusiera en la demanda como pretensión cautelar, resulta ostensible el quiebre del principio de bilateralidad y contradicción que, como es sabido, constituye el eco procesal de una manda constitucional que los jueces deben privilegiar. En el caso de autos se ha decidido derechamente como pretensión principal agotándose así el objeto del proceso, sin que la real parte actora que debe soportar las consecuencias

de la decisión, haya tenido la más mínima oportunidad de ser oída en forma actual ... Asimismo es agravante la conversión *extra petita* de la medida cautelar peticionada por esta parte, sin previa resolución cierta del objeto principal, reitero, denuncia de violencia acontecida para con mis hijos menores de edad.” (fs. 926 vta.).

En definitiva sostiene que, “En tales circunstancias se alcanza a vislumbrar sin hesitación alguna que la decisión de la Cámara no resulta válida, toda vez que ha producido una directa afectación del carácter contencioso del conflicto y ha comprometido la garantía constitucional de la defensa en juicio, así como el orden público que inspira todas las disposiciones que gobiernan el debido proceso legal ... la privación del acceso a la tutela judicial efectiva no puede ser convalidada. La magnitud del vicio que en el caso se destaca, encuadra en el marco excepcionalísimo que conforma la invalidez de oficio, prerrogativa que este Tribunal ha reservado a casos extremos como el de autos ... El grave remedio procesal de anulación oficiosa en la instancia extraordinaria, corresponde, entonces, ante tal inusual supuesto de absoluta incompatibilidad con el debido proceso ..., entiendo que corresponde declarar la nulidad de oficio de todo lo actuado a partir de las peticiones de medidas formuladas por la Sra. Asesora de Incapaces de primera instancia de fecha 29 de diciembre de 2015, toda vez que fueron peticionadas a efectos de poder emitir su dictamen y que a la fecha aún o se han producido” (fs. 927 y vta.).

(iii) En tercer lugar, sostiene que “la decisión impugnada incurre en un perfeccionismo y/o paternalismo incompatible con el principio de autonomía progresiva de los niños. La sentencia no valora debidamente los principios protegidos en la Constitución Nacional, al presumir *iure et de iure* que se genera un daño para los niños. La situación de los menores no ha sido evaluada por el Tribunal *a quo* a los fines de decidir en la forma en que lo hizo, en tanto omitió tener contacto personal actual con los niños conforme el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sostengo que el fallo no respeta las responsabilidades, derechos y deberes de los padres de impartir a sus hijos cuidado y educación tal como lo dispone el art. 5to de la mencionada Convención,

y ante la violencia ejercida por la madre y denunciada por los niños me vi en la obligación de protegerlo, primero físicamente e inmediatamente poner en conocimiento a la Justicia de dicha situación. Mal puede decirse que actué de hecho y por fuera de la ley, menos aún en forma inconsulta, cuando fueron los propios niños los que pidieron no volver” fs.924 vta.).

Específicamente alega que si bien F., M. y F. han sido escuchados” ... sus opiniones no fueron tenidas en cuenta, sino que, por el contrario han sido absolutamente desestimadas y devaluadas. La alusión a que los tres niños se encuentran tomados por las palabras del padre, que su opinión se encuentra absolutamente invalidada por una suerte de alienación con el discurso paterno, no es más que seguir sosteniendo las viejas prácticas que avalaban la teoría el niño fabulador ... Es por ello que, ya hace años, distintos especialistas vienen tratando de desmontar estas supuestas teorías anticientíficas que termina convirtiendo al derecho humano de los niños a ser oídos en meros actos formales. Lo escuchamos, nadie puede negarlo, pero no le creemos nada, no conmueven sus palabras, ni siquiera a riesgo de poner en peligro su integridad física, psíquica y espiritual” (fs. 920 vta.).

Por ello, alega que “las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso. Y póngase atención a esta última definición caso por caso. Aquí se trata un adolescente de trece años, una niña de ocho y un niño de diez Nos preguntamos ¿se analizó el caso por caso o se invalidó la palabra de los tres en bloque?, ¿cuál es el fundamento para haber negado la más mínima verosimilitud a las palabras de cada uno de ellos?... La Cámara dice ‘ ... que ha oído a los niños en presencia de la Asesora de Menores, en los términos del art. 103 del C y C en cumplimiento del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y que si bien han expresado una negativa a retomar la convivencia con su progenitora dejando a salvo la alternativa de mantener encuentros supervisados con la misma, no es menos cierto que se advierte un encono con el rol materno que se presenta llamativo por su falta de sustento en hechos concretos y comprobados de la causa que revistan entidad y gravedad para explicitar tal cerrazón, dando lugar a considerar que la misma es en gran

medida un efecto nocivo de la interrupción brusca, unilateral e inconsulta del vínculo que tuvo lugar a partir de octubre de 2015'. Que se advierta encono con el rol materno y que el mismo se 'presente llamativo' y que de lugar a considerar que la misma tiene causa en el accionar del progenitor, no son más que inferencias que realiza el Tribunal y no parecen los términos más convincentes para fundar una sentencia. Más aun, teniendo en cuenta, además, que valoran por un lado que los hechos alegados por los niños no revisten entidad ni gravedad para explicitar sus opiniones cuando, por el otro, párrafos más arriba, a fs. 259 se afirma que 'Más allá de la gravedad de los hechos narrados por F. no dejan de ser manifestaciones unilaterales que no se encuentran acreditadas', entonces ¿los hechos denunciados por los niños, en particular por F. son de poca entidad o son graves? ... la sentencia en crisis adolece de incongruencias, pero también está teñida de prejuicios en relación a la capacidad de los niños de poder hablar y decir, opinar sobre aquellos que le acontece, sin necesidad que nadie les lave la cabeza" (fs. 922).

Por último, se agravia por considerar que se ha omitido el deber de comunicar a los niños y explicar de qué modo sus opiniones han sido tenidas en cuenta (fs. 922 y vta.).

(iii.a) Por otra parte alega que se ha privado a los niños del derecho a contar con una defensa técnica especial. Al respecto sostiene que " ... en el corto e incompleto trámite que se le imprimió en primera instancia previo al dictado de la sentencia, en ningún momento se le informó a los niños su derecho constitucional, recogido por la nacional 26061 y provincial 14568 a contar con patrocinio letrado, más allá de la defensa promiscua de la Asesoría de incapaces, pero, peor aún, pese al expreso pedido formulado por el suscripto, la Asesora de Incapaces y el propio F., como vemos, la Sra. Juez de primera instancia hizo oídos sordos a dicha solicitud, sin siquiera averiguarlas, violando de esta forma el debido proceso, el derecho de defensa en juicio y principalmente el interés superior del niño y demás principios rectores. Es decir, se dictó la sentencia de primera instancia sin sustanciarse la violencia denunciada, sin dictamen de la asesoría de incapaces departamental y sin nombrar abogado a ninguno de los

niños, en especial, tampoco a F., quien expresamente lo había solicitado” (fs. 911).

Concretamente, entiende que “Se cubre el Tribunal aduciendo que se encuentran representados por el Ministerio Pupilar, sin embargo vemos que esto es contrario a la ley 14568 en cuanto a que dispone que los niños deberán tener letrado independientemente del patrocinio promiscuo de la Asesoría de Menores. No olvidemos que la Asesoría de Incapaces, solicitó previo a dictaminar se llevaran a cabo determinadas medidas periciales en protección de sus asistidas, petición que no fuera ni siquiera tenida en cuenta al momento de dictarse la sentencia de primera instancia y que tampoco fueron producidas previo al dictado de la sentencia de alzada” (fs. 923) Asimismo se agravia por las consideraciones vertidas por la alzada departamental respecto de la designación del Dr. M., como abogado del adolescente F. en cuanto señaló que dicha designación no resultaba adecuada a las exigencias legales y considera que, además, éste defendió los intereses del progenitor, y no los del adolescente (fs. 923 vta. y 924).

(iv) Por último, el impugnante alega violación del concepto de centro de vida, como parte integrante del principio del interés superior del niño (fs.918/9). En este aspecto, reitera sus agravios respecto de la omisión de considerar la opinión de los niños, quejándose, en particular, por las afirmaciones efectuadas respecto de que ‘el discurso de los niños se encuentra alineado al de los adultos, sin que se les permita pensar autónomamente ni desear por ellos mismos’ (fs. 910 vta.).

Sobre este el punto, expresa que “... más allá del accionar ilegítimo que se me achaca y que he venido negando sistemáticamente en cada presentación, explicando que la decisión tomada lo fue en protección de la integridad física y psíquica de mis hijos, no resulta posible concluir en que los niños posean un ‘centro de vida’ estable y permanente en C. ... Mis hijos desde octubre de 2015 viven en la C.A.B.A., aquí concurren al colegio y han desarrollado amistades y afectos ... Sin embargo, obligar a los chicos a concurrir al Colegio en C., a 80 km de donde hoy residen, a las 8.00 de la mañana para comenzar el

retomo a las 17 hs., para arribar al hogar luego de una hs. y media de viaje al menos, luego de haber transcurrido la doble jornada escolar no solo implica levantarse contra su interés superior, sino que los somete a un sacrificio cotidiano que no tiene, a juicio de esta parte, ningún fundamento jurídico. En el mismo sentido se ha expedido la Sra. Asesora de Incapaces quien apeló la resolución que disponía que los niños concurren a dicho establecimiento diciendo que ‘... resultaba una sin razón que repercutirá en la integridad psicofísica de asistidos’ (fs. 919 vta.). Concretamente, alega que la Excma. Cámara de Apelaciones resuelve que “... los niños viajen todos los días hasta la localidad de C. Máxime cuando se advierte de la misma resolución que uno de los dos motivos que se da para que el proceso de revinculación, colegio y tratamiento psicológico sea llevado a cabo en Z.C. es la inmediatez con el juzgado, con lo que pareciera que prima la cercanía con el Tribunal por sobre el interés superior del niño, ya que viven en C.A.B.A. Independientemente de ello, no consta en autos informe alguno sobre el estado actual de los niños para enfrentar un proceso sin las pericias previas necesarias. Desde ya si hay algo seguro, es que su opinión no ha sido tenida en cuenta al resolver como lo hizo” (fs. 918).

A mayor abundamiento se agravia por el fragmento del decisorio que resuelve hacer cesar los tratamientos psicológicos que llevan a cabo los niños, “poniendo en riesgo su salud psíquica creando un impacto emocional disvaliosa, traumático, generando sentimientos de desamparo, inseguridad, pérdida de confianza y peor aún descreimiento en las leyes y en la justicia” (fs. 918).

III.

En mi opinión el remedio debe prosperar.

Liminarmente resulta preciso recordar que “la apreciación de las circunstancias del caso para determinar la tenencia de menores en función del interés de los mismos y de la idoneidad de los progenitores, es una cuestión de hecho, privativa de las instancias ordinarias (conf. Ac. 50.246, sent. del 17-11-1992; Ac. 44.881, sent. del 5-3-1991; Ac. 39.648,

sent. del 9-5-1989- en ‘Acuerdos y Sentencias’, 11-2-1989; Ac. 78.099, sent. del 28-3-2001)” (SCBA; C107820, sent. del 11-8-2010) de modo que se exige para su revisión la denuncia y demostración del absurdo que, en la especie, considero configurado.

En efecto, resulta sabido que, de conformidad con la doctrina legal de esa Corte, “Para la configuración del absurdo, no es suficiente denunciarlo y exponer una interpretación o valoración propia, sino que hace falta demostrar fehacientemente que el procedimiento lógico-jurídico empleado por el juzgador resultó irrazonable y contradictorio, partiendo siempre de que el error en la apreciación de la prueba debe ser palmario y grave, de modo que lleve a conclusiones contradictorias, inconciliables con las constancias objetivas de la causa” (SCBA, A70.986, sentencia del 28 de diciembre de 2016, entre muchas otras).

Al respecto ha sostenido AUGUSTO MORELLO que *“la configuración del absurdo no es rigurosamente un vicio de actividad, sino el resultado de esa actividad en la sentencia, en el área de la prueba. El sentido de ella es el que a su vez acuerda significación jurídica y define la dirección del fallo. Por la valoración errónea los hechos -admitidos o probados- no son respetados y este defecto repercute frontalmente en la derivada tarea de la aplicación de la ley. El vicio de esa motivación desborda el error de actividad y se encasilla en los de la decisión (juzgamiento)”* (MORELLO, AUGUSTO, *Los recursos extraordinarios y la eficacia de proceso*, v. 2, p.559 citado en HITTERS JUAN CARLOS, *Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación*, 2da ed., La Plata, Edit. Platense, 1998, p.464).

Siguiendo tales pautas, adelanto mi opinión según la cuál la sentencia impugnada adolece del vicio de incongruencia, al arribar soluciones incompatibles entre sí e incurre en el vicio de falta de motivación al omitir brindar adecuado tratamiento a las graves cuestiones sometidas a su revisión, especialmente en el contexto de elevada conflictividad en el que se enmarcan las quejas planteadas por cada una de las partes involucradas.

Adviértase que, en rigor, al rechazar los agravios planteados en la totalidad de los remedios analizados -con excepción del rechazo parcial que mereció el recurso planteado por la progenitora-, se confirmó la decisión de fs. 142/9 y vta, (29 de diciembre de 2015) que, en lo sustancial, dispuso el reintegro de los niños a su madre y, al mismo tiempo, se confirmaron las decisiones de 509/9bis y 691/3 (25 de febrero de 2016 y 5 de septiembre de 2016 respectivamente) que ordenaron el traslado diario de los niños a la localidad de C. a los fines de concurrir a la escuela y la habilitación de un dispositivo revinculación con su madre -lo que supone, y precisamente allí radica la incongruencia, ratificar la permanencia de los niños junto a su progenitor-. En otras palabras, tal como sostiene el recurrente en su remedio, no surge con claridad de los términos de la decisión impugnada si ésta ordena el inmediato reintegro de los niño a su progenitora (como fuera decidido a fs. 142/9 y vta.), o si, en cambio, dispone el mantenimiento de la guarda de los niños en cabeza del progenitor, al decretar el traslado diario de los niños a C. con el objeto de asistir a la escuela, y la revinculación con su madre con intervención terapéutica especializada.

Por otra parte, la ausencia de motivación suficiente se expresa a través de la omisión del tratamiento de las cuestiones esenciales llevadas a conocimiento del órgano revisor a través de los múltiples remedios articulados, entre los que cabe destacar: a) la férrea y reiterada oposición de los niños a regresar junto a su madre, a pesar de la orden de reintegro dispuesta a fs. 142/9vta; b) la oposición de los niños a vincularse con su madre (ver fs. 551/2, 637/641 y ccs); c) los hechos de violencia denunciados por los niños contra ésta (fs. 209/19 vta.); d) el riesgo alegado por el padre y por la Sra. Asesora respecto los niños en virtud de las decisiones que, ante la imposibilidad de efectivizar la ejecución de la medida de reintegro de los niños al hogar materno en la localidad de C. (fs. 164 254/7, 313/6, 519, 529/42 y ccs), dispusieron el traslado diario de los mismos aquella localidad a los fines de concurrir a terapia y de asistir al colegio “”.

Pues, adviértase, en primer lugar, que de 1a lectura del decisorio impugnado surge que prácticamente la totalidad de los agravios

considerados por el tribunal fueron desestimados por razones de índole eminentemente formal desconectadas de la urgencia y gravedad de los hechos sometidos a revisión, vulnerando a las claras los principios generales que gobiernan los procesos de familia, en especial, los principios de la tutela judicial efectiva, del interés superior del niño, de apoyo interdisciplinario y de oficiosidad (arts. 706, 707, 709, 710 y ccs Cód.Civ. y Com.).

Más concretamente, una lectura detallada del pronunciamiento en crisis evidencia que, en aquellos tramos en que la argumentación se enderezó al tratamiento de los agravios desde una perspectiva de derecho de fondo, las razones desplegadas se redujeron a replicar los términos en que fuera oportunamente resuelta la cuestión vinculada con la determinación del centro de vida de los niños, cuya decisión se encuentra firme y consentida. (Sent. Sala B, Cám Nac. Civ. fs.2/8 -13 de noviembre de 2015-).

Agrava lo expuesto la circunstancia de que, en oportunidad de ingresar al análisis del agravio vinculado con la violencia denunciada por F. contra su madre, la alzada concluyó que “Más allá de la gravedad de los hechos narrados por F. los mismos no dejan de ser manifestaciones unilaterales que no se encuentran acreditadas, además, no han sido expuestas a la decisión de la jueza de primera instancia, por lo que no han podido ser sustanciados. Hallándose comprometidos los principios de bilateralidad y debido proceso y encuadrando la cuestión en el supuesto del art 272 CPCC, el Tribunal no procederá a abordar el agravio en cuestión en esta vía recursiva” (fs. 807).

Ello pues, no caben dudas que tal conclusión no sólo resulta inconciliable con las constancias de la causa (ver fs.209/20, 221/3, 224,235, 320/7, 364y ccs.), sino que vulnera la totalidad de normas específicas - incluso la doctrina legal de esa Corte - que obligan a los jueces a adoptar medidas urgentes para asegurar la protección contra cualquier forma de violencia familiar, especialmente, como en el caso, cuando se trata de personas menores de edad (Convención sobre los Derechos del Niño, Observación General del Comité de Derechos del Niño N.º 13/2009 sobre el Derecho del Niño a no ser objeto de

ninguna forma de violencia, leyes 24779 y 14509 sobre protección contra la violencia familiar y ccs.). Es decir, más allá de la inoportunidad procesal destacada por la alzada respecto de las manifestaciones vertidas, si éstas expresan situaciones graves y urgentes, corresponde al juez adoptar medidas adecuadas, e incluso, ante la ausencia de elementos de prueba acreditados, ordenar la realización de pruebas oficiosamente a los fines de contar con los elementos necesarios para poder adoptar las medidas precautorias adecuadas (art. 709 C. C. y C).

En autos, se omitió adoptar las medidas de prueba indispensables para valorar rigurosamente los efectos y eventuales riesgos que pudieran implicar las decisiones a adoptar respecto de la vida de estos niños.

