

M. D. H. c/ M. B. M. F.

expte. M.2311.XLII.

29/04/2008

Dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal

**Suprema Corte:**

**-I**

Contra la decisión de los jueces integrantes de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al revocar la sentencia de la anterior instancia, resolvieron conceder la tenencia provisoria de una niña menor de edad a su madre, y poner fin de la guarda de hecho que venía ejerciendo el padre, éste interpuso el recurso extraordinario de fs. 310/317, cuya denegatoria de fs. 342, dio lugar a la presente queja.

Vistas las particularidades del caso, considero necesario efectuar aquí algunas precisiones en torno a los antecedentes fácticos, que estimo conducentes en orden a la solución de la controversia que propongo a V.E..

Cabe poner de resalto sobre el particular, que la hija común de quienes hoy sostienen este litigio, nació el 2 de marzo de 2001. Cuando contaba con un año de edad, en mayo de 2002, el grupo familiar se trasladó a España. Por razones que no corresponde abordar aquí, el padre volvió a la República Argentina a fines de setiembre de 2003. Tres meses después (24/12/2003), C. viajó a Buenos Aires y desde ese momento reside con aquél en esta ciudad. Con fecha 27 de abril de 2004, el Sr. M. inició un proceso cautelar en el que perseguía el otorgamiento de la guarda provisoria de su hija, el que fue rechazado "in limine" por defectos formales (ver fs. 25 y vta. del expediente n1 32.076/2004).- Posteriormente, el 17 de agosto de 2004, entabló nuevas actuaciones, esta vez, demandando su tenencia definitiva.

Por su parte, la Sra. M.B. permaneció en territorio español donde, en abril de 2004, promovió una denuncia policial por la retención de la niña; y, más tarde, el 31 de mayo, activó el mecanismo civil previsto en la Convención de La Haya sobre sustracción de menores. No es ese, sin embargo, el asunto que nos convoca, puesto que la finalidad del procedimiento de devolución internacional, ha quedado vacía de contenido con el regreso de la requirente al país, ocurrido en setiembre de 2004. Así, al evacuar el traslado de la demanda, aquélla adujo como uno de sus argumentos centrales, haberse reinstalado en esta ciudad, más precisamente

en su casa materna, que -según destacó- fue el último hogar de C. antes de la partida con destino a España.

En cambio, la delicada cuestión por la que se da vista a este Ministerio Público, se ha generado a raíz de la solicitud de atribución inmediata de la guarda formulada por la Sra. M.B. en su conteste.-

Sustanciado que fue el pedido, la Asistente Social del Juzgado actuante, produjo un informe donde, al volcar sus observaciones, no dio cuenta de ningún hallazgo relevante desde la perspectiva técnica propia del servicio social, que obstase al ejercicio de su función por parte de ninguno de los progenitores.- Para ese entonces, la madre había mudado su domicilio a la ciudad de Mar del Plata.- Seguidamente, en un todo de acuerdo con la opinión de la Sra. Defensora de Menores, la jueza subrogante consideró inconveniente introducir innovaciones en este momento procesal, por lo que rechazó la pretensión materna. Luego de concedida la apelación interpuesta por la demandada, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, con remisión a lo dispuesto por el art. 206 del Código Civil, en la primera parte de su segundo párrafo, revocó la resolución de primera instancia, y otorgó la tenencia provisoria de la pequeña a su madre.

Hasta aquí, entonces, los antecedentes de la situación jurídica planteada.

**-II**

Ahora bien: La introducción del recurso por el que viene el expediente a esta sede, suscita de inmediato dos interrogantes relativos a la admisibilidad de dicha vía procesal. Me refiero, por un lado, a la índole de la resolución impugnada que, estrictamente, no merece la calificación de sentencia definitiva; y, por el otro, a los hechos y normas implicados, que refieren al derecho común.

Sin embargo, el supuesto de autos no resulta ajeno al remedio federal, puesto que el examen de los antecedentes del caso, revela que aquéllos no son sino óbices aparentes, que se despejan no bien recurrimos al contenido de aquel mecanismo, según lo ha delineado esa Corte a través de reiterados precedentes. Veamos:

Con relación al primero de los extremos predichos, si bien la resolución atacada no es de las que ponen fin al pleito, sin duda es susceptible de ocasionar un agravio de insuficiente o imposible reparación ulterior. Esta lesión, apreciada con el criterio circunstancial y flexible que el tema postula, adquiere en la especie una dimensión singular en tanto el

cumplimiento del decisorio recurrido supone habilitar un cambio fundamental para el psiquismo en formación de una persona menor de edad (Fallos:- 312:1580; 328:2870; y, más recientemente, el 11 de julio de 2007, C. 1066 L.XLI yC. 1067 L.XLI recurso de hecho in re "Ceriani Miguel Angel c/Balbi Rosasco Norma" cons. 11 y 12).

