

S.C. S. 727; L. XLVIII

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos casó la resolución de la Sala Segunda de la Cámara Tercera de Apelaciones de la ciudad de Paraná y otorgó la tenencia provisoria del niño J.I. a la madre, M.D.B. A los fines de efectivizar la restitución del niño, ordenó a la magistrada de primera instancia que, con la asistencia de los equipos técnicos pertinentes, dictara las medidas conducentes a tal efecto (cfse. fs. 395/402 y fs. 444/449 del expediente "S., F. M. c/ D. B., M. - Tenencia Definitiva s/ cuadernillo del artículo 247 C.P.C. y C.", n° 6653/10, al que aludiré, salvo aclaración en contrario).

Para así decidir, el Superior Tribunal señaló que en diciembre de 2008 se confirió la guarda temporaria de J.I. al progenitor, F.M.S., mediante una medida cautelar dictada inaudita parte, y que tal circunstancia se prolongó fácticamente, luego del vencimiento del término establecido, hasta que se decidió acordar formalmente la tenencia provisoria al padre, F.M.S., mediante providencia confirmada por la Cámara de Apelaciones.

Entiende que, por ese medio, se alteró el centro de vida que había construido el niño con su madre y su medio hermano, cambiando la residencia habitual que por más de cinco años se había emplazado en la ciudad de Paraná, para trasladarla junto al padre a la ciudad de Santa Fe y, más tarde, a la distante localidad de Esperanza, de la provincia homónima.

Considera que resulta inevitable volver al estado anterior al dictado de la medida cautelar, porque entiende que es la única manera de corregir el gravamen provocado por el desacierto del juzgador que -a su criterio- se patentiza actual, activo y vigoroso.

Expresa que debieron mediar razones poderosas para sustraer al infante del ambiente que le era habitual, motivos que -según interpreta- no emergen de

los antecedentes allegados a esa instancia, más allá de la conflictividad litigiosa de los padres.

Sobre esa base, se fundamenta en lo dispuesto por los artículos 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 3º, inciso f), de la ley n° 26.061 para recalcar que aquel error debe repararse, pues no resulta posible que, a partir de tal yerro, se edifique una solución justa que, a la postre, plasme el derecho antes conculcado por el fallo.

Reputa contradictorio preconizar, tal como lo hizo la Cámara, que debe preservarse el *statu quo* del infante junto a su padre, salvo que existan causas que impongan lo contrario, desde que, en su momento, se adoptó el temperamento opuesto y se alteró la situación del menor.

Contra esta resolución, la parte actora interpuso el recurso federal, que fue contestado y denegado, dando lugar a la presente queja (v. fs. 455/469, 471/481, 495/498 y 761/765).

-II-

En lo sustancial, el pretensor sostiene que la sentencia ha obviado el principio rector del interés superior del niño y que su inobservancia o falta de correcta consideración constituyen agravio suficiente para habilitar la instancia por arbitrariedad. Añade que se descartó sin motivo la consideración de la totalidad de los informes de los equipos técnicos, quienes opinaron a propósito de las conductas de la progenitora como entorpecedoras del vínculo materno-filial, y que se omitió realizar una nueva evaluación interdisciplinaria. Enfatiza que el *a quo* no contó, durante el trámite del recurso, con el expediente cautelar sobre protección de derechos iniciado por el ministerio pupilar (n° 10.524).

Puntualiza que los jueces deben examinar cuál es la decisión más favorable para el desarrollo vital del menor, ponderando todos los aspectos relevantes y las circunstancias del caso, lo que no ocurrió aquí, y que la decisión objetada violenta el principio de inmediatez, así como el derecho del niño a ser oído y a participar en todos los procedimientos que lo puedan afectar, como disponen las leyes 23.849 y 26.061, a la

Procuración General de la Nación

vez que hace caso omiso de la actitud materna, tanto en los encuentros con J.I., como en la difusión pública del conflicto parental.