Sobre este punto ha sostenido esa Corte que “La única medida dispuesta por el Tribunal fue la comparecencia del grupo familiar (fs. 11) cuando la legislación especial aplicable -ley de violencia familiar- determina amplias facultades para sustanciar pruebas destinadas a demostrar la verosimilitud de los hechos, cuya realización resulta indispensable como paso previo a determinar la medida protectoria adecuada, máxime que, por la propia naturaleza del problema, necesita del impulso de oficio y de una justicia de acompañamiento. En virtud de lo expresado, considero que el ‘a quo’ no brindó un contexto resguardador de los derechos de las personas que se encuentran en circunstancias desfavorables de especial vulnerabilidad, por hallarse afectados por cuestiones de violencia familiar. En tales condiciones se privó al denunciante y a su grupo familiar del acceso a la tutela judicial efectiva (arts. 18 de la Constitución nacional, 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires). Por lo demás, tampoco se cumplió con el mandato constitucional de garantizar el acceso a la jurisdicción, en condiciones de igualdad; garantía que ha sido objeto de compromisos asumidos por el Estado nacional mediante la suscripción de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos ... La magnitud del vicio apuntado se enraíza en el marco excepcionalísimo que conforma la invalidez de oficio, prerrogativa que este Tribunal ha reservado para casos extremos (véase MORELLO, ‘La anulación de oficio de las sentencias’, en ‘La casación. Un modelo intermedio eficiente’, ed. Platense, 1993, p. 379 y sgtes.)” (SCBA, del voto del Dr. De Lázari en causa C99204, sentencia del 20 de septiembre de 2006).

Puntualmente, se ha afirmado que “Lo único que se le prohíbe al juez en la ley 12.569 es no hacer nada. Quedarse impasible frente a la violencia, cuando tiene a su alcance una gama de opciones para ofrecer protección a personas tan vulnerables como las que sufren agresiones, máxime, cuando estamos hablando de menores. De lo contrario, le sumaríamos a la violencia en el hogar la violencia institucional, dejaríamos a la víctima sin ninguna puerta para golpear y en total desamparo” (SCBA, del voto del Dr. Genoud en causa C.99.204, sentencia del 20 de septiembre de 2006).

Más recientemente, esa misma Corte señaló que “Ante la víctima de violencia sexual, familiar y de discriminaciones, se requiere de medidas de especial protección a través de la aplicación del mandato constitucional y convencional nivelador (arts. 75 incs. 22 y 23 de la Const. nacional y 2 de la C.E.D.A.W. junto a Belém do Pará; 16 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) que permitan al juzgador, advertido de la situación contextual por la que atraviesa, ser agente de cambio en el diseño y ejecución de su proyecto de vida (arts. 75 incs. 22 y 23 de la Const. nac.; 2, 3, 6 inc. a y 7 inc. b, d, f y g de la Convención de Belém do Pará). Si no se da una intervención oportuna en auxilio de la víctima, sumaríamos a la violencia en el hogar la violencia institucional. (SCBA, C 118.472, sentencia del 4 de noviembre de 2015).

Concretamente, del trámite de las presentes actuaciones surge que, sobre la exclusiva base de los informes elaborados por el equipo técnico del juzgado y por parte de la perito psicóloga de la Asesoría de Incapaces con fecha 9 y 10 de diciembre de 2015 -a fs. 68/9 y 80/2 de los que surge la recomendación de establecer un régimen de revinculación paulatino entre los niños y su madre -, se adoptaron la totalidad de las ‘oscilantes’ decisiones que fueron objeto de revisión ante la Cámara departamental.

Adviértase que más allá de lo ordenado a fs. 142/9 -y reiterado a fs.549, 596, 601 y 676- el único informe agregado con posterioridad a los informes citados preferentemente (fs. 68/9 y 80//2), fue la pericia ambiental realizada en el domicilio de la progenitora obrante a fs. 695 (5 de septiembre de

2016) en la que se entrevistó a la Sra. B. y se concluyó que” Sería importante que los hijos retomen la vinculación con su progenitora bajo la supervisión de un profesional que evalúe dichos encuentros, si bien al momento de ser entrevistada por la suscripta no se observan en la Sra. B. características que puedan resultar nocivas para sus hijos” (fs. 696).

En otras palabras, se advierte del trámite de las actuaciones que las modificaciones operadas respecto de los alcances de las resoluciones adoptadas a lo largo del trámite de la causa -justificadas, sustancialmente, en la imposibilidad de ejecutar la decisión adoptada a fs. 142/9 en virtud de la férrea oposición de los niños (fs.164 y vta.; 166/; 193/4; 218/9; 231/33vta; 254/; 272/3; 315/7; 320/7; 509/9bis; 519 y vta.; 529/42; 558; 637/41 y ccs.) -han sido decididas sin contar con ninguna prueba tendiente a proporcionar elementos para evaluar con carácter previo el riesgo o impacto directo de cada una de las decisiones en la vida de los niños.

Si bien las citadas omisiones resultan suficientes, a mi entender, para descalificar el decisorio impugnado, no resulta posible soslayar el grosero error que evidencia el decisorio en relación con una cuestión cuyo tratamiento, expresa, en rigor, el *quid* del conflicto sometido a la jurisdicción: la oposición sostenida y contundente manifestada por F. (13), M. (10) y F. (8) de regresar a convivir junto a su madre al punto de imposibilitar la ejecución de las medidas adoptadas por la jurisdicción (fs. 164 y vta., 166/; 193/4; 218/9; 31/33vta; 254/7; 272/3; 315/7; 320/7; 509/9bis; 519 y vta., 529/42; 558; 637/41y ccs).

En relación con la manifestación expresada por F. a través de los remedios de apelación articulados por sí, patrocinado por el Dr. M. como abogado del niño, la alzada sostuvo que “ el encono hacia el rol materno se presenta llamativo por su falta de sustento en hechos concretos y comprobados de la causa que revistan entidad y gravedad para explicar al cerrazón, dando lugar a que la misma es en gran medida un efecto nocivo de la interrupción brusca, unilateral e inconsulta del vínculo que tuvo lugar a partir de octubre de 2015”. De ello se sigue, sin más, que la Cámara resuelve descartar la opinión manifestada

por un adolescente de 13 años. (fs. 66, 68/9, 80/2, 126/9, 637/9, 641 y ccs), en contradicción con la presunción de capacidad establecida para los adolescentes (art. 26 y ccs. C.C. Y C. y sin ninguna prueba que le sirva de sustento para justificar tan severa afirmación. (arts. 706, 707 y ccs. C. C. y C.).

En efecto, como lo señalara precedentemente, no luce agregada ninguna pericia psiquiátrica ni ambiental a los progenitores, ni ninguna otra destinada a evaluar la situación actual de los niños que permita brindar sustento a la conclusión según la cuál la opinión de los niños resulta 'influenciada' por el progenitor conviviente. En rigor, si bien la alzada remite al informe del equipo técnico del juzgado que fuera utilizado por la magistrada de primera instancia como fundamento de su decisión (ver fs. 804 vta., 144 y 68/9), es preciso recordar que el citado informe concluye que "De los encuentros con los niños P. B. se podría inferir un discurso alineado al de los adultos responsables, quedando los mismos expuestos a una conflictiva de larga data entre las partes." (destacado propio), sin que surja de ello elemento alguno que proporcione sustento las conclusiones sostenidas por la magistrada de primera instancia según la cual "los niños no se encuentran en condiciones de pensar autónomamente ni desear por sí mismos" (fs. 146 y vta.) y por la Cámara departamental en cuanto afirmó la negativa expresada por los tres niños a mantener encuentros supervisados con su progenitor "carece de sustento en hechos concretos y comprobados en la causa que revistan entidad y gravedad para explicar tal cerrazón" (fs. 813).

Es decir, en mi opinión, las conclusiones referidas encuentran sustento en afirmaciones desprovistas de prueba suficiente cuya prudente determinación exige la acreditación fehaciente de sus extremos mediante elementos de juicio concluyentes, ausentes en el *sub examine*.

En el mismo sentido se inscribe el informe recientemente remitido por la Sra. Asesora de Incapaces y recibido por esa Corte con fecha 8 de mayo del corriente, en el que se pone en conocimiento de ese Tribunal la traumática situación que atraviesan los niños en la actualidad al ser obligados a asistir al Colegio " " en ... en contra de su voluntad que se continúa

mostrando *inquebrantable* y se acompaña un detallado informe elaborado por las autoridades del instituto educativo en el que se hace saber que, atento a la imposibilidad de lograr un proceso de aprendizaje y enseñanza adecuado se ha adoptado un dispositivo especial consistente en “dos días de trabajo en la escuela y tres días de producción de los estudiantes en su casa, con el objetivo de lograr paulatinamente la integración de los alumnos, la continuidad de la escolaridad y el reajuste emocional’ (sic).

De conformidad con lo expuesto considero que el pronunciamiento en crisis ha desenfocado el punto de partida de la cuestión pues, si bien, la conducta del progenitor que ha procedido a modificar el centro de vida de los niños de manera ilegítima resulta una cuestión esencial para el adecuado análisis del conflicto que se ventila, la sola comprobación de este extremo sin una adecuada valoración sobre la existencia de las condiciones para el desarrollo integral de los niños de conformidad con su superior interés -que supone tener en cuenta su opinión conforme su edad y grado de madurez- conduce a conclusiones inconciliables con el principio según el cuál “No se trata de castigar a los adultos sino de privilegiar por sobre los intereses de aquellos los de un niño ...” (SCBA C. 91.622, sentencia del 26 de octubre de 2010).

En definitiva, la determinación de la conducta del progenitor adoptada por la alzada, no exime al juzgador de la tarea de valorar ni demostrar de qué modo la decisión adoptada preserva el interés superior de los niños de conformidad con “la satisfacción de sus necesidades específicas en función de su realidad biográfica” (SCBA, C. 107.820, sentencia del 11 de agosto de 2010) pues, como se refirió *ut supra*, el eje de la cuestión ventilada se centra en el bienestar de los niños, más allá de los eventuales derechos de los padres.

En relación con la controvertida aplicación del principio rector del interés superior del niño cabe recordar que el Máximo Tribunal de la Nación sostuvo que “Sin ignorar los disensos que ha generado el alcance de dicho concepto, sea que se le signen unos contornos de mayor amplitud, o se lo subordine al interés general y familiar, o se lo identifique con el

respeto por los derechos fundamentales de la niñez, lo cierto es que ese mejor interés es lo que define la consistencia de cualquier litis en la que se discuta la guarda de una persona menor de edad (...). Entonces, la verdadera 'quaestio' que subyace en estos asuntos es la conveniencia de la persona en formación, y su búsqueda eficaz es una acuciante responsabilidad de los jueces. De ella ha de partir la labor decisoria, puesto que el modo de ser propio de ese tramo crucial de la existencia humana (y del plexo jurídico que la rige), impone como primordial e impostergable, que se persiga lo mejor para los hijos y se arbitren los medios eficaces para la consecución de ese propósito. Como se apuntó más arriba, estamos aquí frente a un concepto abierto. Consecuentemente, los jueces -en el desenvolvimiento de su ministerio eminentemente práctico- están llamados a asignarle unos contenidos precisos y, al mismo tiempo, a dar buenos fundamentos acerca de la selección que realicen, para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales. En ese orden, si se quiere que aquella idea general sea operativa y conduzca a un resultado justo, los tribunales deben integrarla en forma razonable, lo cual implica sopesar las circunstancias del caso concreto, sobre la base de los parámetros aceptados por la prudencia judicial y la doctrina, y enriquecidas por las disciplinas afines ... "(conf. CSJN, Fallos 331:941, sentencia del 29 de abril de 2018).

Sobre este punto ha sostenido esa Corte que "al decidir respecto de la tenencia y régimen de visitas de un menor no puede prescindirse de recabar la opinión del niño." (SCBA, C. 107.820, sent. del 11-8-2010 y C 91622, sent. del 26-10-2010) y que "escuchar al menor no implica que eventualmente no puedan desatenderse sus preferencias expresadas, si de los elementos obrantes en poder del juez, en particular los provenientes de una objetiva valoración de su medio, para lo cual cabe contar con el aporte inestimable de asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés, en cuyo caso se toma necesario equilibrar esa posible frustración mediante adecuados auxilios terapéuticos y fundamentalmente orientándolos a la comprensión de la decisión y sus motivos. De todos modos es menester que en tales

supuestos de colisión con el deseo del menor el juez exprese los motivos de su apartamiento de la opinión recogida” (SCBA, C. 78.728, sentencia del 2 de mayo de 2002).

En esta misma línea se ha pronunciado el Comité de Derechos del Niño al afirmar que “Dado que el niño tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia” (párrafo 45, Observación General N.º 12/2009 sobre el derecho del niño a ser escuchado).

En idéntico sentido, la Corte Interamericana señaló que “La Corte constata que la Corte Suprema de Justicia no explicó en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, el Tribunal observa que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño (supra párr. 197). Por lo anteriormente indicado, la Corte concluye que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1

de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R.” (CIDH, “Atala Riffo vs Chile”, sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafos 196-208).

Por último, en relación con los alcances brindados por la resolución impugnada respecto de la designación de abogados para los tres niños considero que no corresponde expedirse en esta instancia en virtud de resultar abstracta la cuestión en razón del desistimiento formulado por el progenitor respecto de la solicitud de designación de abogado para los niños M. y F., y de la decisión de la propia Cámara de tratar los planteas efectuado por el Dr. M. en su carácter de abogado patrocinante del menor F. P. B., sin perjuicio de las manifestaciones vertidas en los puntos V) y VI) de fs. 813 y vta.

En virtud de lo expuesto, propicio a VE hacer lugar al remedio que dejo examinado y de volver los autos a la instancia de origen a fin de que proceda a resolver la problemática traída a estos autos, de conformidad con las pautas señaladas.

La Plata, 10 de mayo 2017.

JUAN ANGEL DE OLIVEIRA

Subprocurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 135.659-1

**“D’Gregorio, María Laura -Fiscal de Casación Adjunta- s/
recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N.º
102.233 del Tribunal de Casación Penal, Sala II seguida a P., J.
A.”, fecha: 5 de mayo de 2022**



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

“D’ Gregorio, María Laura
-Fiscal de Casación Adjunta-
S/Recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley en causa
N.º 102.233 del Tribunal de
Casación Penal, Sala II seguida
a P., J. A.”

P 135.659-1

Suprema Corte de Justicia:

I.

La Sala II del Tribunal de Casación Penal rechazó el recurso de la especie intentado por el Ministerio Público Fiscal, y confirmó el pronunciamiento de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Azul, que resolvió revocar la resolución dictada por la Jueza de Garantías y declarar *prima facie* la prescripción de la acción penal en favor de J. A. P., en orden a los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante por su duración en el tiempo -hechos I, II y III-, abuso sexual gravemente ultrajante por las circunstancias de su realización -hecho IV- y abuso sexual con acceso carnal -hecho V-, que se le imputaron como presuntamente cometidos entre los años 1999-2000 y hasta con anterioridad a septiembre de 2007 (v. fs. 272/281 vta.).

II.

Contra dicha sentencia la Fiscal Adjunta ante el Tribunal de Casación Penal, Dra. D’ Gregorio, interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, que fue declarado admisible (v. fs. 283/311 vta. y 312/314).

III.

La recurrente denuncia que al confirmar el pronunciamiento que declaró la prescripción de la acción penal respecto de los delitos de abuso sexual en los que la víctima resultó ser una mujer menor de edad, el Tribunal de Casación Penal convalidó la errónea aplicación de la ley sustantiva (arts. 2, 62 y 63 Cód. Penal) y la Constitución nacional (art. 18). Ello, en contra de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino.

En tal sentido, reclama que las estipulaciones del art. 62 del Cód. Penal vigentes al tiempo de la comisión de los hechos investigados, sean interpretadas conforme las normas de derecho internacional relevantes en la materia, ello es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Sostiene que, en consonancia con lo anteriormente resuelto por la Cámara de Apelación y Garantías, el revisor declaró la extinción de la acción penal por prescripción por entender que, desde la fecha en que se sitúan los hechos, habían transcurrido los plazos previstos por el art. 62 inc. 2 del Cód. Penal sin que hubiese existido ningún acto que interrumpa o suspenda el curso de la prescripción (ello, considerando que si bien los hechos acaecieron entre los años 1999-2000 y 2007, la víctima realizó la denuncia el 11 de enero de 2018 y el llamado a declaración del art. 308 del Código Procesal Penal se produjo el 9 de octubre de 2019). Sobre este aspecto, manifiesta que el intermedio entendió que la condición de “niño víctima” no escapaba a las reglas comunes de la prescripción cuando los hechos fueren perpetrados por sujetos particulares.

Asimismo expresa que en los años 2011 y 2015, respectivamente, fueron promulgadas las leyes 26.705 y 27.206 que, en lo que aquí interesa, establecen reglas específicas respecto a la prescripción de determinados delitos cuando la víctima fuese menor de edad. Y que si bien es

cierto que la entrada en vigencia de dichas leyes ocurrió con posterioridad a los hechos que dieron origen a la presente causa (por lo que dicha normativa no resulta aplicable), lo cierto es que sí se encontraban vigentes los principios fundamentales que motivaron la reforma constitucional de 1994, toda vez que el Estado argentino ya había adquirido a nivel internacional el compromiso de actuar con la debida diligencia y adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, e incluir en la legislación interna la normativa y procedimientos legales eficaces a ese fin. Afirma, asimismo, que en el caso puntual a lo expuesto se suma la circunstancia de que la víctima haya sido una niña, por lo que también debe atenderse al interés superior del niño.

Destaca que tanto el imputado como la víctima resultan ser partes esenciales en el proceso y que el interés superior del niño debe ser priorizado por el magistrado cuando en la colisión de dos valores jurídicos (la protección del imputado y la de la víctima) no quede otra vía de solución. En virtud de ello, refiere que de una interpretación armónica del interés superior del niño y el derecho a la tutela judicial efectiva, surge que las normas internas relativas a la prescripción de la acción penal tienen que ser delimitadas en el presente caso a fin de resguardar derechos de mayor jerarquía.

Reclama una interpretación respetuosa de las perspectivas de infancia y de género, entendiendo que en virtud del principio de supremacía constitucional una norma de jerarquía inferior (en este caso el art. 62 Cód. Penal), no puede ser invocada para incumplir obligaciones internacionales.

Asimismo, sostiene que a partir de la reforma constitucional de 1994 los jueces tienen la obligación de realizar el control de convencionalidad entre las normas internas, la Convención y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la obligatoriedad de la aplicación de las disposiciones convencionales.

Denuncia que el fallo atacado resulta ser arbitrario por su fundamentación aparente. En tal sentido, expresa que los argumentos brindados por el revisor para rechazar el recurso fiscal interpuesto resultan inadecuados

para responder a los agravios planteados. Manifiesta que, al interponer el recurso de casación, el Fiscal no sostuvo la imprescriptibilidad de los hechos denunciados, ni que fuera un caso de excepción o que debiera dejarse de lado el principio de legalidad; sino que consideró que las acciones penales emanadas de los delitos imputados en la causa no se hallaban prescriptas, a partir de considerar que la normativa local aplicable al caso debía serlo en forma armónica con los preceptos convencionales. Afirma que el intermedio se desentiende de estos planteos, sin dar respuesta a los mismos; y que, asimismo, al reconocer la triple vulnerabilidad de la víctima (por su carácter de víctima, mujer y niña) y negarle sus derechos como tal, el revisor brindó al fallo un fundamento aparente.