En lo que atañe al segundo aspecto enunciado, relativo al carácter de la materia objeto de tratamiento, cabe indicar que si bien -tal como lo ha sostenido reiteradamente V.E.-, lo atinente a la tenencia de hijos menores alude a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, ajenas a la instancia extraordinaria, corresponde apartarse de dicho criterio, cuando lo decidido carece de fundamentos suficientes que le den sustento como acto jurisdiccional.

A la luz de las nociones antedichas, examinaré seguidamente los principios básicos en que se sustenta el derecho aplicable, conforme a los antecedentes del caso, con el propósito de establecer la existencia y entidad sustancial de los defectos que, a mi entender, reclaman la intervención de ese máximo Tribunal.

### -III

En esa tarea, por las características del fallo en cuestión, encuentro necesario detenerme brevemente para precisar unas pautas primarias a partir de las cuales el Derecho de Familia aprehende el peculiar fenómeno que le toca regular; y que -por constituir aspectos rectores, alguno de ellos con jerarquía de principio del derecho-, se erigen en armas imprescindibles para cualquier intervención jurisdiccional apropiada. Entre ellas, descuella el denominado "interés superior del niño", verdadera matriz de los instrumentos jurídicos propios de este campo.

Sin ignorar los disensos que ha generado el alcance de dicho concepto, sea que se le asignen 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.

Es que la natural condición de dependencia de la infancia, hace necesario que las instituciones contribuyan a un resguardo particularmente cuidadoso de sus derechos. Así, las personas que transitan por esa época fundacional de la vida son acreedoras de un resguardo intenso y diferencial por razón de su edad y de las variables de indefensión que las afectan,

merecimiento al que los jueces deben dar efectividad directa como mandato de la Constitución.

Como lo ha percibido la doctrina, esta idea angular plasma los principios del Estado de Derecho en el campo de la infancia. Su ejercicio requiere del concurso de otros (en lo que nos interesa, de los jueces); y responde a niveles primarios, ya que toda sociedad humana ha de dar protección a los miembros más desvalidos, entre ellos, a sus niños (Gutiérrez García C. y Martí Sanchez J.M.: "Los derechos del menor. Evolución y situación actual", en Revista Jurídica de Castilla La Mancha, n1 28 esp. p 34 y 35, con referencias a instrumentos internacionales y europeos; idem "Estatuto personal y multicultural de la familia" ed. Colex año 2000, Cátedra Aguilar Navarro-Universidad Carlos III, Madrid, España, p 67, 68, 83, 84; Ochotorena J.de P. y Arruabarrena Madariaga M.I.: "Manual de Protección Infantil" ed. Masson S.A. España esp. p 217 y 218; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 7; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25.2.-; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2.1.-; Declaración de Derechos del Niño, Resol.n1 1386 ONU, 20/11/1959, principio 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 19; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 24.1.-; Protocolo Adicional de San Salvador, art. 16).

Esta 'regla de oro' es reconocida por la comunidad jurídica occidental como un verdadero 'prius' interpretativo, que debe presidir cualquier decisión que afecte directamente a personas menores de dieciocho años, a punto tal que algunos países la adoptan como cláusulas constitucionales positivas (v.gr. art. 39 de la Constitución española; ver asimismo arts. 92 segundo párrafo, 103 inc. 11.1 y 154 de su Código Civil).- En sintonía con esa evolución, la Convención de 1989 "sienta tajantemente el principio de la responsabilidad pública en la realización efectiva del derecho del menor, sancionando la ineludibilidad de la acción estatal positiva para garantizar en última instancia la eficacia del derecho del menor y su protección" (Calvo García M.: "La protección del menor y sus derechos" p 181 cit. En Revista Jurídica de Castilla La Mancha n1 28 p 325 ap. 4.1; art. 3.1.- de la Convención sobre los Derechos del Niño -art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional-; art. 13 de la Convención de la Haya de 1980).

Esa impronta ha signado el derrotero del Derecho tan profundamente, que modernamente la noción misma de patria potestad se define más allá de los derechos de los padres (Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida y Rivero Hernández: "Elementos de Derecho Civil IV-Derecho de Familia" 30 ed. Vol. 21, ed. Bosch, Barcelona, 1989 cap. XIII "La patria potestad"). En efecto, este

instituto se construye principalmente de cara a la formación integral, protección y preparación del hijo para la vida. Ergo, es menester que aquellas medidas referidas a la familia sean zanjadas o, cuando menos, integren en su elaboración a la regla 'favor filii'.