Refiere que la resolución impugnada prescinde de verificar cual es el vínculo del niño con su progenitora y con el grupo con el que reside en la actualidad, incluido su padre, como así también cuáles son las secuelas psico-físicas susceptibles de esperarse en el menor si se cambia el estado al que se encuentra habituado desde el año 2008.

Concluye tachando de equivocada la inteligencia que el juzgador prodiga al concepto “centro de vida del menor”, puesto que, otorgar valor incontrastable al que el niño tenía al tiempo de la convivencia con su madre, hace más de cuatro años, significa entrar en colisión con su interés superior y restar toda trascendencia al tiempo transcurrido desde que lo hace con F.M.S., amén de soslayar que aquél “centro de vida” ha variado en su conformación. Cita principalmente los artículos 18, 19 y 75, inciso 22, de la Carta Magna y normas de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la ley 26.061.

-III-

Ante todo, cabe señalar que esa Corte, tras haber emitido opinión el Sr. Defensor Oficial, declaró procedente la presentación directa y ordenó suspender el procedimiento de ejecución (cf. fs. 774/778, 779, 791/800 y 892). También cabe señalar que, habiendo solicitado este Ministerio Público la realización de una serie de medidas a fin de mejor dictaminar, el Tribunal interpretó que las constancias de autos suministran los elementos de convicción necesarios para que este órgano se expida sobre los puntos sometidos a consideración (v. fs. 903/904 y 905). Por ende, hallándose habilitada *-prima facie-* la instancia federal, me ceñiré a examinar la cuestión por la que se confiere vista a esta Procuración General.

Desde esta perspectiva, observo que la sentencia apelada se basa exclusivamente en la idea de que la guarda conferida provisoriamente al padre desplazó a J.I. de su centro de vida. Es allí donde los magistrados del Superior Tribunal detectan

el error que se proponen rectificar reinstalando la etapa anterior. Se remiten, entonces, a una circunstancia única, ocurrida en diciembre de 2008, a la que tildan de injustificada, sin explicitar virtualmente los motivos de su aserción y, mucho menos, sin estudiarla en el contexto de todo el proceso desenvuelto con posterioridad y de los deseos expresados por el menor.

En ese marco, si bien -como lo observa el Sr. Defensor Oficial- la sentencia del Superior Tribunal provincial invoca la primacía del interés del niño, omite realizar una ponderación y aplicación concreta de sus pautas, lo que resultaba crucial en orden a las singulares características del grave conflicto que envuelve a J.I. y a sus reales necesidades.

Cabe recordar que la consideración primordial del interés superior de la persona menor de edad, que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos, orienta y condiciona toda resolución de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos. Por lo tanto, queda totalmente desvirtuada la misión específica de los jueces del fuero de familia si se dirimen los conflictos humanos mediante la aplicación de fórmulas o de modelos prefijados, prescindiendo del examen de los componentes propios de cada caso (Fallos: 330:642; 331:147, entre otros).

Es que el niño tiene el derecho a una protección singular que debe prevalecer como factor esencial de toda relación judicial; con lo cual, ante un conflicto de intereses de igual rango, cabe conferir prioridad al interés moral y material del menor sobre cualquier otro antecedente. Por lo demás, la ejecución del principio debe hacerse analizando sistemáticamente cómo los derechos y las conveniencias del niño se ven o se verán afectados por las decisiones judiciales. Ese interés exige ponderar las implicancias que la decisión pueda tener sobre la personalidad en desarrollo y no puede aprehenderse ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares de la causa (Fallos: 328:2870).

Conteste con ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó que la determinación de tal interés, en casos de cuidado y custodia de menores

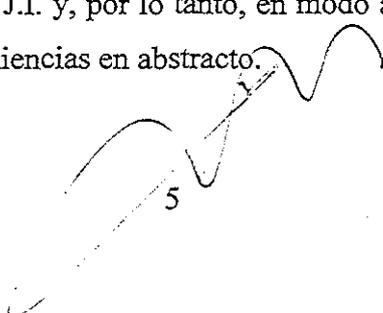
Procuración General de la Nación

de edad "... se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, de los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño". Juzgó impropias las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o las preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia (v. CIDH; Caso "Forneron e hija vs. Argentina", del 27/04/12; párr. 50).