Finaliza sosteniendo que la arbitrariedad del fallo también queda manifiesta al descartar la interpretación de los arts. 67 y 72 inc. 1 del Código Penal propuesta por el acusador.

IV.

Sostengo el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la Fiscal Adjunta ante el Tribunal de Casación (arts. 21, inc. 8, ley 14.442 y 487, CPP).

a. Preliminarmente corresponde destacar que en el presente caso se ponen en juego las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino, al ratificar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, además de otros preceptos receptados en Convenciones de Derechos Humanos que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad (arts. 8 y 25 Convención Americana de Derechos Humanos, 4 y 7 Convención de Belém do Pará, 3 y 19 Convención sobre los Derechos del Niño y 18 y 75 inc. 22 Constitución nacional). Por dicho motivo, entiendo que puede verse comprometida la responsabilidad internacional del Estado.

b.1. La impugnante alega que los jueces tienen la obligación de realizar el control de convencionalidad entre las normas internas, la Convención y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la obligatoriedad de la aplicación de las disposiciones convencionales. En ese sentido, denuncia la errónea aplicación de la ley sustantiva (arts. 2, 62 y 63 Cód. Penal) y la Constitución Nacional (art. 18), y la violación al principio de supremacía constitucional.

Comparto los argumentos esgrimidos por la Dra. D'Gregorio, considerando importante destacar que, a mi juicio, los instrumentos internacionales citados resultan plenamente aplicables a este caso y deben prevalecer por sobre otros derechos en pugna. La Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 23.054- B.O.: 23/3/1984), la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849- B.O.: 22/10/1990), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Ley 23.179- B.O.: 27/5/1985) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Ley 24.632- B.O.: 9/4/1996), fueron incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico mediante las respectivas leyes, adquiriendo las tres primeras *status* constitucional a partir de la reforma de 1994.

Como ya me pronuncié en anteriores oportunidades (dictámenes realizados en Causa P. 132.967, dict. de 27-V-2020; P. 133.029, dict. de 29-VI-2020; P. 134.019, dict. de 9-II-2021; P. 135.109, dict. de 1-IX-2021; entre otros), el bloque normativo supranacional referido (ya vigente al momento de los hechos que dieron origen a la presente) obliga al Estado a brindar una protección reforzada a mujeres y niños.

A ello cabe agregar que en el presente caso, la víctima denuncia al menos cuatro hechos de abuso sexual gravemente ultrajante y un hecho de abuso sexual con acceso carnal cometidos entre sus 7-8 años y sus 13 años y en el caso resulta imputado su tío político J. A. P. Aparece entonces evidente que estamos en presencia de una situación en la que no solo media violencia de género, sino también un grave ataque contra la salud física y psíquica de una

niña, debiendo por dicho motivo atender al interés superior del niño. Dicho esto, considero evidente “[...] que para estar en línea con las obligaciones asumidas al ratificar las Convenciones internacionales antes citadas, no se debería limitar el esclarecimiento, castigo y erradicación de este tipo de actos, aún por vía del instituto de la prescripción sin más [...]” (conf. Causa P. 132.967, dict. de 27-V-2020).

En línea con lo anterior, cabe destacar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Ley 19.865, B.O.: 11/1/1973) impide invocar legislación interna para dejar de cumplir con un compromiso internacional asumido, máxime en materia de derechos fundamentales. Sobre este aspecto, he de mencionar que esa Suprema Corte Provincial tiene dicho que “[...] El aludido “control de convencionalidad” importa, pues, una búsqueda de compatibilidad entre las normas locales y las supranacionales, y cuando hablamos de estas últimas no nos referimos sólo al Pacto de San José de Costa Rica, sino a otros tratados internacionales ratificados por la Argentina (que integran el corpus iuris convencional de los derechos humanos), al ius cogens y a la jurisprudencia de los tribunales supranacionales. Tal obligatoriedad redundaría -y esto es muy importante- en la responsabilidad que tienen los magistrados judiciales de cumplir a cabalidad con los tratados internacionales, aun contradiciendo a su derecho interno (art. 27 de la Convención de Viena sobre el referido Derecho de los Tratados), y de controlar a los demás poderes, ya que aquéllos tienen prioridad sobre éste” (conf. Causa A. 71.230, sent. de 15-VII-2015).

b. 2. También denuncia la arbitrariedad del fallo atacado, por su fundamentación aparente, como así también por descartar la interpretación de los arts. 67 párr. primero y 72 inc. 1 del Cód. Penal propuesta por el acusador.

Estoy de acuerdo en que la sentencia resulta arbitraria por brindar fundamentos aparentes e incongruentes.

En efecto el revisor, con cita de diversos fallos locales y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostuvo respecto de los abusos

sexuales en los que resultaren víctimas niños que “[...] las mentadas normativas internacionales que les dan respaldo en modo alguno establecen que tales hechos deban ser considerados imprescriptibles o que para garantizar su debido resguardo deban efectuarse extensiones temporales en su perseguibilidad” (fs. 277 vta.). Ello para, a renglón seguido, expresar que “[...] Se advierte entonces, sin mayor hesitación, que cuando la Corte Interamericana da contenido a los alcances que importan “el acceso a la justicia”, “la debida diligencia en los procedimientos”, la posibilidad de la víctima de contar con la “tutela efectiva de sus derechos” ser escuchada e investigado el caso por ella traído, incluso, cuando esta víctima es una niña, se refiere a que se proceda a la investigación, se otorgue celeridad a sus trámites y seriedad, y se le conceda -sin perjuicio de la posibilidad de que operen normas vinculadas a la prescripción- la posibilidad a arribar a la verdad de los hechos incoados, aun cuando el acceso a esta verdad no implique acarrear consecuencias jurídicas al imputado” (fs. 278 vta./279).

Sin perjuicio de lo señalado y tal como fuera sostenido por la recurrente, al interponer el recurso de casación, la Fiscal no argumentó que el presente caso constituyera uno de los considerados imprescriptibles por las Convenciones internacionales, ni que fuera un caso de excepción, sino que en realidad estimó que las acciones penales emanadas de los delitos imputados no se hallaban prescriptas. Dicho esto, entiendo que el revisor no analizó las particularidades del caso ni las argumentaciones concretas de la parte.

Lo mismo puede decirse respecto al rechazo por parte del intermedio de la interpretación de los arts. 67 párr. primero y 72 inc. 1 del Cód. Penal propuesta por el acusador. Sobre dicho aspecto, el revisor refirió que “[...] No está de más señalar que la extensión aludida al contenido del art. 71 inc. 1 CP en correlación con el art. 67 inc. 1 del mismo cuerpo legal, en una interpretación armónica con los Tratados Internacionales que el recurrente hace jugar, no puede superar el test que impone el principio de legalidad y que requiere la existencia de una ley previa, que además posea carácter escrito, que determine la imposibilidad de aplicar el instituto de la prescripción de la acción penal en casos de abuso sexual infantil o le de el alcance que aquí quiere dársele, dando por supuesto

que tal regla, esto es, que la prescripción se suspende hasta la adquisición de la capacidad civil para instar la acción penal dependiente de instancia privada, es decir, la adquisición de la mayoría de edad, se infiere legítimamente” (fs. 279 vta.). También expresó, en referencia a lo preceptuado por el art. 72 inc. 1 del Cód. Penal, que ante la ausencia y contradicción entre los derechos afectados y los representantes legales de la niña, la instancia de la acción puede no ser requerida.

Coincido con la Fiscal Adjunta de Casación en sus argumentos, añadiendo que tal respuesta se desentiende del planteo del Fiscal, quien no cuestiona el principio de legalidad sino que simplemente reclama la interpretación armónica de las normas locales con el plexo normativo convencional.

Por lo expuesto, entiendo que esa Suprema Corte de Justicia debería hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la Dra. D'Gregorio.

La Plata, 5 de mayo de 2022.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 133.483-1

**“P., K. -Particular Damnificada- s/ recurso extr. de
inaplicabilidad de ley en causa N.º 76.292 del Tribunal de
Casación Penal, Sala V.”, fecha: 23 de agosto de 2021**





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

“P., K. –Particular
Damnificada- s/recurso extr.
de inaplicabilidad de ley en
causa N.º 76.292 del Tribunal
de Casación Penal, Sala V”

P 133.483-1

Suprema Corte de Justicia:

I.

La Sala V del Tribunal de Casación, el 3 de noviembre de 2016, resolvió rechazar el recurso de casación deducido por la particular damnificada frente al veredicto dictado por el Tribunal en lo Criminal N.º 5 del departamento judicial de San Isidro que absolviera a D. G. S. en orden al delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por su condición de ascendiente y conviviente (art. 119, segundo y cuarto párrafos, incs. “b” y “f”, del Código Penal), que fuera acusado por esa parte en el debate oral - v. fs. 26 y 189 vta.- (v. fs. 166/177).

II.

Frente a ese pronunciamiento, la particular damnificada interpuso recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley (v. fs. 182/190), siendo el primero declarado inadmisibile y el segundo admisible por el *a quo* (v. fs. 256/258 vta.). Arribadas las actuaciones a la Suprema Corte provincial, resolvió declarar la nulidad del resolutorio que concedió la vía de inaplicabilidad de ley y devolvió las actuaciones al tribunal intermedio para que dicte una nueva decisión (cfr. resol. del 6-5-2020).

Vuelto el expediente al tribunal casatorio, resolvió declarar parcialmente admisible el recurso extraordinario de inaplicabilidad

de ley articulado por la particular damnificada, concediendo “P., K. -Particular Damnificada- s/recurso extr. de inaplicabilidadde ley en causa N.º 76.292 del Tribunal de Casación Penal, Sala V” únicamente el agravio relativo a la inobservancia “de la ley sustantiva, en el caso diversos artículos de la ley 26.061” (v. fs. 303/306).

III.

Denuncia la recurrente que se ha violado la ley 26.061 (arts. 2, 3, 24 y 27), en tanto no se ha tomado contacto con la menor víctima de edad, lo que acarrea la nulidad del proceso.

Sostiene que la niña nunca fue oída por el Fiscal y por todos los jueces que intervinieron en el proceso, como tampoco por la Asesora de menores. Esgrime que no se sabe qué hubiera pasado si oían a la menor víctima, pues quizá, hubieran dejado de lado la duda que condujo a la absolución del imputado. Añade que tal ser escuchada es un derecho de la víctima, pero del reverso es un deber del Estado y debió ser subsanado de oficio si es que no fue requerido por las partes.

Destaca que el tribunal de mérito ponderó que la declaración de la víctima puede destruir la presunción de inocencia, pero que a falta de ella no puede formarse convicción y, por otro lado, que el órgano casatorio debió subsanar la falta de preparación de la niña para la Cámara Gesell y la falta de conocimiento por parte del Juez.

Agrega que se ha vulnerado el debido proceso pues ningún juez conoció a M. B. S., dejándola en desprotección total frente a la concreta posibilidad de que S. [padre de la niña] reanude el contacto con ella. Postula que de ese modo se ha afectado el derecho a ser oído.

Concluye su alegato, indicando que el imputado contó durante todo el juicio con las garantías constitucionales pero la víctima no. Por tal motivo, requiere que se decrete la nulidad de la audiencia de debate.

IV.

Considero que el recurso debe progresar, con los alcances que desarrollaré.

a. En primer término, conviene hacer una breve reseña de las principales actuaciones.

Surge a fs. 1 la denuncia penal que realizara la psicóloga Nadia Paola Kriznik, de fecha 11 de abril de 2012, quien por orden del Juzgado de Familia N.º 1 de Pilar intervino en una causa judicial que tramita ante ese órgano (Exp. 47). Dicha profesional expuso que, luego de mantener diversas entrevistas con la menor M. B., S., ésta sufriría una situación de abuso sexual por parte de su padre D. G. S., dándose inicio a la IPP

Posteriormente, la psicóloga fue citada a prestar declaración testimonial y, entre otras cuestiones, expresó que la menor de edad *“no estaría en condiciones de declarar, especialmente por la edad y porque aún a esa edad (tres años) confunde la realidad con la fantasía”* (fs. 8 vta.).

Seguidamente, luce una pericia psicológica que fuera practicada por la Lic. Paula Beatriz Castro -en fecha 28 de junio de 2013- (v. fs. 13 y ss.) y dicha profesional también fue citada a prestar declaración testimonial. En ese acto, y a pregunta de si la menor se encuentra en condiciones de testimoniar ante Cámara Gesell, dijo que *“no requiere de mucha preparación previa y que ha pasado mucho tiempo para que la niña pueda expresar con claridad la situación. Que considera que seguir involucrando a la menor en espacios judiciales es perjudicial para su salud psíquica porque es muy pequeña”* (fs. 17 vta.).

Por su parte, la Sra. Agente Fiscal resolvió citar a prestar declaración indagatoria a D. S. en los términos del art. 308 del CPP (fs. 309) y también dispuso la remisión del expediente a la Asesoría de incapaces para que tome conocimiento (fs. 312), pase que se efectivizó tal como luce a fs. 314.

En otro orden, el 6 de mayo de 2014, la Sra. Agente Fiscal requirió la elevación a juicio y allí expresó que *“... si bien las distintas profesionales*

han sido contestes en afirmar que la menor no se encontraba aun en condiciones de testificar en la presente, esta medida será propuesta como IPS con el aval de la licenciada del CAV y bajo los requisitos del CPP y/o durante la jornada de debate” (fs. 403 vta./404 y 435 -cuerpo III-).

A su turno, la madre de la niña -K. P.- peticionó constituirse como particular damnificada (con el patrocinio letrado del Dr. Segovia) y el 11 de junio de 2014 el Sr. Juez de garantías interviniente aceptó tener a ella como particular damnificada en el proceso (v. fs. 419 y 422).

Por su parte, el Juez de Garantías N.º 6 de Pilar -Dr. Ceballos- al resolver en fecha 1 de octubre de 2014 la elevación a juicio peticionada por el Ministerio Público Fiscal entendió que en el caso “... *la víctima de este ilícito tiene 3 años de edad, y por ende, no pudo ser oída, y ello genera un papel bastante protagónico o preponderante de los peritos intervinientes ...*” (cfr. fs. 448/457 vta.)

Asimismo agregó:

“Por otra parte, no es posible dejar de mencionar que la niña no ha sido escuchada directamente por los actores judiciales de este proceso. Nótese que la Sra. Fiscal ha consignado en su requerimiento de elevación a juicio, que en la etapa posterior intentará (previo aval de profesionales del Centro de Asistencia a la Víctima) escuchar a la menor víctima. Al respecto, es importante señalar esta condición es otro factor fundamental que me llevan al rechazo de la oposición, dado que cerrar definitivamente este proceso (sobreseimiento) sin escuchar a la niña, podría llevar a vulnerar el derecho de ser oído que garantiza el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño (art. 72 inc. 22 de la CN). Sobre el particular, Eduardo Pettigiani dijo: ‘En la actualidad, el derecho del niño a ser escuchados goza de la calidad de ius cogens y forma parte del orden público internacional argentino: los jueces ya no tienen el derecho de conocer y escuchar al menor, sino la obligación de hacerlo como garantía mínima en todo procedimiento’. A su vez, esta circunstancia impide considerar la aplicación del inc. 6to. del art. 323 peticionado por la defensa, por cuanto, aquella norma establece

como uno de sus requisitos de procedencia, la imposibilidad de prever la incorporación de nuevos elementos de cargo, y en este caso, esta diligencia dejaría por fuera su mención” (fs. 452 y vta.).

Una vez radicadas las actuaciones en el Tribunal en lo Criminal N.º 5, en fecha 24 de abril de 2015, las partes ofrecieron la prueba a rendir en el debate oral (v. fs. 494 y ss.). La Sra. Agente Fiscal, al contestar el traslado previsto en el art. 338 del CPP, propuso como instrucción suplementaria la evaluación por profesiones para determinar si la menor podía declarar en Cámara Gesell (v. fs. 504).

En respuesta a ello, la Lic. Oettel, el 11 de agosto de 2015, expuso que *“no es viable la instrucción de la diligencia a tener del art. 102 bis CPP”*, en tanto no se encontraba en condiciones psicológicas de atravesarla (v. fs. 561/562).

Iniciado el juicio oral el 28 de septiembre de 2015, y en la segunda jornada del debate, nuevamente la Sra. Agente Fiscal -Dra. María Inés Domínguez- solicitó al tribunal que evalúe llevar a cabo una Cámara Gesell respecto de la menor víctima en los términos de instrucción suplementaria -cfr. art. 363 del CPP- (v. fs. 37). Añadió que contaba con la anuencia de la madre y de la Licenciada Kriznik, restando la realización de un informe que determine si la menor estaba en condiciones de declarar. Concedida la palabra a la particular damnificada, manifestó que no se oponía y que esa parte ya había requerido tal medida en la instrucción y que la misma no se efectuó por el informe de la Dra. Oettel. Por otro lado, la defensa se opuso atendiendo que todos los profesiones se expidieron sobre la inconveniencia de llevar a cabo esa prueba.

Ante ello, el tribunal resolvió hacer lugar a la realización de la Cámara Gesell, y consideró que tratándose *“de la presunta damnificada del delito que aquí se ventila, la recepción de su testimonio por primera vez no sólo importaría una diligencia solicitada por la parte acusadora..., sino fundamentalmente tendiente a permitir el adecuado derecho de defensa en juicio; reitero, se trataría de la presunta víctima de este delito que jamás prestó declaración [y] la defensa*

nunca pudo tener el debido contralor de dicha prueba; por lo que haremos lugar a la misma siempre supeditado de un informe previo [que] emerja expresamente que se encuentra en condiciones de declarar” (v. fs. 37 vta./38 del legajo casatorio).

A continuación, y nuevamente la Licenciada en psicología Dra. Sonia E. Oettel, en fecha 9 de octubre de 2015, sostuvo que M. S. “... no se encuentra en condiciones de participar de la audiencia a tener del art. 102 bis del CPP. Al introducirla en el tema de autos, su actitud sufre un cambio desfavorable. Se apaga y repliega. Sostiene su negativa a hablar sobre ello con palabras y con gesto de desestima. Someterla a ello, resultaría iatrogénico: implicaría la activación de mecanismos de revictimización con un consecuente riesgo emocional para ella. Como profesional de la salud, escucho y respeto a [M. S.] en su derecho al silencio para preservarla, evitando de esta manera el avasallamiento de sus derechos. En lo antes expuesto fundamento la contraindicación de la introducción de la diligencia a tenor del art. 102 bis del CPP” (fs. 43 y vta.).