Repito, el denominado 'mejor interés' hace a la esencia de la actuación paterna. Así, la doctrina nos recuerda que los niños son la "humanidad en ascenso", por lo que la patria potestad es una verdadera función social que los padres deben desempeñar en orden a la humanización de los hijos, con la pertinente garantía del Estado. En esa línea, no sólo condiciona el modo en que debe desplegarse el 'officium' paterno. También obliga al intérprete -urgido por esta directiva jurídica de particular peso axiológico en el derecho contemporáneo- a dar, en cada caso individual, respuestas realmente coherentes con una acción proteccional bien entendida. Y, por lo mismo, lo conmina a prestar especial atención a los niños como personas, enteramente revestidas de la dignidad de tales; titulares -ahora mismo- de unos derechos, cuyo ejercicio actual se proyectará ineludiblemente en la calidad de su futuro (Gutiérrez García-Martí Sanchez: ob.cit. p 27 a 29).

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. Paso a considerar brevemente dichas aristas.

#### **-IV**

Las medidas anticipatorias, como la que aquí se considera, difieren de las cautelares clásicas, especialmente por sus efectos: no garantizan el derecho pretendido sino que lo adelantan. Entonces, su admisibilidad depende de que el resultado del proceso principal esté comprometido si desde el principio no se dispusiera de un determinado cambio del estado de cosas.- También es menester que el bien anticipado sea susceptible de restitución si la resolución anticipatoria es revocada; de modo tal que no sólo debe ponderarse la irreparabilidad del perjuicio del peticionante de la medida, sino también el del sujeto pasivo de ésta, quien podría verse afectado de manera irreversible si la resolución anticipatoria es derogada.- De lo dicho se deriva que la alteración del estado de hecho o de derecho debe encararse con criterio restrictivo, máxime si se lleva cuenta de las implicancias que tiene este tipo de decisiones en el área de la defensa en juicio. Luego, sólo podrá concederse la innovativa si existe certidumbre acerca del daño inminente e irremediable de no accederse al cambio de situación.

Si esto es así en el campo de la teoría cautelar general, tanto más en la economía del Derecho de Familia, y, más específicamente aún, en materia de niñez, en tanto la regulación de las relaciones de esta índole por parte de los jueces incide centralmente en derechos básicos de una persona humana que ha menester de un 'plus' de protección.

He aquí, precisamente, uno de los estándares de aplicación constante en este ámbito. Me refiero al mantenimiento del 'status' cuando de medidas provisionales se habla, salvo -claro está- que se hayan constatado importantes anomalías en el desarrollo de la guarda por parte de quien la ejerce al iniciarse la intervención jurisdiccional.-Un parámetro elemental que, por la postura de indiscutible equilibrio que comporta, conserva plenamente su vigencia, a pesar de ser éste un momento histórico signado por el cambio de paradigmas.

Como enseña la doctrina, y se colige fácilmente, se trata de preservar la estabilidad de modo que se dañe lo menos posible a los niños que padecieron el impacto de una desintegración familiar; por lo cual -sin perjuicio de lo que corresponda disponer al dictarse la sentencia definitiva-, para sustraer temporalmente al hijo de su ambiente habitual, modificando el régimen de vida que llevaba al entablarse la relación litigiosa, deben mediar causas muy serias relacionadas con su seguridad o la salud moral y material.

**-V**

Sobre la base de tales premisas, es mi parecer que la sentencia en estudio merece ser tachada de arbitrariedad, desde que incluye afirmaciones

dogmáticas y omite considerar aspectos conducentes y legislación aplicable, elementos que resultan suficientes para invalidarla, por caer en un claro apartamiento de las reglas de la sana crítica.

Y bien:- Un primer déficit que descalifica a la sentencia impugnada, es que su texto trasunta una lectura parcializada del informe elaborado por la Asistente Social, quien -es cierto- no encuentra óbices de importancia en el desempeño materno. Empero, tampoco lo hace con la conducta del Sr. M. como padre, aludiendo expresamente a la relación positiva que C. tiene con sus dos progenitores.

La resolución en crisis comienza reconociendo que las partes están en paridad de condiciones en cuanto a la posibilidad de cuidado de la niña así como que ésta mantiene un buen vínculo con ambos padres, mas extrae una conclusión que no guarda coherencia con esa premisa. Digo esto porque, sin aportar otra justificación que no sea la nuda opinión del tribunal, desconoce la directiva técnico-jurídica básica antes referida, que -recalco- constituye un criterio uniformemente admitido, y se ajusta perfectamente a los hechos del caso.- En este sentido, no obra en el expediente ninguna constancia indicativa de una eventual situación de riesgo que aconseje alterar provisionalmente una convivencia estable de varios años, ni la Sala hace mérito de elementos fácticos o conceptuales de ese orden.