Asimismo, el interés superior del niño debe ser interpretado a la luz de su derecho a ser oídos (v. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 12, "El derecho del niño a ser escuchado", del 20/07/09). En tal sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados partes tienen la obligación jurídica concreta de garantizar a cada niño, en todo procedimiento judicial o administrativo, su derecho a ser escuchado, a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que lo afectan y a que sea debidamente tenida en cuenta, en función de su edad y madurez (art. 12 de la Convención citada; y arts. y 2°, 3°, incs. "b" y "d", 24, 27, 29 -y ccds.- de la ley 26.061).

Sobre el tema, se ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al expresar que 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 acordarle participación, según proceda, en la determinación de sus derechos (Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, del 24/02/12, pár. 199). Asimismo, indicó que los jueces deben explicar de qué manera tomaron en cuenta las declaraciones y preferencias de los niños y que, frente a sus derechos, deben conducirse con particular diligencia y celeridad (párr. 208).

A la luz de tales pautas, la sentencia debió focalizarse en hallar la solución más provechosa para J.I. y, por lo tanto, en modo alguno puede sustentarse en teorizaciones acerca de conveniencias en abstracto.

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized name, is written over the text. Below the signature, the number '5' is written in black ink.

Luego, la decisión de volver las cosas al estado anterior y mantener la guarda materna, por juzgarla ajustada al interés de J.I., aparece como dogmática, toda vez que el *a quo* arguye sin dar razón de los elementos de juicio que lo condujeron a esa conclusión y sin esclarecer concretamente la condición, pronóstico y reales expectativas y conveniencias del menor.

Frente a la profundidad de la problemática que viene afectando a J.I. desde hace tantos años, era menester que el sentenciador estudiara escrupulosamente todos esos aspectos, en pos de establecer la auténtica significación y derivaciones que pueden entrañar, para este niño, la prolongación o la alteración del estado de cosas en el que se encuentra.

Tal como lo ha observado esa Corte, en ciertos supuestos se invoca la primacía del interés del joven pero se pone a la Convención de los Derechos del Niño al margen de la solución, desde que no se hace aplicación ni consideración en concreto de sus pautas (S.C. G. 617, L. XLIII, "G., M.G. s/ protección de persona", del 16/09/08, cons. 5°).

Finalmente, el dogmatismo de la respuesta jurisdiccional terminó por ponerse de manifiesto en la etapa de ejecución de la sentencia, puesto que al llevarse a cabo la audiencia fijada para cumplir con la orden de restitución, J.I. se habría negado terminantemente a ver a su madre, y habría mostrado un intenso miedo, así como signos graves de posible desestructuración -escisión yoica- o intento de suicidio (fs. 1061/1062 y 1065/1067 de los autos "S., F. M. c/ D. B., M. s/ ordinario - tenencia de hijos"; expte. n° 10.547/08).

-IV-

Lo expuesto hasta aquí, aunque conduzca a aconsejar que el fallo cuestionado se deje sin efecto, no obsta a que este Ministerio Público Fiscal mantenga la preocupación explicitada a fojas 903/904.

Es que este organismo aprecia que se carece de datos ciertos para distinguir entre la verbalización, el querer y las necesidades genuinas de esta persona de solo once años de edad, sobre todo, ante las dudas que suscitan las notorias divergencias

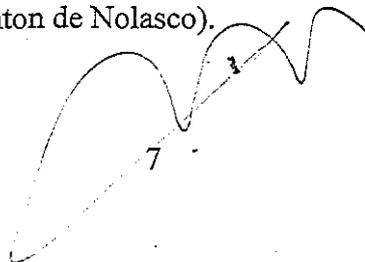
Procuración General de la Nación

de las opiniones profesionales y los dichos aparentemente contradictorios del propio J.I., quien incluso, en determinados momentos, llegó a señalar situaciones abusivas por parte del padre.