Como ya se dijo, el Tribunal de mérito dictó un veredicto absolutorio y entre sus fundamentos dijo:

“Sobre los dichos de la niña debo decir que no ha sido escuchada a lo largo de casi cuatro años que insumió la tramitación del proceso, aún cuando se intentó oirla en los términos del art. 102 bis del CPP en el marco de la audiencia de debate. En la segunda entrevista llevada a cabo por la Licenciada Sonia Oettel, del Centro de Asistencia a la Víctima, se evaluó tanto a la niña como a la madre (...) y se consignó que [M.] sostiene una negativa a hablar del tema, por lo que se concluye en que esta no está en condiciones de participar de la diligencia. Ausente [en] autos [d]el principal elemento sobre el cual debe formarse la convicción del juez, debo pasar a considerar la declaración que en el marco del debate prestó la madre de la niña, K. P., quien se constituyó en estos autos en carácter de particular damnificada” (fs. 78 vta./79).

Frente a ello la particular damnificada -en representación de su hija- y con el patrocinio letrado de la Dra. Silva, interpuso recurso de casación (v. fs. 103/124 vta.)

Allí sostuvo -entre otros agravios- que la ausencia de Cámara Gesell no puede ser el principal elemento probatorio ante un caso de abuso sexual, pues el hecho puede ser corroborado por otros elementos y que -en rigor- la menor sí habló con su cuerpo y las palabras que escucharon las profesionales intervinientes. Para rematar ese argumento dijo *“que el a quo afirme que la menor no habló, que no pudo ser escuchada, no deriva de un razonado y coherente análisis de los elementos aportados durante las largas jornadas de debate”* y que *“en este caso en particular, la existencia o ausencia de Cámara gesell no hubiese aportado mayores datos o detalles al momento de la develación. La niña era muy pequeña y logró decir lo que le acontecía con sus palabras, fielmente reflejadas por las profesiones actuantes”* (fs. 114).

Radicadas las actuaciones en la Sala V del Tribunal de Casación Penal, la particular damnificada requirió que se celebre audiencia en los términos del art. 458 del CPP (v. fs. 156), la que se llevó a cabo. Allí, esa parte insistió con los planteos del recurso casatorio.

En cuanto al planteo ya reseñado en el recurso casatorio, el tribunal de alzada dijo:

“... el a quo tuvo en cuenta que, además de no haber sido escuchada directamente la niña, tampoco se cuenta con exámenes médicos concomitantes a los hechos denunciados que permitan vislumbrar alguna secuela física en su cuerpo; y que los indicadores de traumatización en la niña podrían tener correlato con otras circunstancias tales como la situación familiar vivida por la niña a raíz de la conflictiva separación de sus padres” (fs. 174 y vta.).

b. Paso a dictaminar.

Como se dijo *ut supra*, la denuncia se realizó el 11 de abril de 2012 sobre un hecho que presuntamente ocurrió el entre los meses de febrero y abril del 2011 y la niña (presunta víctima) contaba al momento del ilícito con 3 años de edad.

Es que la menor M.B. S. era -y es- una incapaz (cfr. arts. 54 inc. 2 y 127 del Código Civil -textos derogados-; casi idénticas regulaciones contienen los arts. 24 inc. “b” y 25 del actual Código Civil y Comercial). Asimismo, en estas actuaciones -como se verá- se han debatido aspectos concernientes a la salud de la menor de edad (presunta víctima de un delito contra la integridad sexual por parte del progenitor) y, por otro lado, a la falta de ser oída *directamente* por los jueces de la causa (tal como se reseñó en el punto IV.a).

Aclarado lo anterior, cabe poner de relieve la doble condición de la niña, tanto de menor de edad como de mujer, que la vuelve particularmente vulnerable a la violencia (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso González y otras - ‘Campo Algodonero’ - vs. México”, sentencia del 16 de noviembre de 2009, parágrafo 408; en el mismo sentido, “Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala”, sentencia del 19 de mayo de 2014, parágrafo 134).

Por otro lado, y en relación con las características particulares de la situación en que se encuentra el menor de edad, dicho tribunal internacional expresó que *“para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere ‘cuidados especiales’, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir ‘medidas especiales de protección’. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia”* (Opinión Consultiva Oc-17/2002, ‘Condición jurídica y y derechos humanos del niño’, del 28 de agosto de 2002, parágrafos 60 y 61). El subrayado me pertenece.

Bajo esos postulados (doble condición de vulnerabilidad y especial protección), es que se elaborará el presente dictamen, en tanto son compromisos internacionales que ha asumido el Estado Argentino y que, por ende, debemos velar; dichos aspectos van en sintonía con el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer plasmado en la Convención de Belém do Pará (artículo r, primer párrafo).

1. Preliminarmente, corresponde señalar que el Código Procesal Penal bonaerense no regula expresamente como sujeto procesal al Asesor de menores e incapaces ni en qué actos puede o debe intervenir; sin embargo, la actuación del Ministerio Público pupilar en el proceso penal sí emana de un conjunto normativo que, interpretado armónica y sistemáticamente (cfr. args. Fallos 335:2307, consid. 9º, A. 777. XLVII. RHE. Arteaga Catalán, Ricardo Belarmino s/ abuso sexual -causa N.º 24.114/09-, sent. del 27 de noviembre de 2014, consid. 7º; entre otros) conduce a sostener que su intervención resulta necesaria -e incluso obligatoria- para determinados casos.

A mayor abundamiento, tiene dicho la Corte Nacional que el principio de protección del interés del niño opera imperativamente en un papel integrador, que llena los eventuales vacíos de la ley y prevalece sobre preceptos cuya implementación se revele contraría a sus derechos (Fallos: 331:941). Por ende, los tribunales deben aplicarlo analizando sistemáticamente cómo los derechos y conveniencias del menor se verán afectados por las decisiones que habrán de asumir (Fallos: 331 :2047).

En este marco, cabe principiar indicando que tanto la ley N.º 12.061 -texto original- (B.O. 9/1/1998), como la actual ley del Ministerio Público N.º 14.442 (B.O. 26/2/2013), establecía y establece que al Asesor de incapaces le incumbe *“Intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que interese a la persona o bienes de los incapaces, cuando las leyes lo dispongan, so pena de nulidad de todo acto o proceso que tuviere lugar sin su participación, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes - por acción u omisión- la hubieren impedido”* (arts. 23 inc. 1 y 38 inc. 1, respectivamente).

Dichas leyes también estipulan que los Asesores tiene como deber y atribución *“Peticionar en nombre de ellos, por propia iniciativa, cuando carezcan de representantes o existan entre éstos y los incapaces conflicto personal u oposición de intereses o resulte necesario para impedir la frustración de los derechos a la vida, salud, identidad, y de ser oídos por el juez de la causa”* (inc. 4 de las leyes y artículos citadas).

De allí que la legislación interna dispone, como deber estatal, la “protección y auxilio en cualquier circunstancia” de las niñas, niños y adolescentes (art. 5 inc.1 de la ley 26.061 -B.O. 26/10/2005-), volviendo en este punto a jugar un papel preponderante el art. 38 incs. 1 y 4 de la ley 14.442, en lo que respecta a la actuación de los Asesores de menores en los procesos penales.

En este contexto, corresponde señalar que al momento del hecho y la denuncia, regía el Código Civil -cfr. ley 340 y sus modificatorias-, que en su artículo 59 disponía “A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto o de todo juicio que hubiere tenido lugar sin su participación”.

Dicha norma ha desaparecido del nuevo Código Civil y Comercial (cfr. ley 26.994, B.O. 8-10-2014), pero como contrapartida se estableció que “La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal ...” y agrega -para la primera hipótesis- que “la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto” (art. 103 del C. C. y C.).

En consecuencia, ya sea por la aplicación ultraactiva del art. 59 del Código Civil -cfr. art. 2, Cód. Penal- o del 103 del Código Civil y Comercial -por ser más benigna-, la regulación de la intervención y/o legitimación del Asesor de incapaces en los procesos penales debe basarse en ellas, pues irradian para todos los procesos -sin importar la materia- por igual (v. arg. causa P. 118.953, resol. del 11-10-2012, voto de los Dres. Negri y de Lázzari y dictámenes de esta Procuración General en causas P. 131.370 y P. 128.556). Por tal motivo, sea por aplicar una “representación promiscua” o por un “apoyo complementario” del Ministerio Público Tutelar (v. voto del Dr. de Lázzari en causa C. 117.505, sent. de 22-4-2015), la intervención Asesor de menores -en este caso- aparecía como necesaria.

En otro orden, cuando la presunta víctima es menor de edad o incapaz, por imperativo convencional, se le debe brindar un plus protectivo producto del interés superior de él (cfr. preámbulo y arts. 1, 3, 12 y 19 de la CDN).

Por lo expuesto, el Asesor de Incapaces juega un rol que contribuye o colabora con el titular de la acción penal, a efectos de proteger los intereses de la víctima menor de edad (arts. 59 del C. C. o 103 del C. C. y C. y 38 incs. 1 y 4 de la ley 14.442 o 23 incs. 1 y 4 de la ley 12.061- y ley 26.061), circunstancia ella que ni siquiera puede ser suplida por la participación de un particular damnificado -como sucedió en el sub lite-, en tanto y cuanto la intervención de la Asesoría de Incapaces es fijada por la ley.

En esta clase de intervención del Asesor del menor (esto es, de apoyo “complementario” hacia el Fiscal), se vislumbra como necesaria por cuanto la persona menor de edad es una presunta víctima de un delito contra la integridad sexual y, con mayor fundamento, cuando el presunto autor es un ascendientes (v. Resoluciones N.º 903/2012 de esa Suprema Corte de Justicia -que fija comunicar al Asesor de menores- y N.º 99/2019 de esta Procuración General; en igual sentido se han expresado otras jurisdicciones, como por ej., en la Instrucción General N.º 11/2018 de la Procuración General de la Provincia de Río Negro).

En esos casos, el rol del Asesor implica una permanente observancia de todas las actuaciones judiciales -tanto penales como extrapenales (nótese que la Asesoría de Incapaces N.º 2 intervino en los procesos de familia (v. fs. 313)-, pues con ello se garantizan los intereses del menor de edad con una visión conglobada de las problemáticas que puede atravesar la menor de edad.

Con todo lo dicho, y si bien la Asesora de Incapaces de San Isidro -Dra. Andrea Roll Banciotto- tomó conocimiento e intervención en este proceso penal por la niña M.B. S., (v. fs. 314 -cuerpo II- del principal), considero que tal actuación no tuvo más actividad que esa.

Asimismo, en el *sub examine*, tal como se detalló anteriormente, se debatió la necesidad de llevar a cabo la Cámara Gesell para que declare la menor (cfr. art. 102 bis, CPP), considero que en la preparación a esos actos debió participar activamente la Asesora de incapaces (téngase en cuenta que el citado artículo de la ley de forma también permite la intervención de un “profesional especialista” y que según las “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos”, punto IV.9.b del Anexo, aprobado por la resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social, cuando se refiere al concepto de “profesional”, incluye al “defensor de niños o víctimas”, cargo que se emparenta con el Asesor de Incapaces).

Debe tenerse en cuenta –además– que la Sra. Agente Fiscal presentó “protesto de recurrir” contra la sentencia de primera instancia (v. fs. 843), la misma fue rechazada por extemporánea (v. fs. 846). En efecto, la actuación del Ministerio Público quedó desguarnecida y por este otro motivo se hacía necesaria –más aún– la intervención de la Asesoría de incapaces, permitiendo despejar aspectos que se han suscitado en el caso, como lo fue la negativa de prestar declaración testimonial por parte de la menor en un contexto de alta tensión entre los progenitores; así, un experimentado conocimiento legal con perspectiva de infancia hubiera contribuido a una mejor protección integral para la toma de decisiones de la menor.

Bajo esos parámetros, la actuación del Ministerio tutelar hubiera permitido abordar –de forma más específica– a la menor en el debate oral como también, al celebrarse la audiencia de fs. 162/164 vta., y petitioner –para el caso de ser posible la realización de la Cámara Gesell– (cfr. arts. 457 y 458, CPP), circunstancia esta última donde la menor ya contaba con más de siete (7) años de edad.

En ese sentido, cabe mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que:

“... los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal (supra

párr. 108). En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto” (caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sent. del 24 de febrero de 2012, párr. 199).

En este contexto normativo y jurisprudencial, entiendo que se incumplió con la necesaria intervención del Ministerio Público Tutelar (cfr. arts. 19, CDN; 59, C. C. o 103, C. .C. y C. y leyes N.º 12.061 y 14.442), pues la misma hubiera garantizado –con mayor amplitud– una representación reforzada y especializada en la niñez en el proceso penal.

Por lo expuesto, reitero, cobraba relevancia la actuación del Asesor de menores en esta causa penal pues existía un claro “interés a la persona” menor de edad para impedir la frustración de los derechos a la “salud” y a “ser oído por el juez de la causa”.

2. A su vez, no puedo dejar de señalar que lo anteriormente desarrollado se encuentra en consonancia con la obligación de brindar una representación especializada en la niñez desde “el inicio del procedimiento judicial” (cfr. art. 27 inc. “c”, ley 26.061).

En ese sentido, el Comité de los derechos del niño de la ONU –en la Observación General N.º 12– quien considera que “Los representantes deberán conocer y comprender suficientemente los distintos aspectos del proceso de adopción de decisiones y tener experiencia en el trabajo con niños” (consid. 36). Esta regla recomienda también que el representante

tenga una actuación objetiva, desde que tiene la obligación de “transmitir correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar las decisiones”. En ese sentido también se pronunció la Observación General N.º 13 de dicho Comité (párr. 51).

También, en ese andarivel, la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder” (adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985), estableció que a la víctima se le debe prestar “asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial” (párr. 6 inc. c).

Tales lineamientos fueron receptados por las leyes Nacional N.º 27.372 –art. 5 inc. “e”- y Provincial N.º 15.232 –art. 7 inc. “a”, pto. “v”-.

Esos mismos postulados también han sido aplicados por la Corte Federal en el caso “P. 195. XLVII. P., G. M. y P., C. L. s/ protección de personas”, sent. del 27 de noviembre de 2012, consids. 15 y 16 y su cita.

Por su parte, y pese a las diferencias causídicas con este caso, esa Corte ha dicho que:

“... Es dable recordar lo dicho por la Corte Interamericana en el caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*, sentencia de 31-VIII-2012, que ha puesto énfasis en la garantía de la intervención del señor Asesor mediante las facultades que le concede la ley (en el caso, art. 38 inc. 4, ley 14.442) constituyendo una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad” (causa A. 75.753, sent. de 11-5-2021, voto del Dr. Torres).

En ese mismo voto se agregó:

“La primordial tarea encomendada al Ministerio Público cobró un posicionamiento superior a partir de la Convención Americana y la Convención sobre los Derechos del Niño. Como se indicara supra, allí se involucran una serie de consideraciones y adecuaciones procesales que permiten el ejercicio pleno del acceso a la justicia en razón de la edad, porque se ve a la infancia como un grupo diferente de los adultos; se trata así de documentos suscriptos por el Estado,

donde este adquiere obligaciones frente a ellos (arts. 1.1, 8, 9, 19 y 25 del primer instrumento y 2, 3.1, 5, 6 y 12 del segundo; Observación General N.º 17/28 de agosto de 2002, “Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño”, párr. 75 incs. 22 y 23; Const. nac.; Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Iberoamericana, documento presentado por el grupo de trabajo a la Tercera Reunión Preparatoria -Andorra- 2008”).

Finalizando, esta Procuración General ha sostenido:

“... la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías, las que ‘.. pueden incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del menor’ y que en las circunstancias específicas de cada caso el Asesor de menores e incapaces puede constituir ‘una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad’ del menor de edad y evitar que sean vulneradas las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, todos de la Convención Americana (cfr. caso ‘Furan y familiares vs. Argentina’, sent. de 31/8/2012, párrafos 242 y ss.)” (dictamen en causa P. 131.370, de 29 de octubre de 2018).

c. Por todo lo expuesto, considero que corresponde remitir las actuaciones al Tribunal de origen para que de intervención a la Asesoría de Incapaces a los fines que sea ese Ministerio quien tome contacto directo e inmediato con la menor de edad y evalúe peticionar las medidas y nulidades que corresponda (cfr. arts. 102 bis, 202 inc. 2, 205 incs. 3 y 4 y 206, todos del C.P.P; *mutatis mutandi*, causa L. 64.499, sent. de 5-7-2000).

En vista de lo dictaminado, no corresponde que me expida sobre los restantes planteos que trajo la recurrente, en tanto existe una relación de dependencia con las presentaciones que pueda articular la Asesoría de incapaces.

V.

Por todo lo expuesto, entiendo que esa Suprema Corte de Justicia debe hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la Sra. K. P. -por derecho propio, en representación de su hija y con el patrocinio letrado de las Dras. Obeid y Silva-, en su calidad de particular damnificada, con los alcances antes expuestos, debiéndose remitir las actuaciones al Tribunal de origen para que de intervención a la Asesoría de Incapaces.

La Plata, 23 de agosto de 2021.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 133.075-1

**“Altuve, Carlos Arturo -Fiscal de Casación s/ Queja en causa
N.º 92.899 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV, seguida a
A. H. D.”, fecha: 12 de febrero de 2021**





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

“Altuve, Carlos Arturo
-Fiscal de Casación s/Queja
en causa N.º 92.899 del
Tribunal de Casación Penal,
Sala IV, seguida a A. H. D.”
P 133.075-1

Suprema Corte de Justicia:

I.

El Tribunal en lo Criminal N.º 2 de Morón absolvió a A. H. D. en orden al delito de abuso sexual agravado por el vínculo; frente a ello interpusieron recurso de casación la Sra. Agente Fiscal, Dra. Graciela Noemí Biassotti y por la particular damnificada, M. P. A., los que fueron rechazados por la Sala IV del Tribunal de Casación.

II.

Contra dicho pronunciamiento el Fiscal ante el Tribunal de Casación interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 333/348) y también la particular damnificada (v. fs. 350/378 vta.), los que fueron declarados inadmisibles por el *a quo* (v. fs. 393/398 vta.), ante lo cual presentaron recurso de queja ante esa Suprema Corte, la que finalmente concedió solamente la vía extraordinaria de inaplicabilidad de ley presentada por el Fiscal de Casación (v. fs. 414/415 y 496/497 vta.).

III.

El recurrente denuncia, en primer lugar, que la sentencia del tribunal intermedio consta de arbitrariedad en la fundamentación acerca de la duda en la autoría del imputado y que cuenta con déficit de motivación y apartamiento de las constancias de la causa.

En este sentido sostiene que la duda generada en el *a quo* en torno a la participación de D. en la materialidad ilícita posee fundamentos aparentes en tanto “Altuve, Carlos Arturo -Fiscal de Casación s/Queja en causa N° 92.899 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV, seguida a A. H. D. “realiza afirmaciones dogmáticas como así también omite considerar prueba decisiva para la solución del pleito. Reproduce al efecto la descripción de la materialidad ilícita plasmada en el requerimiento de elevación a juicio y la declaración de la víctima en la cámara Gessell y en el debate oral.

Esgrime que el tribunal de mérito como el tribunal intermedio consideraron que el relato en solitario de la menor era insuficiente para fundar la condena pues no existía a su criterio otro elemento de prueba en que fundarse lo que resulta, a su parecer, un fundamento arbitrario pues existe por un lado el relato de la licenciada en psicología C. L. que fue contundente al señalar, en el respectivo informe, que luego de diez meses de tratamiento pudo concluir que D. presentaba síntomas y signos de vivencias abusivas de índole sexual.

Aduce que ante tal detallado relato de la licenciada, nada de ello fue considerado por los sentenciantes, limitándose a poner en duda lo denunciado por la menor por el sólo hecho de considerar al informe mencionado una rara “melange” entre un psicodiagnóstico y las conclusiones de un tratamiento psicológico y que fuera motivo de controversia al guardar similitud con las vivencias reflejadas en una obra de la misma autora como así también por su condición de consultora de la ONG “S. A.”, organización presidida por la abuela de la menor y que le costara la separación de su cargo por el juez de garantías ante la existencia de una dualidad de roles.

De esta manera afirma que el modo de resolver resulta arbitrario pues constituye una afirmación dogmática basada en la sola voluntad de los juzgadores, ya que quita mérito, a partir del desprestigio de la intervención profesional de la Lic. L., a una declaración fundamental como la brindada, nada más y nada menos, por la terapeuta que entrevistara durante años a la víctima.

Agrega que el tribunal parece requerir una prueba específica, tasada, incompatible con el sistema que rige en el ordenamiento procesal pudiendo haber considerado al testimonio de la Lic. L. como un indicio más que acompañada al resto del material existente y da veracidad al relato de la menor.

Añade las conclusiones de la Lic. Adriana María Pérez Suazo, que a criterio del fiscal fue la única que resultó imparcial y que dijo que el relato de la víctima le resultaba creíble, que coincide con lo relatado en cámara Gessell y que no le pareció que estaba mintiendo sino que era muy veraz.

Ante ello considera que el *a quo* fragmentó la prueba pues toma solo el informe de la profesional Pérez Suazo efectuado en la etapa de investigación dejando de lado lo manifestado durante la declaración en el juicio oral. Sumado a ello y como un indicio más menciona lo declarado por la madre de la víctima quien declaró que cuando no dejó que D. siguiera yendo a la casa del padre, este no ofreció resistencia alguna. En segundo lugar denuncia que el tribunal intermedio se apartó de la jurisprudencia interamericana en los casos “Fernández Ortega” y “Rosendo Cantú”, en donde la Corte IDH advirtió que cuando se investigan hechos de violencia sexual, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental del hecho que no debe ser corroborada necesariamente mediante otros elementos probatorios independientes.

Agrega que el tribunal intermedio incurre en absurdo al valorar supuestas contradicciones en el relato de la víctima pero que resultan de la fragilidad de la memoria pues la declaración en cámara Gessell fue seis años antes del juicio oral y que resulta lógico y de sentido común que al llegar al juicio con mayor edad y mayor desarrollo en materia sexual pudiera comprender la totalidad de las agresiones sufridas, circunstancia que fue reconocido por la víctima y avalado por la Lic. Pérez Suazo.

En cuanto a la discrepancia entre los informes del colegio y la percepción de la víctima de su actuar en esa época alega que resulta arbitraria pues una cosa resultan ser los informes fríos y objetivos del colegio y

otro muy distinto las percepciones subjetivas de la víctima de cómo se sentía en aquella época.

Esgrime que estas maneras arbitrarias del tribunal intermedio de descreer los relatos de la víctima van en contra de normas de rango constitucional como los arts. 1, 19 y 34 de la CIDN y desatiende el mandato del art. 106 del Código Procesal Penal que regla la garantía del debido proceso en cuanto exige que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente en relación a las circunstancias comprobadas de la causa.

Para finalizar hace reserva del caso federal y solicita se haga lugar el recurso y se case la sentencia impugnada.

IV.

Sostendré el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal (arts. 21 inc. 8, ley 14.442 y 487, CPP), cuyos argumentos hago propios, y simplemente he de agregar los siguientes:

Tal como lo señaló el recurrente, el *a quo* se ha apartado de las constancias de la causa y ha fragmentado y prescindido de prueba decisiva para la solución del pleito; y ello es así pues la alzada sólo se ha encargado de reproducir lo resuelto por el tribunal de mérito quedando sin tratamiento prueba indiciaria y decisiva como el relato de la Licenciada Adriana María Pérez Suazo, profesional que entrevistara a la menor en Cámara Gessell como miembro del Cuerpo Técnico Auxiliar de la Asesoría Pericial de Morón.

En relación a ello el tribunal intermedio reeditó lo sostenido por el tribunal de mérito en cuanto a que *"...el informe del perito oficial, Licenciada Adriana María Pérez Suazo, el que establece: '...no hay trastorno psicoevolutivo y psicosexual... tiene una vida típica de adolescente de trece años, no se visualizan a la fecha indicadores traumáticos específicos de abuso sexual infantil, dado que han pasado cuatro años desde el inicio de la presente causa. Tampoco existen indicadores inespecíficos de vivencias de victimización sexual, hay que tener en cuenta que está en tratamiento psicoterapéutico. Si bien D.*

tenía conocimiento del motivo de la entrevista, en ningún momento habló de su padre ...” (v. fs. 323 y vta.).

Pero no tuvo en cuenta el relato posterior de la perito que trae ahora el recurrente y que manifestó que el relato de la víctima durante la audiencia de debate “...le resultaba creíble”, pues “... coincide con lo manifestado en la Cámara Gesell, agregando que en dicha oportunidad no estaba tan angustiada como ahora, donde se pudo explayar mucho más, que no le pareció que estaba mintiendo”. Y respecto a la variación de su memoria refirió que “... la menor dio detalles de los que vivió ya que si la misma relató que su padre le tocó el clítoris de tal modo, es porque lo vivió y actualmente se encuentra en otra etapa evolutiva”. Reiteró que “... según su criterio profesional el relato [...] es creíble”, considerando que “... el tratamiento psicológico ayuda a que los sentimientos vayan cambiando, ya que muchas veces se ocultan los indicadores y a veces pueden volver a surgir, mencionando que los chicos cuando son más pequeños tienen mayor capacidad de memoria inmediata. Que una mujer violentada sexualmente en su infancia va a reaccionar como puede, es amplio, generalmente las mujeres adultas abusadas de niñas repiten ese sometimiento”, y reiteró que “... el relato de D. le pareció muy veraz, incluso amplió lo que declaró en la Cámara Gesell” (v. fs. 43/44 de la sentencia de mérito).

Sumado a ello, cabe recordar que el relato de la niña víctima, que minimiza el órgano casatorio, debe ser considerado como un elemento esencial en la temática de autos, además que el mismo fuera contrastado con otros elementos periféricos como el testimonio en el debate de la Lic. Pérez Suazo.

En vista de ello resulta aplicable la doctrina de esa Suprema Corte en cuanto que, “la casación no procedió a la consideración integral y armónica de todos los elementos en juego en una totalidad hermenéutica probatoria, sino que fundó su convicción en un análisis fragmentado de las probanzas valoradas en el proceso” (cfr. causa P. 129.292, sent. del 6/11/2019)

Por otro lado, esa Suprema Corte tiene dicho que

“[u]n único testimonio, sobre todo en delitos cometidos en la intimidad buscada de agresor y víctima, si está correctamente valorado y motivada su credibilidad, tiene virtualidad procesal para debilitar la presunción de inocencia del imputado” para luego agregar también que “[t]iene dicho esta Corte que la prueba indiciaria debe valorarse en forma conjunta y no aisladamente, pues cada indicio considerado por separado puede dejar margen para la incertidumbre, lo que no sucede si se lo evalúa de modo general, a través de un análisis conjunto ...” (P. 121.046 sent. 13/06/2018).

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al revocar una sentencia absolutoria por abuso sexual a un menor de edad, señaló que era arbitraria la sentencia atacada si: *“... la duda acerca de la ocurrencia del hecho que esgrime el a quo carece de fundamentos suficientes, en tanto se respalda en un examen parcial e inadecuado del plexo probatorio, lo que autoriza la descalificación del pronunciamiento como acto jurisdiccional válido (Fallos: 312:1953; 316:1205; 317:1155; 322:963, entre muchos otros)”*, agregando que *“...la invocación del principio in dubio pro reo no puede sustentarse en una pura subjetividad ya que, si bien es cierto que éste presupone un especial ánimo del juez según el cual, en este estadio procesal, está obligado a descartar la hipótesis acusatoria si es que no tiene certeza sobre los hechos materia de imputación, no lo es menos que dicho estado debe derivar racional y objetivamente de la valoración de las constancias del proceso (Fallos: 307:1456; 312:2507; 321:2990 y 3423), circunstancia que, a la luz de los argumentos puestos de manifiesto en los párrafos precedentes, estimo que no concurre en el pronunciamiento impugnado (Fallos: 311:948)”* (del dictamen del Procurador General al que remitió la Corte Suprema en “Rodríguez, Marcelo Alejo y otros s/ querella” causa CCC 1820/2009/TO1/2/RH2, sent. del 19/9/2017).

No puede reputarse entonces a la sentencia atacada como una derivación razonada del derecho vigente, pues su fundamentación normativa desconectada de circunstancias concretas de la causa se torna aparente, presentando el pronunciamiento los graves defectos que lo descalifican conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, Fallos 314:791, 320:2105, 331:1784, 333:1273, 339:1635 y 339:1423, entre otros).

Se advierte que el Tribunal *a quo* cercena indebidamente el material probatorio sin efectuar un análisis completo de todos los elementos convictivos recolectados, lo que autoriza a dejar sin efecto la decisión recurrida con arreglo a la conocida doctrina de la Corte Suprema de justicia de la Nación en materia de arbitrariedad (conf. doctr. CSJN Fallos: 311:1229; 315:2607; 319:1625; 322:963, e. o., citados por esa Suprema Corte en P. 123.862, sent. del 6/6/2018).

En cuanto al agravio vinculado a que el tribunal parece requerir una prueba específica o tasada en tanto considera que es solitaria la prueba de la víctima, esa Suprema Corte ha dicho *-mutatis mutandis-* que “*corresponde hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley impetrado por el Ministerio Público Fiscal, en tanto el tribunal intermedio impone como requisito para la constatación del abuso sexual con acceso carnal la pericia médica y priva de todo valor probatorio a los dichos de la víctima sobre este extremo, por lo que la sentencia atacada no puede ser considerada una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las concretas circunstancias de la causa y es arbitraria, en la medida que no da una explicación adecuada para esta valoración parcial y fragmentada de la prueba que diera sustento a la decisión del Tribunal Criminal*” (cfr. doc. P.122.143, sent. del 24/4/2019).

En relación al segundo agravio traído por el denunciante, considero que las apreciaciones del Tribunal de Casación violan directamente la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22) por ignorar el principio de prevalencia de los derechos de los niños (art. 3, CIDN), el postulado del interés superior del mismo y la fuerza conclusiva que merece el testimonio de una niña víctima de abuso sexual en el marco de un proceso judicial.

Así, la Sala Cuarta del Tribunal de Casación se apartó además de las instrucciones de la normativa convencional y constitucional, la doctrina especializada y la jurisprudencia en relación a la valoración integral de la prueba rendida en casos de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes.

En efecto, el modo de resolver la cuestión provoca un gravamen irreparable en relación a los derechos de la niña víctima, por cuanto

arbitrariamente se ha cercenado su derecho a ser oída y a que su testimonio sea considerado válido. Se debe tener en cuenta la particular vulnerabilidad de la víctima, que en este caso es reconocida constitucionalmente y acompañada por una mayor protección: en tanto víctima, en tanto niño o adolescente (art. 34, CIDN).

Por su parte, recientes pronunciamientos de esa Suprema Corte de Justicia sostienen que las declaraciones de las víctimas de estos tipos de hechos deben realizarse “... *a la luz de su doble condición de vulnerabilidad, como niña y como mujer, y ha desconocido por completo la opinión de la profesional interviniente que había expuesto que se trataba de un relato sostenido en el tiempo y sin que se advirtieran señales de fabulación o manipulación por parte de terceros. Es decir, medió un infundado apartamiento de los dichos del testimonio de quien se encuentra especialmente capacitada para detectar si las declaraciones de los niños y las niñas han sido inducidas y quien además puede mostrar cómo la violencia, aunque se cometa sin testigos, tiene efectos reales sobre la integridad física y el bienestar mental y social de las víctimas (Recomendación General N.º 33, CEDAW, párr. 51. “i”). Además, se desconoce el carácter de testimonio que reviste la percepción directa de la manifestación propia del dicho de una niña que afirma ser víctima de abuso. La inadecuada gestión del caso, en cuanto a una evaluación sólo parcial de la prueba en las instancias previas, conduce al incumplimiento del deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y de las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección: los magistrados han sostenido que faltan explicaciones sobre las variaciones que aparecen en las narraciones de la víctima cuando, en rigor, donde las hay no fueron consideradas*” (causa P. 132.751, sent. del 14/12/2020, y que en similar sentido se expidió en las causas P. 131.457 y 129.409).

En este sentido, dada la obligación asumida por los estados de “proteger al niños contra todas las formas de explotación y abusos sexuales” y a la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de la ONU, existe un intento de invisibilización de la víctima en este caso, pese a que la niña declaró oportunamente

el abuso padecido, pese a ello el Tribunal de Casación considera que su relato no es del todo creíble ello a partir de una arbitraria interpretación de la prueba obrante en la causa.

Cabe destacar que la desconsideración de esas declaraciones importa, además, una efectiva violación al derecho de los menores a ser oídos (art. 12, CIDN), en la medida que la decisión atacada toma como punto de partida la ineficacia de las declaraciones prestadas para probar la existencia de hechos que ocurrieron. La necesidad de considerar seriamente, en el marco de un proceso judicial, el relato de los menores que manifiestan haber sido víctimas de abuso sexual como consecuencia del reconocimiento de sus derechos a la tutela judicial efectiva y a ser oídos ha sido puesto de resalto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “VRP, VPC y otros vs. Nicaragua” sentencia del 8/3/2018, donde se señaló que “[l]os Estados deben adoptar, en el marco del acatamiento del artículo 19 de la Convención Americana, medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual ...” (párrafo 155). “Las medidas especiales de protección que el Estado debe adoptar se basan en el hecho de que las niñas, niños y adolescentes se consideran más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros. El sistema de justicia adaptado a las niñas, niños y adolescentes importará que exista una justicia accesible y apropiada a cada uno de ellos, que tome en consideración no solo el principio del interés superior, sino también su derecho a la participación con base en sus capacidades en constante evolución, conforme a su edad, grado de madurez y nivel de comprensión, sin discriminación alguna” (párrafo 158). “La Corte recuerda que los Estados tienen el deber de facilitar la posibilidad de que la niña, niño o adolescente participe en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso [...]. Una interpretación armónica e integral del derecho a ser oído de niñas, niños y adolescentes, junto con el principio de autonomía progresiva, conlleva a garantizar la asistencia jurídica de las niñas, niños y adolescentes víctimas en los procesos penales ...” (párrafos 159 y

161). *La violación sexual es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico, que deja a la víctima 'humillada física y emocionalmente', situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece con otras experiencias traumáticas. En el caso de las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual, este impacto podría verse severamente agravado, por lo que podrían sufrir un trauma emocional diferenciado de los adultos, y un impacto sumamente profundo, en particular cuando el agresor mantiene un vínculo de confianza y autoridad con la víctima, como un progenitor ..."* (párrafo 163). *"Los Estados deben garantizar que el proceso se desarrolle en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la niña, niño o adolescente y que el personal encargado de recibir el relato esté debidamente capacitado en la materia, de modo que aquél se sienta respetado y seguro al momento de expresar su opinión en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado ..."* (párrafo 166).

Dado todo lo expuesto, entiendo que le asiste razón al impugnante, cuando sostiene que la duda afirmada por el revisor se asienta en una inadecuada consideración de la declaración de la víctima de autos y una arbitraria y fragmentada valoración probatoria.

V.

Por lo expuesto estimo que esa Suprema Corte debería acoger favorablemente el recurso interpuesto por el Fiscal ante el Tribunal de Casación.

La Plata, 12 de enero de 2021.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 133.042-1

**“Altuve, Carlos Arturo -Fiscal s/ Queja en causa N.º 95.429
del Tribunal de Casación Penal, Sala IV, seguida a C., C. F.”,
fecha: 10 de febrero de 2021**





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

“Altuve, Carlos Arturo -Fiscal
s/ Queja en causa N.º 95.429
del Tribunal de Casación Penal,
Sala IV, seguida a C., C. F.”

P 133.042-1

Suprema Corte de Justicia:

I.

El Tribunal en lo Criminal N.º 1 del Departamento Judicial Pergamino absolvió a C. F. C., del delito de abuso sexual con acceso carnal reiterado agravado por haberse cometido con un arma de fuego (v. fs. 249/257 vta.)

Frente a ello la Agente Fiscal Dra. Alejandra Ghiotti dedujo recurso de casación (v. fs. 264/269 vta.), el que fue rechazado por improcedente por la sala IV del Tribunal de Casación Penal (v. fs. 290/297 vta.), circunstancia ante la cual el Fiscal ante el Tribunal de Casación dedujo recurso de inaplicabilidad de ley y que también fuera declarado inadmisibles por esa misma sala del tribunal intermedio (v. fs. 301/313 y 321/323 vta.).

Contra dicha resolución el Fiscal de Casación interpuso recurso de queja ante esa Suprema Corte (v. fs. 385/389 vta.) concediendo finalmente la vía extraordinaria (v. fs. 390/392).

II.

Denuncia -bajo la doctrina de la arbitrariedad- que el pronunciamiento impugnado desarrolla una motivación aparente, con un estudio parcial que lo descalifica como acto jurisdiccional válido al no resultar de una razonada derivación de derecho vigente en función de las circunstancias comprobadas en la causa.

Postula que el tribunal intermedio no realizó un minucioso análisis de todos y cada uno de los planteos que se presentaron y no los confrontó con las constancias del legajo sino que se limitó a reproducir lo dicho por el tribunal de juicio, sin hacerse cargo de los argumentos del recurso fiscal.

Sostiene así que los integrantes de la Sala IV del Tribunal de Casación realizaron afirmaciones dogmáticas que conducen a la descalificación del pronunciamiento como acto jurisdiccional válido.

Sobre esta base, cuestiona que el tribunal intermedio afirmó que la sentencia de origen no resultaba absurda o arbitraria en cuanto a la absolución de C. cuando se advierte y fue denunciado ante esa instancia que el tribunal de origen omite explicar cuáles son los elementos de prueba que llevaron a generar una duda razonable para concluir en la absolución del imputado.

Por otro lado, agrega, que el abordaje en relación al testimonio brindado por a la víctima resulta arbitrario pues los testimonios de C. F. B., y C. J. B., fueron coincidentes en relatar que entre la víctima de autos y el imputado C., existieron relaciones sexuales consentidas pero que dicha circunstancia no es excluyente de que haya existido, de todas maneras, un abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma.

En relación a los testimonios de los hijos de la víctima -M. G., y L. A., - considera que el *a quo* realiza una valoración parcial y fragmentada de las declaraciones pues ambos testigos se pronunciaron ante el tribunal ya firmaron que el imputado entró a su casa en varias oportunidades munido de un arma de fuego y que sometió a su progenitora a golpes y abusos; considerando el tribunal intermedio solo la versión del padre de la menor que sostuvo que su hija había mentado en relación a lo ocurrido porque G., la había obligado pero sin tener en cuenta que la niña mantuvo su relato en sus posteriores declaraciones tanto en el marco de la IPP como en el debate oral, ratificando así su primera declaración.

Agrega, nuevamente, que el tribunal intermedio realizó una valoración parcial y fragmentada de la prueba en tanto surgen de sus manifestaciones que si la víctima tenía una relación consentida con el imputado no podría ser víctima de un delito de abuso sexual; surge ello cuando el *a quo* se refiere a la enemistad entre la damnificada y los testigos N. C., S. M. G., y E. S., pues no valora sus dichos y tiene solo en cuenta que la víctima mantenía una relación con el imputado, contradiciendo la versión de esta última.

En cuanto a la valoración pericial aduce que el *a quo* contrapone las versiones dadas por los peritos oficiales con la perito de parte, afirmando que esta última no se entrevistó con la víctima sino que realizó afirmaciones arbitrarias durante la sustanciación del juicio al decir “que una persona abusada como mínimo se angustia” y que “es poco probable que una persona pueda ser violada dos o más veces”, siendo ellas arbitrarias y conllevan a que no puedan ser valoradas, descalificando el acto como jurisdiccionalmente válido.

Postula que, nuevamente, el tribunal intermedio es arbitrario y realiza una valoración parcial y fragmentada cuando afirma que “no existe a lo largo del proceso -instrucción o juicio- ninguna prueba que sustente la imputación efectuada” pues a contrario de ello advierte la existencia de elementos de prueba como: denuncia y declaración de la víctima a lo largo del proceso; declaraciones de los hijos que corroboraron lo denunciado por su madre; testimonios de C. B., y Z. A., quienes dan cuenta de los hechos por haber tomado conocimiento de los mismos por parte de E. G., y le dieron soporte y ayuda emocional para que pudiera formular la denuncia penal; lo declarado por la subcomisario Natalia Godoy quien refirió haber advertido angustia en el relato de la víctima y los informes elaborados por los expertos de la Asesoría Pericial Departamental.

Cita en su apoyo los casos “Fernández Ortega” y “Rosendo Cantú” de la Corte IDH en tanto son casos donde se entendió que en los supuestos que se investigan hechos de violencia sexual, la declaración de la

víctima constituye una prueba fundamental del hecho que no debe ser corroborada necesariamente con otros elementos probatorios independientes, antecedentes que a su criterio debieron ser tenidos en cuenta por el tribunal intermedio.

En segundo lugar, aduce que la resolución impugnada colisiona abiertamente con normas de tratados internacionales de derechos humanos lo que podría originar responsabilidad internacional del Estado Argentino, en particular la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida como Convención Belén Do Pará.

Considera que la posición adoptada por el Tribunal de Casación va contra las recomendaciones dadas por la normativa internacional y reproduce prejuicios y estereotipos de género que imponen a las mujeres determinados comportamientos debiendo ser un estado de derecho respetuoso de la autonomía moral de las personas en razón de lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución nacional.

Afirma finalmente que en el marco del proceso penal, y con independencia de los indicios que puedan corroborar la declaración de una víctima, la credibilidad de su testimonio puede ser evaluada con criterios que tienen en cuenta, por un lado, su naturaleza jurídica y su coherencia interna, y por el otro, las presiones internas o externas a las que puede estar sometida la agredida.

III.

Sostendré el recurso interpuesto por el Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal (arts. 21 inc. 8 y 14, ley 14.442 y 487, CPP). A los argumentos desarrollados por el impugnante, que comparto y hago propios en este acto, añadiré lo siguiente.

Tal como lo señaló el recurrente, el *a quo* se ha apartado de las constancias de la causa y ha prescindido de prueba decisiva para la solución del pleito; y ello es así pues la casación sólo se ha encargado de reeditar lo resuelto por el tribunal de origen sin contrarrestar los argumentos brindados

oportunamente en el recurso de casación, desacreditando el testimonio presencial de la hija de la víctima -y del hijo- en el suceso en pos del testimonio de su padre A., A. S.

Es que tal como lo reseñó el recurrente, la declaración de la hija de la víctima tuvo credibilidad, verosimilitud y persistencia, además en relación al testimonio brindado por padre e incorporado por lectura al debate expresó que *“... su madre nunca le pidió que mintiera y que a su padre no le contó nada de esto ...”* (fs. 249 vta.). Ahora bien, el órgano revisor ha resuelto confirmar la absolución del imputado en virtud de que *“[n]o existe a lo largo del proceso -instrucción o juicio- ninguna prueba que sustente la imputación efectuada que permita demostrar el absurdo en el decisorio impugnado, o que lo resuelto por los sentenciantes presente espacios carentes de fundamentación”* (fs. 295 vta.) y más adelante que *“[d]el plexo probatorio reseñado considero que le asiste razón a los sentenciantes cuando afirman que no existe glosado a lo largo de toda la pesquisa ningún testimonio ni documento que respalde la tesis esgrimida por la representante de la vindicta pública, y que permita arribar a una sentencia de condena con el grado de certeza necesaria que esta instancia requiere”* (fs. citada), aspectos que a su criterio obturan arribar a la certeza en cuanto a la autoría del encartado.

Por ello, cabe recordar el relato de la niña hija de la víctima y de su hermano, que lo minimiza el órgano casatorio al expresar: *“... la recurrente señala que las declaraciones de M. G., y L. A., hijos de la denunciante, robustecen sus dichos, pero ello no es así, dado que el primero de los nombrados terminó por reconocer que nunca supo si el autor de los abusos fue C., ya que nunca había salido de su casa para ver que pasaba, o si su madre tuvo la ropa rota, mientras que la versión aportada por la segunda entró en conflicto con lo declarado por su padre, S. A. A., quien fue contundente al señalar que su hija había mentado en torno a lo ocurrido con el imputado, porque G., la había obligado a ello”*; deben ser considerados como un elemento esencial en la temática de autos (fs. 294 y vta.).

La sentencia de mérito dejó sentado el testimonio de la hija de la víctima -L. A., - que indicó en relación al imputado que “... C., fue a su casa y sacó a su madre para atrás del baño, y esta le dijo ‘no salgan cuidá a tus hermanos’, pero la dicente llevó a su hermanito al baño y vió que su madre le estaba chupando el pene, que C., estaba de pie y su madre arrodillada pudiendo observar el arma con que le apuntaba a la cabeza...” (fs. 250 vta.).

Mientras que el testimonio del hermano de la nombrada -M. G., - confirmó que C., “entraba de noche en su casa, una vez con arma de fuego” y que “vió [a su madre] lesionada con golpes en la pierna y cara ...” (fs. 251.).

Que en vista de estos elementos reseñados, “la casación no procedió a la consideración integral y armónica de todos los elementos en juego en una totalidad hermenéutica probatoria, sino que fundó su convicción en un análisis fragmentado de las probanzas valoradas en el proceso” (cfr. causa P. 129.292, sent. del 6/11/2019)

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al revocar una sentencia absolutoria por abuso sexual, señaló que era arbitraria la sentencia atacada si: “... la duda acerca de la ocurrencia del hecho que esgrime el a quo carece de fundamentos suficientes, en tanto se respalda en un examen parcial e inadecuado del plexo probatorio, lo que autoriza la descalificación del pronunciamiento como acto jurisdiccional válido (Fallos: 312:1953; 316:1205; 317:1155; 322:963, entre muchos otros)”, agregando que “... la invocación del principio in dubio pro reo no puede ... sustentarse en una pura subjetividad ya que, si bien es cierto que éste presupone un especial ánimo del juez según el cual, en este estadio procesal, está obligado a descartar la hipótesis acusatoria si es que no tiene certeza sobre los hechos materia de imputación, no lo es menos que dicho estado debe derivar racional y objetivamente de la valoración de las constancias del proceso (Fallos: 307:1456; 312:2507; 321:2990 y 3423), circunstancia que, a la luz de los argumentos puestos de manifiesto en los párrafos precedentes, estimo que no concurre en el pronunciamiento

impugnado (Fallos: 311:948)” (del dictamen del Procurador General al que remitió la Corte Suprema en “Rodríguez, Marcelo Alejo y otros s/ querella” causa CCC 1820/2009/TO1/2/RH2, sent. del 19/9/2017).

Se advierte que el Tribunal *a quo* cercena indebidamente el material probatorio sin efectuar un análisis completo de todos los elementos convictivos recolectados, lo que autoriza a dejar sin efecto la decisión recurrida con arreglo a la conocida doctrina de la Corte Suprema de justicia de la Nación en materia de arbitrariedad (conf. doctr. CSJN Fallos: 311:1229; 315:2607; 319:1625; 322:963, e.o., citados por esa Suprema Corte en P. 123.862, sent. del 6/6/2018).

En relación al segundo agravio, vinculado a la inobservancia de normas de tratados internacionales de derechos humanos, en particular la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida como Convención Belen Do Pará., cabe agregar que además las apreciaciones del Tribunal de Casación violan directamente la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22) pues el modo de resolver la cuestión provoca un gravamen irreparable en relación a los derechos de los niños, por cuanto arbitrariamente se ha cercenado su derecho a ser oídos y que su testimonio sea considerado válido.

Cabe destacar que la desconsideración de esas declaraciones importa, una efectiva violación al derecho de los menores a ser oídos y de expresarse conforme los arts. 12 y 13 de la CIDN, en la medida que la decisión atacada toma como punto de partida la ineficacia de las declaraciones prestadas para probar la existencia de hechos que ocurrieron.

Dado lo expuesto, entiendo que le asiste razón al impugnante, cuando sostiene que la duda confirmada por el revisor se asienta en una arbitraria valoración probatoria, con motivación aparente y un estudio parcial que lo descalifica como acto jurisdiccional válido al no resultar de una razonada derivación de derecho vigente en función de las circunstancias comprobadas en la causa.

IV.

Por lo expuesto estimo que esa Suprema Corte debería acoger favorablemente el recurso interpuesto por el Fiscal ante el Tribunal de Casación.

La Plata, 10 de febrero de 2021.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 129.409-1

**“Altuve, Carlos Arturo - Agente Fiscal- s/ queja”, fecha: 26 de
diciembre de 2019**





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

“Altuve, Carlos Arturo –Agente
Fiscal- s/recurso de queja”

P 129.409-1

Suprema Corte de Justicia:

I.

La Sala Tercera del Tribunal de Casación Penal declaró procedente el recurso de la especialidad interpuesto por la defensa oficial contra el veredicto condenatorio dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal N.º 1 del Departamento Judicial Mercedes respecto de Juan Rodas López en orden a los delitos de abuso sexual agravado por acceso carnal, por uso de arma y por la participación de dos personas en concurso real con robo simple, el que absolvió (v. fs. 93/102)

II.

Contra dicho pronunciamiento el Fiscal ante el Tribunal de Casación interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 121/139), el cual fue declarado inadmisibile por la Sala III del Tribunal revisor (v. fs. 140/143) y finalmente concedido, recurso de queja mediante, por esa Suprema Corte (v. fs. 242/243).

Denuncia el recurrente arbitrariedad y absurdo por parte del tribunal intermedio en tanto que resuelve absolver al imputado en base a afirmaciones dogmáticas que no trascienden el terreno de las generalidades, apartándose de las constancias de la causa.

Expresa el recurrente que el Tribunal de Casación estructuró su respuesta sobre una valoración que prescindió de prueba decisiva, siendo arbitra la valoración de los elementos reunidos en la causa y que oportunamente alcanzaran para sustentar el decisorio de condena en la instancia de mérito.

De esta manera entiende el recurrente que se encuentra frente a un defectuoso pronunciamiento absolutorio que compromete el debido proceso conforme el art. 18 de la C.N.

Esgrime que el voto del Dr. Violini hace suyo los argumentos del juez de instancia que vota en minoría pero que se limita a expresar que coincide con sus conclusiones sin confrontar la totalidad de prueba de cargo provocando de esta manera un tránsito aparente por esa instancia.

También trae a colación el recurrente lo expresado en su voto por el Dr. Carral del cuál entiende también que con su argumentación incurrió en un apartamiento de las constancias de la causa convirtiendo su pronunciamiento en aparente y carente de todo razonamiento válido exigido en un pronunciamiento judicial válido.

En este sentido realiza un cotejo de la sentencia de mérito con la sentencia que se intenta poner en crisis; en primer lugar el análisis recae en la declaración de la víctima para luego concluir que no se advierten las alegadas diferencias importantes a las que hiciera referencia el Dr. Violini en su voto para descartar el testimonio de la víctima, siendo que el mismo fue tratado en extenso y cotejado por pericias psicológicas.

Continúa denunciando la falta de explicación en los argumentos concretos de la resolución dada así como también resalta la falta de inmediatez que sufren los jueces intermedios por la limitación metica que tienen ya que no pueden valorar lo que no conocen.

Ensayo, en primer lugar, como se han acreditado en el caso exigencias para que la declaración de la víctima sea válida: ausencia de incredibilidad de la víctima, por no tener la misma ningún móvil espurio, resentimiento o venganza para con el imputado; verosimilitud de la declaración, acompañada por la opinión de los profesionales intervinientes y persistencia en la incriminación por ser su relato consistente en cuanto lo a lo tocante al ataque sexual. A fin de robustecer su postura trae el relato de la tía de la víctima quién ubica como uno de los primeros testigos.

Aduce que el órgano casatorio se ha apartado de la normativa que rige en el caso a los fines de probar la existencia de un hecho conforme la normativa local -la jurisprudencia de la Corte I.D.H.-.

En relación a ello el recurrente trae a colación los precedentes “Fernández Ortega” y “Roserdo Cantú” en donde la Corte I.D.H. advirtió que cuando se investigan hechos de violencia sexual la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental del hecho que no debe ser corroborada necesariamente mediante otros elementos probatorios independientes.

En segundo lugar, realiza un análisis de los dichos de los profesionales intervinientes, cuestiona la interpretación dada por el Tribunal intermedio a uno sólo de ellos en lo que entiende que fue tergiversado, repasando en este punto el análisis de los demás profesionales para concluir que el relato de la víctima siempre se mantuvo, de acuerdo a todos los profesionales, como verosímil, encontrando indicadores de abuso sexual y secuelas psicológicas de los hechos.

Arguye que las pruebas psicológicas han sido omitidas por los casacionistas, restando valor a algunas testimoniales y enfatizando aspectos de las declaraciones de los profesionales que no hacen puntualmente al caso.

En tercer lugar y con respecto a la pericia de ADN, el recurrente denuncia que, una vez más, los sentenciantes han fragmentado la prueba y se apartan de las constancias de la causa, toda vez que según del relato de la propia víctima fue abusada no sólo por el imputado Rodas López sino también por otro sujeto, situación que no excluye la presencia de rastros de semen del otro agresor además que ha sido periciada una sola de las prendas aportadas.

En cuarto lugar y en relación a los dichos efectuados por el testigo Dusio, el recurrente remarca que no expresan los votantes cuáles serían los fundamentos por los cuáles se le da credibilidad a dicha versión. Trae como argumento que ninguno de los familiares del imputado dijo que en el

momento del hecho se encontraba trabajando en Tigre además de la versión contradictoria en el testimonio de Dusio cuando decía que el imputado sólo salió de la isla en dos oportunidades y para realizar un trámite concreto cuando los familiares de Rodas López declararon que eran visitados por el imputado y que fue visto también en otra oportunidad en un cumpleaños.

Por último el recurrente hace referencia a las pruebas de descargo que el Tribunal intermedio evaluó, tachando de arbitraria las conclusiones que llevaron a cabo ya que de un repaso de las declaraciones el recurrente advierte que las mismas fueron abiertamente parciales y que de sus dichos no puede extraerse que el imputado se hallara trabajando en Tigre.

Para concluir establece que la duda alegada por los votantes no puede reposar en una pura subjetividad, que la misma no puede ser el resultado de un examen superficial que fraccione la prueba, quebrantando las reglas de la lógica y el correcto pensar.

III.

Sostendré el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal (arts. 21 inc. 8, ley 14.442 y 87, CPP), cuyos argumentos hago propios, y agrego.

En primer lugar he de señalar que en el relato de la niña víctima, que de algún modo minimiza el órgano casatorio, debe ser considerado como un elemento esencial en la temática de autos, además que el mismo fuera contrastado con otros elementos periféricos como los testimonios de todos los profesionales que intervinieron en el caso y fundamentalmente el de su tía M. C. C., testigos a los que la niña le cuenta los hechos además de describir el comportamiento posterior de la joven, el cuál fuera descripto como estrés post traumático por los profesionales.

Tal es así que en situaciones similares ha dicho esa Suprema Corte que: “[u]n único testimonio, sobre todo en delitos cometidos en la intimidad buscada de agresor y víctima, si está correctamente valorado y motivada

su credibilidad, tiene virtualidad procesal para debilitar la presunción de inocencia del imputado” para luego agregar también que “[t]iene dicho esta Corte que la prueba indiciaria debe valorarse en forma conjunta y no aisladamente, pues cada indicio considerado por separado puede dejar margen para la incertidumbre, lo que no sucede si se lo evalúa de modo general, a través de un análisis conjunto ...” (P. 121.046 sent. 13/06/2018).

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al revocar una sentencia absolutoria por abuso sexual a un menor de edad, señaló que era arbitraria la sentencia atacada si: “... la duda acerca de la ocurrencia del hecho que esgrime el a quo carece de fundamentos suficientes, en tanto se respalda en un examen parcial e inadecuado del plexo probatorio, lo que autoriza la descalificación del pronunciamiento como acto jurisdiccional válido (Fallos: 312:1953; 316:1205; 317:1155; 322:963, entre muchos otros)”, agregando que “...la invocación del principio *in dubio pro reo* no puede sustentarse en una pura subjetividad ya que, si bien es cierto que éste presupone un especial ánimo del juez según el cual, en este estadio procesal, está obligado a descartar la hipótesis acusatoria si es que no tiene certeza sobre los hechos materia de imputación, no lo es menos que dicho estado debe derivar racional y objetivamente de la valoración de las constancias del proceso (Fallos: 307:1456; 312:2507; 321:2990 y 3423), circunstancia que, a la luz de los argumentos puestos de manifiesto en los párrafos precedentes, estimo que no concurre en el pronunciamiento impugnado (Fallos: 311:948)” (del dictamen del Procurador General al que remitió la Corte Suprema en “R. M. A y otros s/ querella”, sent. de 19/9/2017).

No puede reputarse entonces a la sentencia atacada como una derivación razonada del derecho vigente, pues su fundamentación nominativa desconectada de las circunstancias concretas de la causa se torna aparente, presentando el pronunciamiento los graves defectos que lo descalifican conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, Fallos 314:791, 320:2105, 331:1784, 333:1273, 339:165 y 339:1423, entre otros).

Se advierte que el Tribunal *a quo* cercena indebidamente el material probatorio sin efectuar un análisis completo de todos los elementos convictivos recolectados, lo que autoriza a dejar sin efecto la decisión recurrida con arreglo a la conocida doctrina de la Corte Suprema de justicia de la Nación en materia de arbitrariedad (conf doctr. CSJN Fallos: 311:1229; 315:2607; 319:1625; 322:963, e.o., citados por esa Suprema Corte en P. 123.862, sent. del 6/6/2018).

En relación a ello considero que las apreciaciones de l Tribunal de Casación violan directamente la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22) por ignorar el principio de prevalencia de los derechos de los niños (art. 3, CIDN), el postulado del interés superior del mismo y la fuerza conclusiva que merece el testimonio de una niña víctima de abuso sexual en el marco de un proceso judicial.

Así la Sala Tercera del Tribunal de Casación se apartó las instrucciones de la normativa convencional y constitucional la doctrina especializada y la jurisprudencia en relación a la valoración integral de la prueba rendida en casos de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes.

En efecto, el modo de resolver la cuestión provoca un gravamen irreparable en relación a los derechos de la niña víctima, arbitrariamente se ha cercenado su derecho a ser oída y a que su testimonio sea considerado válido.

Se debe tener en cuenta que la particular vulnerabilidad de la víctima en este caso es reconocida constitucionalmente y acompañada por una mayor protección: en tanto víctima, en tanto niño o adolescente (art. 34, CIDN).

En este sentido dada la obligación asumida por los estados de “proteger al niños contra todas las formas de explotación y abusos sexuales” y a la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de la O.N.U, existe un intento de invisibilización de la víctima en este caso, pese a que la niña declaró oportunamente los abusos padecidos, pese a ello el Tribunal de Casación considera que su relato

no es creíble ello a partir de una arbitraria interpretación de la prueba obrante en la causa (sobre los testimonios de los profesionales intervinientes y la declaración de otros testigos).

Cabe destacar que la desconsideración de esas declaraciones importa, además, una efectiva violación al derecho de los menores a ser oídos (art. 12, CIDN), en la medida que la decisión atacada toma como punto de partida la ineficacia de las declaraciones prestadas para probar la existencia de hechos que ocurrieron, precisamente, en un ámbito de privacidad, contexto que las dota de un valor probatorio privilegiado. La necesidad de considerar seriamente, en el marco de un proceso judicial el relato de los menores que manifiestan haber sido víctimas de abuso sexual como consecuencia del reconocimiento de sus derechos a la tutela judicial efectiva y a ser oídos, ha sido puesto de resalto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “VRP, VPC y otros vs. Nicaragua” sentencia del 8/3/2018, donde se señaló que: “[L]os Estados deben adoptar, en el marco del acatamiento del artículo 19 de la Convención Americana, medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual ...” (párrafo 155). “Las medidas especiales de protección que el Estado debe adoptar se basan en el hecho de que las niñas, niños y adolescente se consideran más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros. El sistema de justicia adaptado a las niñas, niños y adolescentes importará que exista una justicia accesible y apropiada a cada uno de ellos, que tome en consideración no solo el principio del interés superior, sino también su derecho a la participación con base en sus capacidades en constante evolución, conforme a su edad, grado de madurez y nivel de comprensión, sin discriminación alguna” (párrafo 158). “La Corte recuerda que los Estados tienen el deber de facilitar la posibilidad de que la niña, niño, o adolescente participe en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso [...]. Una interpretación armónica e integral del derecho a ser oído de niñas, niño y adolescentes, junto con el principio de autonomía progresiva, conlleva a garantizar

la asistencia jurídica de las niñas, niños y adolescentes víctimas en los procesos penales ...” (párrafos 159 y 161). La violación sexual es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico, que deja a la víctima ‘humillada física y emocionalmente’, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece con otras experiencias traumáticas. En el caso de las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual, este impacto podría verse severamente agravado, por lo que podrían sufrir un trauma emocional diferenciado de los adultos, y un impacto sumamente profundo, en particular cuando el agresor mantiene un vínculo de confianza y autoridad con la víctima, como un progenitor ...” (párrafo 163). “Los Estados deben garantizar que el proceso se desarrolle en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la niña, niño o adolescente y que el personal encargado de recibir el relato esté debidamente capacitado en la materia, de modo que aquél se sienta respetado y seguro al momento de expresar su opinión en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado ...” (párrafo 166).

Dado todo lo expuesto, entiendo que le asiste razón al impugnante, cuando sostiene que la duda afirmada por el revisor se asienta en una inadecuada consideración de la declaración de la víctima de autos, y una arbitraria y valoración probatoria.

IV.

Por lo expuesto estimo que esa Suprema Corte debería acoger favorablemente el recurso interpuesto por el Fiscal ante el Tribunal de Casación.

La Plata, 26 de diciembre de 2019.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 132.751-1

“Altuve, Carlos Arturo -Fiscal- s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 92.594 seguida a C., N. M . y C., N. E.”, fecha: 17 de diciembre de 2019





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

“Altuve, Carlos Altuve
-Fiscal ante el Tribunal
de Casación Penal- s/
recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley en causa
seguida a C., M. M. y C.,N.E.”
P 132.751-1

Suprema Corte de Justicia:

I.

La Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal, rechazó por improcedente el recurso de la especialidad interpuesto por el Fiscal de Instancia contra el veredicto absolutorio dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal N.º 6 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora respecto de N. M. C. y N. E. C. en orden a los delitos de abuso sexual a ultrajante en razón de la naturaleza del acto, agravado por el vínculo y aprovechando la situación de convivencia preexiste; y abuso sexual agravado por cometerse respecto de una menor de 18 años y aprovechado la situación de convivencia preexistente y el grado de parentesco, respectivamente (v. fs. 80/92)

II.

Contra dicho pronunciamiento el Fiscal ante el Tribunal de Casación interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 98/112), el cual fue declarado admisible por la Sala IV del Tribunal de Casación Penal (v. fs. 138/140).

Denuncia la recurrente arbitrariedad en la fundamentación de la duda respecto a la autoría de los imputados por apartamiento de las constancias de la causa y déficit en la motivación.

Expresa el recurrente que la duda en la que recala el Tribunal al de mérito y que fuera confirmada por el órgano casatorio respecto

de la participación de N. y N. C. en la materialidad ilícita objeto de juzgamiento, surge del apartamiento arbitrario de las constancias de la causa.

Explica que del pronunciamiento que esa parte impugna surge que M. G. en el marco de una causa seguida a otro imputado (L), mencionó en Cámara Gesell por primera vez presuntos abusos realizados por su madre y su tío.

Esgrime que el sentenciaste cuestiona que lo manifestado por la menor víctima ha sido expresado de manera adjunta al relato de abuso sexual sufrido por parte de otro imputado en otro juicio y luego de haber comenzado a convivir con su padre biológico y de que éste radicara la denuncia original de abuso de su hija.

Trae a colación el recurrente lo señalado por la licenciada Onzari y entiende que de lo expuesto surge evidente la arbitrariedad en la que ha incurrido el sentenciaste por dos circunstancias.

En primer lugar, afirma que no es cierto que el testimonio de la menor resulte ser un elemento solitario y para ello remite a lo señalado por la licenciada Onzari, el padre de la menor, la pareja del padre, H. C. (ex pareja de la madre), los informes producidos por el Juzgado de Familia N.º 2 de Avellaneda, el informe de la Escuela Sistémica Argentina concluyendo al respecto que resulta evidente que la prueba producida fue parcialmente valorada, omitiéndose considerar elementos de prueba fundamentales a efectos de comprender las condiciones en las que se resulta evidente que la prueba producida fue parcialmente valorada, limitándose a considerar elementos de prueba fundamentales a efectos de comprender las condiciones en las que se encontraba la menor al ser abusada y las consecuencias que ello le acarreó debiendo superar dificultades para poder ir relatando los sucesos padecidos que la sumieran en esa situación de absoluta vulnerabilidad.

En segundo lugar, omite considerar el Tribunal que la víctima de un hecho llevado a cabo en solitario y sin terceros presenciales,

justifica que -como en el caso- la fuente de comprobación del hecho remita a los dichos de G.

Aduce que el órgano casatorio se ha apartado de la normativa que rige en el caso a los fines de probar la existencia de un hecho conforme la normativa local-y la jurisprudencia de la Corte I.D.H.-.

En relación a ello el recurrente trae a colación los precedentes “Fernández Ortega” y ‘Rosendo Cantú’ en donde la Corte I.D.H. advirtió que cuando se investigan hechos de violencia sexual la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental del hecho que no debe ser corroborada necesariamente mediante elementos probatorios independientes.

Aduce que los argumentos dados por los casacioncitas a efectos de restar valor al testimonio de la menor víctima, en cuanto consideraron que la variación de los hechos y personas originariamente omitidas por M. resultaba incomprensible, son absolutamente arbitrarios, pues fue claramente explicado por la especialista que la menor, en función del tratamiento y de la contención de su grupo familiar, fue recuperando recuerdos y destacó que un niño cuando padece una situación de victimización sexual crónica, pasa a ser parte de su vida. Todo lo cual, debió ser considerado por los juzgadores al momento de valorar los dichos de M. y comprender la forma y los tiempos en que la menor fue comunicando los abusos de los que fue víctima.

Finaliza señalando que lo expuesto pone en evidencia de manera contundente que el estado de duda a partir del cual los sentenciantes del órgano casatorio confirmaron el veredicto absolutorio dictado por el órgano de mérito ha sido consecuencia de una arbitraria valoración de los elementos de prueba reunidos y ha dotado a la sentencia de una fundamentación aparente, dejándola carente de la debida motivación que la descalifica como acto jurisdiccional válido.

III.

Sostendré el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal (arts. 21 i.nc. 8, ley 14.442 y 487, CPP), cuyos argumentos hago propios, y agrego lo siguiente.

En primer lugar, he de señalar que el relato de la menor víctima expresado de manera adjunta al relato de abuso sexual sufrido por parte de otro imputado en otro juicio, y luego de haber comenzado a convivir con su padre biológico y de que éste radicara la denuncia original de abuso de su hija, es -como lo señala el recurrente- una arbitraria valoración de dicho testimonio, teniendo en cuenta el contexto de abusos sufridos por M.

Tal es así que en situaciones similares ha dicho esa Suprema Corte que: “[u]n único testimonio, sobre todo en delitos cometidos en la intimidad buscada de agresor y víctima, si está correctamente valorado y motivada su credibilidad, tiene virtualidad procesal para debilitar la presunción de inocencia del imputado” (P. 121.046 sent. de 13/6/2018).

En segundo lugar, el relato de la niña víctima, que de algún modo minimiza el órgano casatorio, debe ser considerado como un elemento esencial en la temática de autos.

En relación a ello considero que las apreciaciones del Tribunal de Casación violan directamente la Constitución Nacional el ignoran el principio de prevalencia de los derechos de los niños (art 3, CIDN), el postulado del interés superior del mismo y la fuerza conclusiva que merece el testimonio de una niña víctima de abuso sexual intrafamiliar en el marco de un proceso judicial.

Así la Sala Cuarta del Tribunal de Casación se apartó instrucciones de la normativa convencional y constitucional, de la doctrina especializada y de la jurisprudencia en relación a la valoración integral de la prueba rendida en casos de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes.

En efecto, el modo de resolver la cuestión provoca un gravamen irreparable en relación a los derechos de la niña M. G. por cuanto

arbitrariamente se ha cercenado su derecho a ser oída, a que su testimonio era considerado válido y a no ser discriminada.

Se debe tener en cuenta que la particular vulnerabilidad de la víctima en este caso es reconocida constitucionalmente y debe ser acompañada por una mayor protección: en tanto víctima, en tanto niño o adolescente (art. 34, CIDN).

En este sentido, dada la obligación asumida por los estados de “*proteger al niños contra todas las formas de explotación y abusos sexuales*” ya la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de la O.N.U., existe una total invisibilización de la víctima en este caso, pese a que la niña declaró oportunamente los abusos padecidos el Tribunal de Casación considera que su relato no es creíble, a partir de una arbitraria interpretación de la prueba obrante en la causa.

Cabe destacar que la desconsideración de esas declaraciones importa, además, una efectiva violación al derecho de los menores a ser oídos (art. 12, CIDN), en la medida en que la decisión atacada torna como punto de partida la ineficacia de las declaraciones prestadas para probar la existencia de hechos que ocurrieron, precisamente, en un ámbito de privacidad; contexto que las dota de un valor probatorio privilegiado. La necesidad de considerar seriamente, en el marco de un proceso judicial el relato de los menores que manifiestan haber sido víctimas de abuso sexual como consecuencia del reconocimiento de sus derechos a la tutela judicial efectiva y a ser oídos ha sido puesto de resalto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “VRP, VPC y otros vs. Nicaragua” sentencia del 8/3/2018, donde se señaló que: “[l]os Estados deben adoptar, en el marco del acatamiento del artículo 19 de la Convención Americana, medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual...” (párrafo 155). “las medidas especiales de protección que el Estado debe adoptar se basan en el hecho de que las niñas, niños y adolescentes se consideran más vulnerables a violación de

derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros. El sistema de justicia adaptado a las niñas, niños y adolescentes importará que exista una Justicia accesible y apropiada a cada uno de ellos, que tome en consideración no solo el principio del interés superior, sino también su derecho a la participación con base en sus capacidades en constante evolución, conforme a su edad, grado de madurez y nivel de comprensión, sin discriminación alguna” (párrafo 158). “La Corte recuerda que los Estados tienen el deber de facilitar la posibilidad de que la niña, niño o adolescentes participe en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso [...]. interpretación armónica e integral del derecho a ser oído de niñas, niño y adolescentes, junto con el principio de autonomía progresiva, conlleva a garantizar la asistencia jurídica de las niñas, niños y adolescentes víctimas en los procesos penales ...” (párrafos 159 y 161). “La violación sexual es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico, que deja a la víctima ‘humillada física y emocionalmente’, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece con otras experiencias traumáticas. En el caso de las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual, este impacto podría verse severamente agravado, por lo que podrían sufrir un trauma emocional diferenciado de los adultos, y un impacto sumamente profundo, en particular cuando el agresor mantiene un vínculo de confianza y autoridad con la víctima, como un progenitor ...” (párrafo 163). “Los Estados deben garantizar que el proceso se desarrolle en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la niña, niño o adolescente y que el personal encargado de recibir el relato esté debidamente capacitado en la materia, de modo que aquél se sienta respetado y seguro al momento de expresar su opinión en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado...” (párrafo 166).

En consecuencia, entiendo que le asiste razón al impugnante, cuando sostiene que la duda afirmada por el revisor se asienta en inadecuada consideración de la declaración de la víctima de autos y en una arbitraria valoración probatoria.

IV.

Por lo expuesto estimo que esa Suprema Corte debería acoger favorablemente el recurso interpuesto por el Fiscal ante el Tribunal de Casación.

La Plata, 17 de diciembre de 2019.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 130.506-1

**“Altuve, Carlos Arturo -Fiscal s/ Recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley”, fecha 14 de septiembre de 2018**





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

“Altuve, Carlos Arturo -Fiscal
s/ Recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley”

P 130.506-1

Suprema Corte de Justicia:

I.

La Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal hizo lugar a recurso de la especialidad y absolvió a F. E. L., quien había sido condenado por el Tribunal en lo Criminal N.º 1 del Departamento Judicial Necochea a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal contra una persona menor de dieciocho años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente (fs. 46/56 vta.).

II.

Contra dicha resolución el Fiscal ante el Tribunal de Casación interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 58/70).

Denuncia el recurrente que el fallo atacado carece de fundamentación en orden a la conclusión dubitativa por la que se pronunció. En esta línea considera que el tribunal intermedio desatendió arbitrariamente la totalidad del espectro probatorio valorado por el tribunal de mérito, apartándose notoriamente de las constancias de la causa, en base a afirmaciones dogmáticas, sin respaldo probatorio en algunos casos, desoyendo la eficacia de la sentencia de origen.

Así, en cuanto a la duda que, manifestó tener el *a quo* respecto de la mecánica de los hechos, sostiene que surge del apartamiento arbitrario de las constancias de la causa y la real motivación del fallo del tribunal ora sustituyendo ese criterio con su discrepancia personal de los revisores.

Esgrime que, a partir del fallo “Casal” de la Corte federal quedado claro que el Tribunal de Casación posee amplias facultades de revisión de la condena precisando además que las cuestiones vinculadas directamente con la inmediación con determinada prueba producida en el debate quedan por fuera de esa revisión amplia, por resultar intransferibles.

Expresa que en el presente caso, ante el Tribunal de Casación prestó declaración una testigo que no declaró en el juicio oral y que también la niña víctima fue sometida a una nueva declaración, en la que nuevamente sindicó a autor de los hechos. F. E. L. como autor de los hechos.

Destaca que el revisor otorgó plena credibilidad al testimonio de A. producido en esa sede, sin que sus dichos fueran corroborados por la víctima o por cualquier otra prueba de la causa, y en base a una valoración absurda y aislada de una nueva declaración de la menor resolvió aplicar la máxima *in dubio pro reo* y absolver a F. E. L.

Señala el recurrente que J. L. I., víctima en esto actuados, contaba con diez años de edad al momento del abuso sexual con acceso carnal (de la prueba documental adjuntada surge que la menor nació el 15 de julio de 2002 y el hecho que se imputa a F. E. L. fue cometido entre los días 5 y 20 de diciembre de 2012). Menciona q el hecho se devela cuando la misma ingresa a un Hospital Público con fuertes dolores abdominales y es operada bajo presunto diagnóstico de apendicitis. Como los dolores continuaban, interviene el servicio de ginecología y, tras realizar un test en sangre, detectan que la niña se encuentra cursando un embarazo. La menor es intervenida quirúrgicamente e incluso sufre la pérdida de una trompa de falopio y un ovario.

Aduce que, hasta aquí, teniendo en consideración que la niña contaba con diez años de edad y estaba embarazada, se determina *iure et de iure* que la misma fue víctima de una violación (abuso sexual con acceso carnal, extremo que aparece como un dato indubitado o hecho probado.

En cuanto a la duda manifestada por el *a quo* respecto de la participación del acusado, expresa que celebrado el debate oral y producción de prueba mediante, el tribunal de instancia concluyó motivadamente que el autor de ese delito resultaba ser F. E. L.

Entiende que a esa conclusión arribó el sentenciante en razón de una valoración en conjunto de la prueba rendida durante el debate, y así lo fundó razonadamente en el veredicto y sentencia que oportunamente dictara.

Reproduce el Fiscal lo sostenido por el sentenciante en cuanto que, en su declaración en Cámara Gesell, la niña dijo: *“... que F. estuvo un mes tocándola y después un mes haciéndole cosas. F. vivía en la casa cuando pasó esto. Estuvo un mes tocándola y un mes violándola. No se acuerda el apellido de F. Esto pasó en su casa, en la pieza. Estas cosas siempre pasaban a la mañana, estaban todo, pero durmiendo. Ella dormía en una cucheta y él en otra en el mismo cuarto ... Él se pasaba para la otra cucheta, cuando se pasaba a la otra cucheta la tocaba ... Esas cosas nunca le pasaron antes con otra persona... violar quiere decir que te hacen cosas rara F. le decía que no cuente nada ... contó recién cuando en el hospital le dijeron que la habían violado”, relatando de ese modo, con sus palabras, lo que sucedió y quien lo hizo.*

Sostiene que el valor de las pruebas no está prefijado, pues corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito determinar el grado de convencimiento que aquellas puedan producir, quedando dicho examen excluido de inspección casatoria salvo supuestos de irrazonabilidad o defectos notorios.

Señala que, recurrida la sentencia, ante la instancia casatoria se produjeron dos pruebas: a) la declaración de la Sra. A. y b) una nueva Cámara Gesell en la cual declara la víctima, elementos a los que asignara el Tribunal de Casación un sentido exculpatório.

Respecto de la primera de esas declaraciones, esgrime el recurrente que la testigo sostuvo que J. le confesó haber mentido respecto de la autoría del abuso sexual Sostiene que para corroborar esa afirmación el

tribunal recurre al testimonio de la niña en la segunda Cámara Gesell, más afirma que esta última no prueba el extremo afirmado por los casacionistas.

Aduce que, en definitiva, el *a quo* se aparta de las constancias de la causa para afirmar la duda, ya que fragmenta arbitrariamente el testimonio de la víctima en segunda Cámara Gesell para llegar a la falsa conclusión de que, A. dice la verdad.

Reproduce el recurrente el razonamiento del órgano casatorio señalando que se afirmó que J. reconoció haber mantenido un vínculo cercano con la testigo y haber hablado del abuso sexual con A., de modo tal que J. reconocería aquello que la testigo refiere haber oído respecto de la autoría en cabeza de otra persona en relación al abuso sexual.

Expresa el recurrente que en la Cámara Gesell la menor reconoció que tenía vínculo de confianza con la testigo, aludiendo a una relación estrecha que las unía y a que hasta hace tres meses atrás tenía un vínculo como si fuera su segunda mamá, agregando que ya no tienen ningún vínculo porque junto a su hija habían concurrido a una matiné.

Reproduce un fragmento de la declaración, en el que la psicóloga preguntó a la niña: “y vos con ella puntualmente, hablaste de lo que había pasado con F. E. L. hacia finales del 2012. ¿Con ella hablaste de esa situación? J.; ‘sí’,-Psicóloga: ¿Y que le contaste? ¿te acordas?, - J.: ‘sinceramente no me acuerdo”.

Afirma que no puede recortarse el testimonio de la niña del modo absurdo en que lo hizo el *a quo*, presto que la conclusión a la que arribó se aparta notoriamente de las constancias de la causa.

En cuanto a la segunda declaración en Cámara Gesell señala que el tribunal intermedio ha desatendido evaluar la totalidad del espectro probatorio valorado por el de mérito, apartándose del buen sentido y la sana crítica en la apreciación de dos pruebas relevantes para identificar la veracidad de los hechos puestos a su conocimiento: la prueba pericial, que acredita el abuso sexual con acceso carnal y el embarazo producto de esa violación, y la testimonial

vertida por la niña en Cámara Gesell en dos oportunidades en las que efectúa una directa imputación contra F. E. L.

Añade que de la prueba rendida durante el debate surge claro que oportunamente, a fin de determinar quien fue la persona que abusó sexualmente de J., diversos testigos hablaron con ella, quien categóricamente indicó que la única persona que había tenido algún contacto con su cuerpo: fue F. E. L.

En relación a ello, sostiene que el *a quo* interpreta en forma absurda la expresión de la víctima “tocar”, al aislar su relato sin interpretar su significado y sin sopesarlo en conjunto con el resto de las testimoniales y periciales que oportunamente fuera rendidas en el juicio oral. Explica que, en el lenguaje de la menor, “tocar” es penetrar y con es expresión todo el entorno de la niña nombró aquel que la niña padeció.

Así trae a colación el recurrente la declaración de M. J. M., madre de la víctima, quien tras relatar los pormenores de la internación de la niña, confirmación del embarazo, aborda el tema de la autoría, y el tribunal así deja consistencia en la sentencia; “... la nena lloraba mucho, no quería que la toquen. La médica la llevó a ella al padre a un cuartito ya allí les dijo que la nena estaba embarazada ... El padre fue a buscarla a la nena y le decía. J. decime quien le tocó ahí que yo lo mato y ella decía nadie papi, el padre insistía y ella dijo fue F. papi. ella no quería que la nena sepa, le dijo que era un quiste para que la nena no se asuste. Llegó la policía en ese momento. Allí J. comenzó a contarles a todos lo que pasaban lo que había pasado, era como una crisis nerviosa porque hablaba mucho ...” (Fs. 519).

Plantea que el Tribunal de Casación omitió valorar tanto el giro de lenguaje como el hecho de que la familia decidiera no contarle a la víctima que estaba embarazada.

Añade que, tras expedirse razonadamente respecto del testimonio de la madre de la víctima, el tribunal de instancia citó en la sentencia el testimonio de P. G. (abuela de la víctima), quien manifestó que: “... sólo le dijo

que F. iba a la cucheta de ella ... No le dio para preguntar más a la nena sólo le dijo que iba a la cucheta y la tocaba, nada mas” (fs. 49 del legajo casatorio).

También reproduce el impugnante el testimonio del médico Gabino, cirujano general del Hospital Ferreyra (fs. 50 del legajo casatorio) quien relató que: *“...hablando con la chica surge que comenzó espontáneamente algo relacionado con sus genitales en las noches previas. Estaban con ellos una enfermera y otra pediatra, en ese relato se le preguntó si habla tenido alguna situación que comprometiera sus genitales externos y aprovechando que tenía un relato espontáneo dijo que una de las noches pasadas tiempo atrás un primo que se llamaba F. había estado en su cama y le dijo que no hablara o no dijera nada o algo por el estilo y que estuvo jugando o tocando su zona genital. Se refería a la cola de adelante de la nena ... El relato fue contundente con respecto a un acceso carnal. No recuerda si la nena se refirió a una sola noche o como algo habitual. La persona a la que se refería, F., vivía en la casa supuestamente ... Cuando el padre se enteró se alteró bastante. Este relato de la nena fue antes de que el padre se enterara. A la nena no se le dijo que estaba embarazada, solo se le preguntó y ella comenzó espontáneamente a contar lo que había pasado”.*

Sostiene, así que el Tribunal de Casación sustituyó el criterio de sentenciante sin apelar a la existencia de contradicción con las reglas de la lógica, el sentido común, el conocimiento científico o aquellas que rigen el entendimiento humano.

Por último añade el Fiscal impugnante que el *a quo* no solo no atendió a los giros del lenguaje de la niña, sino que además omitió atender a la declaración de perito psicóloga Laura Brisighelli (fs. 532), quien manifestara haber encontrado a la menor *“.. muy disociada, la disociación es un mecanismo defensivo, es separar las cuestiones conflictivas aun costado o dejarlas congeladas. La nena no decidió contar lo que le había pasado, esto se descubre en el contexto de una internación o cirugía. Sus tiempos fueron violentados de algún modo, su develamiento fue acelerado (...) En la Cámara Gesell, ella tenía reticencia (...) cuando se intenta acceder a esos recuerdos ella se repliega, es un, repliegue psíquico...”*,

llegando también a la misma conclusión la testigo Leticia Locio psicóloga de la menor.

Concluye que ha quedado demostrado que el fallo impugnado encierra un fundamento aparente, defecto que constituye una causal definida de arbitrariedad que resiente la motivación lógica del fallo y desatiende el mandato del artículo 106 del C. P .P. la garantía del debido proceso.

III.

El tribunal *a quo* declaró inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto (fs.7 l/73), lo que motivó la presentación de queja por parte del representante de Ministerio Público Fiscal (fs. 75/83 vta.), remedio que fue declarado admisible por esa Suprema Corte, concediendo el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 84/85 vta.).

IV.

Sostendré el recurso extraordinario de inaplicabilidad de le deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal (arts. 21 inc. 8, ley 14.442 y 487, CPP), pues considero que le asiste razón al recurrente en cuanto califica de arbitraria a la sentencia atacada.

Ello así pues estimo que acierta el impugnante cuando denuncia la existencia de arbitrariedad en la fundamentación de la duda afirmada por el revisor, por apartamiento de las constancias de la causa, pues obran en autos relevantes elementos de prueba que han sido desconsiderados por el tribunal intermedio, que incurre así en el vicio reprochado.

Resulta útil traer a colación el voto de la Jueza que encabezó el voto de la mayoría en primera instancia, en el cual señaló que: “[e]n el debate oral y público se exhibió la filmación con audio (...) de la declaración de la víctima J. I. que fue instrumentada durante la I. O. P. en formato video. La entrevista fue conducida por la psicóloga María Laura Brisighell. del contenido de la declaración en Cámara Gesell de la menor (...) me interesa remarcar que la niña pudo reconocer, dentro de sus dificultades expresamente marcas por su madre M.

J. M. y las Lic. en Psicología Laura Brisighelli y Leticia Locio en tanto ‘imposibilidad absoluta de poder verbalizar el núcleo del abuso’, pudo admitir que F.E.L. un hombre grande. de 23 años que vivía a veces en su casa, siempre de mañana, cuando todos dormían, se presentaba en su cama, en su cucheta, ‘él estuvo un mes tocándome, y luego un mes violándome’. Pudo contar eso a su tía J. novia de su tío. M, (...) Las médicas Dra. Gollia y María Angélica Castaños que la atendieron en el hospital municipal esa jornada del 19 de diciembre de 2012, coincidieron en el señalamiento inicial e indubitado de su agresor, sexual por parte de la niña: nombraba a F., un chico grande, ‘primo’ que vivía en su casa, La Dra. Castaños dijo: “que. F. la ha querido besa en la boca, que juega con su pene y la toca y le hace doler, tal como siente dolor en ese momento...” (fs. 24 vta./26 vta.).

Luego de la introducción en sede casatoria del testimonio de A. de la realización de la segunda entrevista en Cámara Gesell a la menor víctima de autos -como bien lo señala el recurrente- el Tribunal de Casación, pese a que la menor volvió a nombrar F, como autor del evento (v. fs. 52), consideró que no podía afirmarse con certeza que F. E. L. hubiera abusado sexualmente de la niña.

El revisor sorteó toda referencia a la prueba que emerge del debate oral y toma exclusivamente en consideración la producida en esa sede, afirmando mediante salto lógico carente de fundamentación, que: “... *la niña que claramente modifica su discurso, llegando a decir que no tuvo relaciones con nadie y que tampoco había sido abusada, todo esto genera un espacio de duda en relación al hecho*” (fil, 53).

Debo aclarar en este punto, en línea con lo manifestado por e impugnante, que el revisor se afirma a la literalidad de los términos empleados por la víctima en su declaración, sin tener en cuenta que las psicólogas intervinientes explicaron oportunamente que la menor sufre la ‘*imposibilidad absoluta de poder verbalizar el núcleo del abuso*’.

También toman como un dato cierto y creíble el que surge de testimonio de A. en cuanto mencionó que J. de tan solo diez años de

edad- le habría manifestado que tenía una relación sentimental con una persona llamada D.O., quien habría tenido relaciones sexuales consentidas (v. fs. 49 vta.).

En este contexto, estimo que resultan acertados los argumentos de recurrente cuando señala, a partir de la irrefutable existencia del acceso carnal del que da cuenta el embarazo cursado por la niña, que ésta dio cuenta con sus palabras de la situación padecida e identificó, en todo momento, a un único agresor -dando cuenta de una serie de circunstancias de tiempo y espacio que dotan a su relato de innegable credibilidad-.

En ese sentido, estimo oportuno recordar que esa Suprema Corte ha dicho que no existe óbice alguno en tener por probado un determinado hecho o circunstancia, en virtud de un único testimonio, en la medida que no se verifique la presencia de alguna situación que provoque una merma en su credibilidad, o que el alcance otorgado a sus manifestaciones resulte arbitrario o absurdo (conf: causas P. 115.843, sent. de 9/3/2016; P. 117.594, sent. del 28/9/2016; entre otras).

El revisor parece asignar especial relevancia a la referencia de la víctima cuando manifiesta que ella “*no tuvo relaciones con nadie y que tampoco había sido abusada*”, expresión incompatible con el embarazo cursado y explicable solo a partir de aquella dificultad para verbalizar lo ocurrido y de los obstáculos de orden emotivo de los que dieran cuenta, en su momento, las expertas en psicología.

Cabe agregar que en el caso, como bien lo indica el recurrente, el valor de la imputación que la víctima dirigiera contra el imputado aparece reforzado por la valoración conjunta de las pericias realizadas y de las opiniones intervinientes. Laura Brisighelli y Leticia Locio.

En este sentido vale destacar que siendo los peritos quienes elabora sus informes mediante los soportes técnicos propios de su especialidad, describiendo técnicas que utilizaron para arribar a determinada conclusión, el sentenciaste debe adecuada explicación para justificar la

prescindencia de esas experticias, siendo estos -muy particularmente en los casos de abuso sexual de víctimas menores de edad- los que se encuentran en mejores condiciones, como especialistas en la materia, para ayudar al niño o niña víctima a expresar lo sucedido, escrutar la verosimilitud de sus dichos, las eventuales secuela en la psiquis y especiales actitudes psico-físicas y sociales que pudieran revelar signos propios de situaciones de abuso infantil, todo ello con el menor impacto posible respecto de su revictimización (cfr. causa P. 121.248, sent. de 22/2/2017).

De ese modo, resulta claro que el tribunal casatorio pretende, partir de una escueta referencia a la prueba producida en esa sede, descalificar el evidente valor de cargo que de las probanzas tenían en el caso concreto, pues de las mismas surge que la víctima mantuvo a lo largo del tiempo un discurso coherente, sin ningún tipo de contradicciones, en el que identificó al imputado como su agresor. De este modo, la duda afirmada por el revisor aparece como una consecuencia de un palmario apartamiento de las circunstancias de la causa.

En el sentido indicado se ha pronunciado también la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al revocar una sentencia absolutoria por abuso sexual a un menor de edad, señalando que era arbitraria la sentencia atacada si: “... la duda acerca de la ocurrencia del hecho que esgrime el a quo carece de fundamentos suficientes, en tanto se respalda en un examen parcial e inadecuado del plexo probatorio, lo que autoriza la descalificación del pronunciamiento como acto jurisdiccional válido (Fallos: 312:1953; 316:1205; 317:1155; 322:963, entre muchos otros)”, agregando que “... la invocación del principio *in dubio pro reo* no puede sustentarse en una pura subjetividad ya que, si bien es cierto que éste presupone un especial ánimo del juez según el cual, en este estadio procesal, está obligado a descartar la hipótesis acusatoria si es que no tiene certeza sobre los hechos materia de imputación, no lo es menos que dicho estado debe derivar racional y objetivamente de la valoración de las constancias del proceso (Fallos: 307:1456; 312:2507; 321:2990 y 3423), circunstancia que, a la luz de los argumentos puestos de manifiesto en los párrafos precedentes, estimo que no concurre en el pronunciamiento impugnado

(Fallos: 311:948)” (del dictamen del Procurador General a que remitió la Corte Suprema en “R. M. A. y otros si querella”, sent. de 19/9/2017).

No puede reputarse entonces a la sentencia atacada como una derivación razonada del derecho vigente, pues su pronunciamiento normativo desconectada de las circunstancias concretas de la causa se torna aparente, presentando el pronunciamiento los graves defectos que lo descalifican conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, Fallos 314:791, 320:2105, 331:1784, 333:1273, 339:1635 339:1423, entre otros).

Se advierte que el tribunal *a quo* cercena indebidamente el material probatorio, a la par que valora prueba que resulta favorable al imputado, sin efectuar un análisis completo de toda la recolectada, lo que autoriza a dejar sin efecto la decisión recurrida con arreglo a la conocida doctrina de la Corte Suprema de justicia de la Nación en materia de arbitrariedad (conf doctr. CSJN Fallos: 311:1229; 315:2607; 319:1625; 322:963, e.o., citados por esa Suprema Corte en P. 123.862, sent. del 6/6/2018).

Lo resuelto por la Casación implica una violación de constitucional que hace al debido proceso, y debe ser casada por constituir un pronunciamiento arbitrario, pues dicha garantía exige que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa (CSJN Fallos: 301:978; 311:948 y 2547; 313:559; 315:29 321:1909). Repárese en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha descalificado por arbitraria la sentencia que no ha dado un adecuado tratamiento a la controversia suscitada de acuerdo a las constancias de la causa, o si la decisión se apoya en afirmaciones dogmáticas que le otorgan una fundamentación son aparente (conf, por muchos, doctr. CSJN Fallos 331:1090). (P. 124.540, sent. de 30/5/2018).

IV.

Por todo lo expuesto, entiendo que esa Suprema Corte debe hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley

interpuesto y reenviar los presentes al tribunal casatorio para que dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

La Plata, 14 septiembre de 2018.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