Pensemos que, si del análisis de la prueba con la que no podemos contar aquí y ahora, en la sentencia definitiva se otorgase la tenencia al progenitor que hoy la ejerce de hecho, se habrá caído en el absurdo, con unos costos personales para C. que le habrán sido impuestos sin causa alguna. Así lo ha reconocido oportunamente el Tribunal, haciendo pie en la condición de sujeto de derecho de los hijos y no de objeto del derecho de sus mayores (ver CSJN "S.de L. M. s/denuncia" del 29/10/1987 cons.9).

En ese contexto, en el que se han desdeñado herramientas primarias del Derecho de Familia, el recurso a la solución que ofrece el art. 206 del Código Civil (primera parte del segundo párrafo), no es más que una referencia dogmática a un precepto legal en el que ni siquiera encuadra la situación planteada (en el momento de dictarse el auto, C. ya había superado la edad de corte prevista por esa norma). En suma, no pasa de ser un fundamento meramente aparente.

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

positivos deben contrastarse con los antecedentes de hecho, máxime en estos asuntos en los que, tal como lo apunta la doctrina, el interés del niño - de rango superior-, opera imperativamente en un papel integrador, que llena los eventuales vacíos de la ley y prevalece sobre los preceptos cuya implementación se revele contraria a los derechos de aquél.

Así las cosas, el único extremo que, a mi entender, hubiese ameritado ingresar en un tratamiento diverso, es la constatación de la ilegalidad del traslado de C. a territorio argentino; puesto que las instituciones de la República, no deberían consagrar soluciones que importen avalar la ilegalidad.

Con relación a ese tema, la progenitora sostuvo que la permanencia de la niña con su padre, tuvo origen en el uso indebido de una venia extendida con miras al período vacacional. No obstante, a esta altura del juicio, no existe base jurídica suficiente para llegar a ninguna conclusión a ese respecto, máxime frente a lo que reza la autorización que habilitó la salida del territorio español, donde la propia interesada hizo constar como domicilio de la hija menor el que correspondía a su padre en Buenos Aires.

Desde esta perspectiva, la resolución cuestionada deviene irrazonable, en tanto carece de cohesión lógica interna y se aparta del derecho aplicable conforme a las circunstancias acreditadas hasta el momento.

#### **-VI**

Al hilo del criterio exegético que desgranamos, prestemos ahora atención a otra circunstancia que agrega mayor complejidad, e impone con ello una observancia más estricta de los recaudos allí referidos. Es que el tópico inicialmente propuesto a juzgamiento sufrió en el decurso del trámite una mutación relevante:- Cuando planteó la incidencia, la Sra. M.B. habitaba en la ciudad de Buenos Aires, pero en el momento de dictarse la resolución impugnada, ya se había radicado en la ciudad de Mar del Plata.

Por lo tanto, la atribución de la guarda que hizo la Sala I, aparejó una elíptica autorización para que la niña se ausente a cuatrocientos kilómetros del ámbito de competencia territorial del Juzgado que entiende en el asunto, licencia ésta que fue otorgada sin la debida audiencia del otro progenitor, titular del derecho de vigilancia (arg. arts. 9 de la Convención de los Derechos del Niño y 264 inc. 21 del Cód. Civil).

Cuadra recordar a esta altura que, puestos en la óptica del principio de continuidad afectiva, espacial y social de la infancia, autores contemporáneos



nos previenen acerca de que un cambio de residencia puede representar una injerencia arbitraria en la vida privada del hijo, vedada por la Convención Internacional de los Derechos del Niño (arts.2.2, 12.1 y 16.1); e, incluso, abren la posibilidad de que se configure abuso del derecho en la elección del domicilio familiar que -si apareciere injustificada y dañosa para el interés de la prole por afectar sin motivos sus afectos, educación u otros aspectos igualmente valorables-, habilitaría el reclamo para impedir o reparar el daño ocasionado.-

Desde luego, no se está diciendo que aquí concorra efectivamente alguna de las hipótesis aludidas en el párrafo anterior. Lo que se pretende destacar al poner de resalto los alcances técnicos de esta temática, es la orfandad primaria de la que adolece la resolución cuestionada.

Aún de considerarse subsanada la falta de sustanciación con la manifestación espontánea formulada a fs. 204/206 del expediente n1 72.182/2004, o con la contestación del memorial respectivo, o, en fin, a través del consentimiento tácito en los términos del art. 170 del Cód. Procesal, subsisten todavía otros defectos de entidad no menor, como son la ausencia de valoración real acerca de los beneficios del cambio, y de toda la actividad adicional -probatoria y ponderativa- que ella implica (arg. precedente CSJN 13/5/1988 in re "E. E V.D.M. C. c/V.D. J.L."). En este sentido, el interrogante abierto por la Lic. Radrizzani sobre la "lógica de la elección de (la) ciudad (de Mar del Plata)" para afincarse en ella, no fue siquiera mencionado por la Sala, como tampoco lo fueron las objeciones paternas acerca de la veracidad de los datos del nuevo domicilio, y de los medios de vida de la demandada.

Por otro lado, al expresar que el sistema "... de visitas implementado entre madre e hija ha dejado de ser el más conveniente para la menor, puesto que de hecho obstaculiza la presencia de la niña con la familia directa de la progenitora (abuela materna y tío conviviente) en su residencia habitual, tan necesaria como la paterna ..." , la sentencia incurre en una confusión inaceptable equiparando regímenes jurídicos conceptual y jerárquicamente diversos como son el que surge de la patria potestad y el que deriva de la relación de parentesco (doct. de los arts. 264 ins. 21 y 376 bis del Cód. Civil), a la vez que prioriza incorrectamente a éste respecto de aquél. Se fuerza así el razonamiento con un fundamento incongruente, ya que se utiliza un ámbito impropio para discurrir sobre el contacto de C. con sus parientes por vía materna. Y, en definitiva, se apoya una decisión de indiscutible gravedad, en un argumento de una futilidad extrema, como es que -a partir de la distancia

física que los separa-, la permanencia de la pequeña con su padre dificulta la relación de aquélla con la familia extensa.

De ese modo, el decisorio en crisis ha avanzado sobre el objeto de la causa n1 117.438/04, donde se ventilaba autónomamente lo relativo al régimen de contacto pactado en el ámbito de la ley 24.573. Pero, paralelamente, ha omitido ponderar la virtualidad y alcances de la restricción contenida en ese convenio en cuanto a la salida de la niña a más de cien kilómetros de esta Ciudad (ver su cláusula cuarta); olvido éste que también recayó sobre las manifestaciones e informes que introdujo el actor acerca del estado de C. y en torno de la conducta del tío materno y de la actual pareja de la progenitora. Sin perjuicio del valor que dichos argumentos vayan a tener en definitiva, a la luz de las probanzas que se alleguen en el marco del proceso de conocimiento, lo cierto es que esos elementos -significativos en orden al actual 'thema decidendum'-, merecían, cuando menos, tratamiento expreso.

Me parece del todo evidente que, en los puntos examinados en este acápite, el pronunciamiento impugnado presenta carencias de extrema seriedad, habida cuenta de que, nuevamente, se abstiene de considerar aspectos relevantes y no realiza un análisis mínimamente aceptable, a la altura de la índole y complejidad de la cuestión debatida. Ello, más allá de los notables errores interpretativos, lo descalifica como acto jurisdiccional válido.

## **-VII**

Recientemente ese máximo Tribunal ha tenido oportunidad de volver sobre la idea de que los jueces deben pesar las consecuencias futuras de sus decisiones, sobre todo cuando los destinatarios son los niños ( CSJN in re "A.F." 13/3/2007, con cita de Fallos 312-371 consid. 61 y 71).

En franca contraposición con aquel postulado de hondo sentido común, y con abandono de la función protectoria que deriva de la cláusula contenida en el art. 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional, en un contexto de provisoriedad y sin sostén probatorio, la resolución atacada somete a esta niña a una alteración drástica. Compromete no sólo el entorno físico de su residencia habitual, sino toda su realidad vital, en tanto deberá abandonar la convivencia con su padre prolongada por varios años, así como el medio en el que se desenvuelve cotidianamente, para ser trasladada al nuevo domicilio donde habita la madre, a cuatrocientos kilómetros de distancia.- Ello, sin computar los interrogantes referidos en el acápite anterior, descartados apriorísticamente por el tribunal de la causa.

Desde ya, al optar por ese temperamento, se inaplica sin explicación alguna de la noción de 'centro de vida', que precisa la idea general de 'mejor interés del niño', en términos similares a los que adoptara la comunidad internacional en La Haya, y que -a finales de 2005-, mereció consagración legislativa en el art.31 inc. f) de la ley 26.061.

Lo que dejamos dicho, contribuye a abonar la afirmación hecha más arriba en el sentido de que una modificación de semejante envergadura, no guarda coherencia con el estado del expediente (que no ha superado la etapa introductoria), ni con las constancias reunidas hasta ahora, cuyas características no hacen sino poner de relieve la inoportunidad manifiesta de la medida.

Por otro lado, nos devuelve a la idea de que resolver la pertinencia del pedido materno suponía, en primer término, haber verificado el peligro de mantener el 'status quo' (cosa que por cierto no ha ocurrido en estos autos); y, una vez superado positivamente ese paso preliminar, pasar recién a indagar sobre los motivos, condiciones, repercusiones, en fin, sobre la conveniencia del traslado en orden al bienestar integral de la pequeña. Si ese protocolo procesal y lógico no puede ser obviado por los jueces en defecto de acuerdo entre los progenitores (doct. del art 264 quater del Cód. Civil), parece evidente que en este supuesto particular en el que existe un conflicto irresoluto que tiene como objeto principal -precisamente- la custodia de C., una decisión estimatoria carente de esos mínimos recaudos formales y epistemológicos, deviene arbitraria.

Los jueces, entonces, no podían dejar de calibrar en profundidad las posibles secuelas de aquella alteración, en una persona que está transcurriendo esos primeros años en los que se edifica el mundo interior.

Así lo aconseja el mero recurso a las máximas de la experiencia, cuyos dictados deberían perdurar en el horizonte de cualquier oficio prudencial; mas ésta no es la única vertiente de la surge la exigencia que planteamos. El derecho doméstico, en sintonía con la producción internacional en el campo de los derechos humanos, acepta como patrimonio básico de toda persona y, en especial, de los niños, el derecho a la salud (Fallos:- 278:313, 302:1284, 310:112). Este estandar se traduce en el más alto nivel de salud que sea posible, en orden al bienestar y al desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social ("La dimensión internacional de los Derechos Humanos" Washington DC, año 1999, ed. BID y American University, p 372 a 374; arg. Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 25; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27; Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, art. 11; Pacto

Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 11; Pacto de San José de Costa Rica, art. 5.1.-).

En los litigios como el que nos ocupa hoy, se encuentra claramente comprometida la salud del niño, considerada en la acepción más amplia del término, tal como lo hace la Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Va de suyo que un cambio de guarda -a pesar de su carácter eminentemente precario- es siempre un asunto de extrema trascendencia para el hijo. Esta sola observación, impone un juicio que balancee con especial esmero las consecuencias para el infante en términos beneficio-daño; valoración que ha de abarcar ineludiblemente la evaluación del impacto psicológico del desarraigo.

Entiendo, pues, que en los procesos en los que se debate la custodia de un niño, ese derecho a la salud -reconocido como atributo inherente a la dignidad humana y, por ende, inviolable-, interpela directamente a los jueces, como una manda de jerarquía superior, que reclama la búsqueda de los medios más idóneos para su consagración efectiva.- Cabe puntualizar aquí, que la prescindencia que exhibe la sentencia en este punto, conlleva desconocer ese imperativo, circunstancia que la torna inaceptable.

#### **-VIII**

A propósito de los criterios antes expresados, creo útil recordar que en la base misma de nuestro sistema subyace el respeto de los derechos fundamentales de la persona, que en su concreción práctica pende del debido proceso, de manera que -en lo que nos interesa- los jueces han de decidir en tiempo propio, previa recolección de los elementos de juicio racional y formalmente necesarios. Recalco una vez más, que -tanto desde la perspectiva de la vigencia del valor justicia, como desde una visión estrictamente lógica-, la índole misma de la función jurisdiccional impone atender a las circunstancias del caso así como a la prueba que conduce al esclarecimiento de esos hechos, puesto que ese es el modo adecuado para establecer su relación con el ordenamiento y las consecuencias que éste les atribuye.

En ese marco, cuando sea necesario efectuar comprobaciones especializadas en juicio, las llevarán a cabo los profesionales habilitados, quienes transmitirán al juez su opinión y deducciones; y, al hacerlo, le suministrarán argumentos o razones para la formación de su convencimiento con relación a temas cuya aprehensión vaya más allá de la ciencia jurídica.

Si el perito es, como se vio, un intermediario en el conocimiento judicial, y si en lo técnico, esa mediación resulta fundamental, es indudable

que la intervención especializada coadyuva en forma relevante a la formación regular de las decisiones judiciales.

En ese sentido, aunque el consejo experto no es vinculante, no resulta coherente con la naturaleza del discurso judicial apartarse de él sin motivo y, menos aún, abstenerse de ese aporte (ver "Introduction" Stephen Breyer, Associate Justice of de Supreme Court of the United State, esp. p 2, 3, 4 5, y 8, en "Reference Manual on Scientific Evidence" 20 ed. Ed. Federal Judicial Center, USA).

El Derecho de Familia no escapa a esos lineamientos. Por el contrario, las complejidades que presenta esa parcela de las relaciones humanas, reclaman muchas veces el apoyo técnico, a punto tal que se ha llegado a decir que el deber tutelar del Poder Judicial no puede desarrollarse sin la intervención de expertos en las disciplinas de la salud, como tampoco sin la investigación de los datos de la realidad que, para su comprensión, requieren de esos otros auxiliares.

Y bien:- En nuestro caso, dejando de lado esas pautas elementales, el tribunal de la causa ha transgredido el límite de sus potestades, al disponer una profunda innovación en la condiciones de vida de C. en base a inferencias que -sin ningún sustrato idóneo- minimizan las consecuencias del cambio, a través de una equiparación dogmática de experiencias vitales distintas. Y al determinar, también dogmáticamente, que la madre "posee las mejores condiciones naturales para cubrir las necesidades físicas y formativas" de la chiquita.

Por cierto que no se está propugnando aquí la multiplicación de intervenciones profesionales con un propósito inadecuado o en un momento impropio del trámite. En cambio, estos señalamientos sólo apuntan a poner de relieve otra manifiesta irregularidad de la resolución atacada. Reitero, desde el ángulo de abordaje del conflicto en que se colocó el tribunal, éste debió contar obligadamente con una evaluación psicológica, que sin embargo no se produjo. En ese sentido, al par de caer en una incongruencia interna, la sentencia hace pie en la mera voluntad y especulación teórica de los jueces, con olvido de la regla de la sana crítica.

#### **-IX**

Dejo expuestas así las graves deficiencias de las que adolece el fallo cuestionado que, a mi modo de ver, autorizan decididamente su invalidación por V.E..

En definitiva, y sin perjuicio de lo que proceda una vez que se ventile por completo el proceso de conocimiento en marcha, opino que se debe hacer lugar a la queja deducida y revocar el decisorio impugnado.-

Buenos Aires, 21 de noviembre de 2007.-

Dra. Marta A. Beiró de Goncalvez.

Es copia.

## **RECURSO DE HECHO**

**M. D. H. c/ M. B. M. F.**

**Buenos Aires, 29 de abril de 2008.**

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa M. D. H. c/ M. B. M. F." para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los agravios del apelante encuentran adecuada respuesta en los fundamentos del dictamen del señor Procurador General, en lo pertinente, el Tribunal comparte y hace suyos brevitatis causae.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito. Notifíquese y devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI (según su voto).

ES COPIA

## **VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI**

Considerando:

1º) La presente causa se inicia con la solicitud del señor M para obtener la tenencia judicial que de hecho ejerce sobre su hija C, petición que fue reconvenida por la madre, señora M. B.

En lo que aquí interesa, actora y demandada se unieron en concubinato aproximadamente en marzo de 2000. El 2 mayo de 2002, decidieron viajar a España con la intención de trabajar y radicarse en ese país. El 20 de septiembre de 2003 el progenitor regresó a la Argentina para reinstalarse y el 24 de diciembre del mismo año, viajó la niña en compañía de un familiar, fecha a partir de la cual ha convivido con él.

Por su parte, la señora M. B. retornó al país en septiembre de 2004 y se asentó en la ciudad de Mar del Plata.

Las partes discrepan respecto del motivo de la vuelta al país de la niña. Según la madre, el acuerdo era que pasaría las fiestas con el padre y luego volvería a España; en cambio el señor M alega que el viaje fue para que se quedara definitivamente.

2º) El juez de primera instancia consideró que de acuerdo con lo dictaminado por la defensora de menores, en ese -20- estado del proceso, resultaba inconveniente innovar acerca de la situación de la menor, sin perjuicio de lo que se resolviese sobre la tenencia definitiva.

Esta decisión fue revocada por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que otorgó la tenencia provisoria de C a la madre.

Para así resolver, los camaristas afirmaron que si bien se trataba de una medida provisional coincidía con el objeto del juicio principal. Además, destacaron que de la entrevista mantenida con los padres surgía que ambos amaban profundamente a su hija, pero que como vivían a 400 km de distancia inevitablemente la tenencia debía recaer en uno sólo de ellos.

Hicieron referencia a lo informado por la asistente social del juzgado, en cuanto a que no habían indicadores que demostraran que la señora M. B. no estuviera capacitada para cumplir con su rol de madre y, luego de referirse al sexo y la edad de la niña -5 años-, afirmaron que era aquella

quien estaba en mejores condiciones para cubrir las necesidades físicas y formativas de la menor, con sustento en el artículo 206, inc. 2 del Código Civil.

Al mismo tiempo aclararon, que si bien era cierto que tal decisión traería aparejado un proceso de readaptación para C, pues se trataba de una ciudad diferente y el comienzo de estudios en otro colegio, en razón del inminente casamiento del padre, también sufriría una modificación en su esquema de vida de seguir residiendo con él ya que se incorporaría su cónyuge.

3°) Contra esta decisión, el padre de la niña interpone recurso extraordinario (fojas 300/317), cuyo rechazo origina la presente queja.

El señor M denuncia que los criterios de atribución de la tenencia en los que se fundó el órgano juzgador, fueron invocados de un modo genérico, lo que contraría la manda constitucional que exige reparar en cada caso cuál es el interés superior del menor.

Añade, que aunque se trate de una solución provisoria, el perjuicio que le causa a C es actual y real, ya que si la sentencia resolviese finalmente que debe vivir con él, sufriría un nuevo y traumático cambio de entorno, familiar, educativo y social.

4°) El fallo recurrido es definitivo, pues resuelve en contra del interés que se aduce protegido por una norma contenida en la Constitución Nacional, el que no podrá ser revisado una vez dictado el pronunciamiento final.

En el caso, el apelante ha invocado que la decisión de otorgarle la tenencia provisoria de la niña a la madre viola el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta regla constitucional resulta aplicable durante el curso del proceso, pues prescribe que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen,, los tribunales... una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Por lo tanto, resulta ineficaz su tratamiento al momento del fallo último.

5°) Sentado lo anterior, los agravios traídos por la parte recurrente han planteado una cuestión federal que hace procedente el recurso deducido, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de las normas de un tratado internacional enumerado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.1), tal como ella ha sido interpretada por la jurisprudencia de este Tribunal y la sentencia



del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el recurrente funda en ella (artículo 14.3 de la ley 48).

6°) Cabe revisar entonces, si la alzada ha reparado en la recta interpretación de la cláusula del artículo 3.1 de la CDN, en lo que respecta a decisiones provisionales que pueden ocasionar un trauma al niño y en la muy exigente justificación que una medida de ese tipo requiere de conformidad con los precedentes de esta Corte.

En el expediente S.1801.XXXVIII "S.C. s/ adopción" (Fallos: 328:2870), fallado el 2 de agosto de 2005, voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay, se consideró que la regla del artículo 3.1 de la CDN que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene -al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias-, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto.

En otro orden de ideas, se afirmó que en la medida que todo cambio implica un "trauma" para el niño debe demostrarse que no llevarlo a cabo le causaría un daño mayor o más grave.

Tales reglas hermenéuticas son la que deben regir la solución del caso, sin que resulte óbice para ello que el expediente citado haya sido sobre una adopción y el presente acerca de una tenencia, pues en definitiva, lo que se trata de interpretar es el "interés superior del niño" (artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) ante decisiones judiciales que pueden perjudicarlo.

7°) En la sentencia impugnada, los jueces expresaron: "hace pocos días que C ha cumplido los 5 años, por lo que no resulta desdeñable considerar los alcances del art. 206 inc. 2°, primera parte del Código Civil, ya que teniendo en cuenta la edad y el sexo de la niña se supone que la madre posee las mejores condiciones naturales para cubrir las necesidades físicas y formativas de aquélla".

Como puede notarse, el cambio de la tenencia se apoyó en la presunción genérica según la cual siendo el menor de estos autos de sexo femenino, resultaba más adecuado la convivencia con su madre y en el criterio legal que sigue esa línea establecido en el artículo 206, inciso 2°,

primera parte del Código Civil, aún cuando se reconoció que la niña había superado el límite de edad allí fijado.

Lo expuesto, permite afirmar que para la alzada los datos de orden natural, como la edad y el sexo, bastan para elegir a la madre como custodia inmediata de su desarrollo, sin consideración a las particularidades del caso concreto.

8°) Dicho lo anterior, se advierte que el razonamiento empleado por la cámara implicó un punto de partida equivocado. Era la conveniencia de C lo que debía justificar cambiar su status quo y no, la invocación apriorística de motivos de orden "natural".

Cabe destacar, que no existe en la Convención sobre los Derechos del Niño preeminencia alguna a favor de uno de los padres. Tal es así, que su artículo 18 dispone el compromiso del Estado de garantizar la responsabilidad de ambos progenitores en la crianza y el desarrollo del hijo.

Por su parte, la pauta según la cual los distintos grados de la evolución psico-social de un niño, pueden hacer aconsejable mayor o menor participación de uno de los dos padres en su educación y formación, fue seguida como una premisa autoevidente por los camaristas para preferir que provisoriamente la niña viviese con su madre.

Respecto del artículo 206, inciso 2° primera parte del Código Civil, los vaivenes que su redacción ha tenido a lo largo del tiempo demuestran el conflicto de valores que involucra y que no se trata de una regla estanca. Así, el artículo 206 del Código Civil establecía que los menores de 5 años quedarían siempre a cargo de la madre. A su turno, el artículo 76 de la Ley de Matrimonio Civil suprimió el término "siempre" y, la reforma introducida por la ley 17.711 especificó que la preferencia por la madre quedaba descartada frente a "causas graves". Finalmente, la ley 23.515 modificó el concepto de "causas graves" e incluyó todas las situaciones que "afecten el interés del menor".

9°) En conclusión, dado que en el fallo impugnado no se han brindado razones que aconsejen un cambio de tenencia fundadas en el mejoramiento de la situación de la niña, la decisión tomada implicó considerar absolutos ciertos principios y ante el conflicto entre el interés del niño y el de sus progenitores, darle preeminencia a este último, que es justamente lo contrario a lo que propicia la directriz cuya inteligencia se cuestiona.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin

efecto la sentencia apelada. Con Costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito. Notifíquese y devuélvase.

E. RAUL ZAFFARONI.

ES COPIA

Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 7**