Lo anterior es así, en el ámbito de “esta vinculación patológica en la pareja parental, de la que [el menor] queda instalado en el síndrome de Tupac Amarú, atrapado como objeto en esta disputa” (fs. 790vta. del informe de la Sra. Licenciada del Cuerpo de Peritos de la DGN).

En este punto, no puedo dejar de señalar que resulta llamativo que se haya impulsado la constante visita de J.I. a los tribunales, sometándolo a todo tipo de entrevistas con diferentes profesionales y a varias cámaras gesell -seis, al menos- (cf. fs. 355, 359, 377/382, 452/458, 462, 487/494, 569/580, 656/657 del expte. 10.547/08, entre otras).

El constante sometimiento a tales procedimientos es contrario a los estándares internacionales en materia de derechos humanos que han sido receptados por esta Procuración General. Al respecto, en varias resoluciones se han desarrollado pautas y reglas prácticas de actuación para garantizar los derechos de personas en condición de vulnerabilidad, en los casos de sujeción a audiencias o cámaras gesell. J.I., por razón de su edad, se encuentra dentro de ese grupo, por lo que reclamaba una tutela especial que implicaba que su asistencia a tribunales se produjera sólo en el caso de ser estrictamente necesaria, intentando favorecer la concentración en un único día de los actos procesales y considerando que las grabaciones en soporte audiovisual se realizan con el objetivo de evitar que se repita la celebración de audiencias. Asimismo, en supuestos de menores de siete años, resulta menester verificar la conveniencia de la exposición a una declaración, en cuyo caso corresponde requerir la participación de peritos expertos en problemática infantil del mismo sexo que el infante, evitando la presencia de los progenitores (Resol. PGN 174/2008, 08/2009, 58/2009, 59/2009, 35/2012; en igual sentido, Fallos: 325:1549 y 334:725, voto de la jueza Highton de Nolasco).

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and curves. The number '7' is written below the main signature, and the number '1' is written near the end of the signature.

Los defectos puntualizados en orden a la producción de la prueba, deberán ser objeto de un análisis pormenorizado, ya que la adecuada ponderación de la evidencia dará sustento a la decisión que en definitiva se adopte en la instancia respecto de la tenencia del menor.

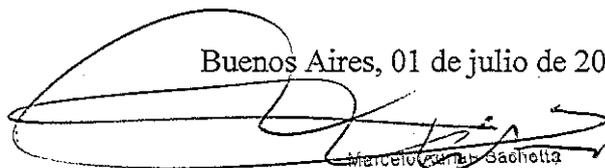
En suma, propiciaré que se devuelva el expediente para que se dicte un nuevo pronunciamiento, previa escucha por los medios adecuados y verificación de la real situación e interés de J.I. (doctr. de Fallos: 333:1376).

En el mismo orden de ideas, ante la posible existencia de intereses contrapuestos, con el propósito -insisto- de que se atienda primordialmente al inherente al infante y se garantice la efectividad de su escucha, sugiero que el tribunal de la causa designe a un letrado especializado en la materia para que lo patrocine (Fallos: 333:2017, entre otros).

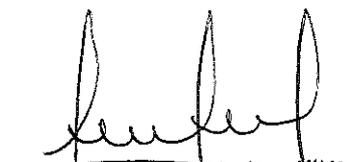
-V-

En las condiciones antedichas, entiendo que corresponde declarar procedente el recurso federal y dejar sin efecto la sentencia cuestionada, con arreglo a lo expresado.

Buenos Aires, 01 de julio de 2014.



Marcelo Daniel Saohetta
Procurador Fiscal ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación
Subrogante



FLORENCIA NUNEZ PALACIOS
Prosecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación