

ROVINCIA: RIO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: CIVIL

INSTANCIA: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

EXPTE. N* 26788/13-STJ-

SENTENCIA N* 22

//MA, 13 de abril de 2015.

Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Adriana Cecilia Zaratiegui, Liliana Laura Piccinini, Ricardo A. Apcarian, Enrique J. Mansilla y Sandra E. Filipuzzi de Vázquez, con la presencia de la señora Secretaria doctora Elda Emilce Alvarez, para el tratamiento de los autos caratulados: “M., G. E. c/S., M. A. s/PRIVACION DE LA PATRIA POTESTAD s/CASACION” (Expte. N* 26788/13-STJ), elevados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial, a fin de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 369/374 y vta., deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuaría. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.-¿Es fundado el recurso?

2da.-¿Qué pronunciamiento corresponde?

V O T A C I O N

A la primera cuestión la señora Jueza doctora Adriana Cecilia Zaratiegui dijo:

I).- Antecedentes de la causa.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial, mediante la Sentencia N* 58 de fecha 02 de noviembre de 2012, obrante a fs. 359/364 y vta., en lo que aquí importa, resolvió: “1) Revocar la sentencia de Grado y disponer la privación de la patria potestad del Sr. M. A. S. respecto de sus hijos F. A. y M. A. S.. 2) Rechazar el recurso del demandado y confirmar la imposición de costas en su contra. ...”.

II).- Agravios del recurso.

Contra lo así decidido, interpone recurso extraordinario de casación, el demandado (señor M. A. S.) a fs. 369/374 y vta., planteo que fue contestado por la señora G. E. M., en representación de sus hijos menores (M. A. y F. A. S.) a fs. 380/383, y por la Defensora de

Menores e Incapaces N° 3 de la Segunda Circunscripción Judicial, a fs. 387/389 y vta. respectivamente, de las presentes actuaciones.

Al respecto, el demandado recurrente aduce, a fin de sustentar su aspiración de acceder a esta instancia de legalidad, que la sentencia impugnada ha incurrido: a) En la errónea///.- ///.- aplicación del principio constitucional del “interés superior del niño”. b) En la errónea aplicación del artículo 307, inc. 2) del Código Civil. c) En la vulneración de las normas del debido proceso y la defensa en juicio, configurándose un supuesto de arbitrariedad manifiesta al desatenderse las disposiciones sobre las cargas probatorias relativas a este tipo de proceso, todo ello en contradicción con lo sentenciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa “Fornerón e hija vs. Argentina” (sentencia del 27.04.2012) en cuanto a la vinculación existente entre el interés superior de los niños y la protección integral de la familia y la responsabilidad en que incurrirían el Estado Nacional y Provincial ante su incumplimiento, etc..

III).- Análisis y solución del caso.

Que, ingresando ahora al examen de la temática traída a debate más allá de los agravios esgrimidos-, se observa que la cuestión a resolver se haya circunscripta a determinar si la privación de la patria potestad decretada contra el señor M. A. S. por la sentencia de Cámara, encuadra a la luz del principio de jerarquía constitucional del “interés superior del niño”, en la causal de abandono prevista en el art. 307, inc. 2*) del Código Civil.

Previo a todo, resulta pertinente realizar algunas consideraciones preliminares sobre el “interés superior del niño”, por cuanto considero que la decisión que aquí se tome, insoslayablemente deberá estar iluminada por dicho principio de jerarquía constitucional.

a) No se discute en nuestro derecho positivo que la pauta del interés superior del niño es de aplicación obligatoria, en todas las medidas en que se hallan involucrados aspectos o cuestiones que atañen a personas menores de dieciocho años de edad. El carácter imperativo de dicha disposición exige, aún ante la falta de petición expresa por parte de los litigantes, que el Juez la observe de oficio.

Al respecto, tiene dicho la Corte que el principio rector del interés superior del niño debe constituir una insoslayable pauta axiológica prescripta por la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional de acuerdo al art. 75, inc. 22, de la Carta Magna y, por ende, de inexcusable acatamiento y aplicación. (CSJN, 26/03/2008, “A., M. S.”, DJ, 2008-2-772.).

Ello también es resaltado por la Ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Adla, LXV-E, 4635), que en su art. 2* prescribe su///.- ///2.- aplicación obligatoria, al igual que el art. 10 de la Ley Provincial D N° 4109.

b) Los instrumentos internacionales y las leyes internas, no brindan -como no podía ser de otra manera-, una definición del interés superior del niño, pretender ello sería equivocado porque resulta imposible comprender taxativamente en una definición las múltiples y variadas situaciones a que refiere el interés superior del niño. Por lo demás, como principio

rector, se vería limitado a las situaciones casuísticas contenidas en una definición. Es decir, se desvirtuaría el sentido y alcance que se ha dado a este principio en el marco legislativo.

Sin embargo, la falta de definición legal no significa que estemos en presencia de un principio indeterminado, abierto y vacío de contenido sino que se evita conceptualizarlo para no dejar fuera de su alcance las innumerables situaciones que se presentan en cada caso particular.

Ahora bien, la no contemplación de una definición legal no impide visualizar el contenido del interés superior del niño.

La Corte ha dicho que la Ley 26.061 cuando refiere al interés superior del niño, señala que este debe entenderse como la máxima satisfacción, integral y simultánea de derechos y garantías reconocidos en la ley. (CSJN, 26/03/2008, “A., M. S.”, DJ, 2008-2-772.).

En efecto, la Ley 26.061, en su art. 1*, establece que los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. Del mismo modo el art. 10 de la Ley D N* 4109 establece que: “Ese principio está destinado a asegurar el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías”.

De modo que esa será la pauta que deberá observar el juzgador, en cada caso, valorando los derechos y garantías que se hallan en juego específicamente y decidiendo cuál de ellos deberá prevalecer para integrar el principio bajo análisis.

La diferencia con el concepto tutelar imperante en la lógica de las leyes internas, dictadas con anterioridad a la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, consiste en que el “interés del menor” era aquél que subjetivamente entendían sus representantes legales y el Juez.

A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del niño///.- ///.- debe interpretarse como un principio garantista, (Conf. Solari, Néstor, Un principio con jerarquía constitucional: el interés superior del niño”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, abril de 2010, p. 31) en virtud del cual el Juez valorará en cada caso, de acuerdo a las circunstancias particulares -inevitables, por cierto-, pero teniendo en cuenta y como eje fundamental, los derechos y garantías en juego, de tal forma que el interés superior del niño será la máxima satisfacción de los derechos posibles -en el caso concreto-, consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, y no la expresión deliberada y libre del intérprete. En otros términos, la voluntad y el querer subjetivo de un “buen padre de familia” -loable por cierto-, deben ser reemplazados por los derechos y garantías consagrados en las leyes. Puede advertirse, con ello, que el principio así concebido, tiene alcance y contenido preciso porque no hay una interpretación libre y abierta, sino cumplimiento y efectivización de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta es la interpretación que debe propiciarse en el reconocimiento de la calidad de sujeto del niño y como titular de derechos, no obstante su condición de incapaz.

c) Que, el interés superior del niño tiene además, una doble función normativa: en el art. 3, CDN, es un principio jurídico garantista, entendiéndolo como una obligación de la autoridad

pública destinada a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales; en tanto que en los demás artículos actúa como una pauta interpretativa para solucionar los conflictos entre los derechos de los niños, al establecerse que un derecho del niño verá limitada su vigencia en virtud de dicho interés superior.

Entre estos últimos se encuentra el derecho del niño a no ser separado de sus padres (art. 9, CDN), por lo tanto, la privación de la responsabilidad parental debe adoptarse con carácter restrictivo, en consideración a que la norma dispone -como regla- no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos. La excepción -la separación- deberá ser evaluada por el Juez y así determinada sólo si es necesaria en su mejor interés.

Ahora bien, el art. 3 de la Ley 26.061, establece que se entiende como interés superior de la niña, niño y adolescente “...la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley...”. Sin perjuicio de su consideración “in abstracto” -claramente signada por la mirada adulta-, para determinar su contenido “in concreto” cobra vital importancia el punto de vista del niño. En este sentido, dicha normativa, dispone que se deberá respetar: “El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión/// ///3.-sea tenida en cuenta” (art. 3, inc. b), Ley 26.061).

Con lo cual, la decisión de los Jueces de privar a los padres de la responsabilidad parental con fundamento en el interés superior del niño, no debe ser el resultado de un proceso unidireccional, sino que, por el contrario, deberá estar informada por las opiniones de los niños. Es decir, ¿Cómo determinar su superior interés sin oírlo?. Los derechos constitucionales del niño a ser oído y la valoración de su superior interés van de la mano, pues el interés superior de los niños reclama que las decisiones que los afectan no se tomen a sus espaldas.

d) Que oír a los niños no significa aceptar incondicionalmente sus deseos, pues estos no conforman la decisión misma, sino que la información recibida -con conocimiento de la realidad que los circunda- deber ser valorada como un dato más junto con las demás pruebas aportadas.

Que además, la Ley 26.061 no exige como requisito para escuchar al niño que éste estuviera en condiciones de formarse un juicio propio, pero al momento de graduar el alcance de su opinión, entran en juego la “madurez y desarrollo” (art. 24, inc. b), Ley 26.061), es decir, se tendrán “debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño” (art. 12.1, CDN).

Al respecto, Solari destaca la importancia de escuchar a los niños, ya que muchas veces la prueba testimonial en los procesos donde se dirimen este tipo de cuestiones son “testimonios de oídas”. En cambio, los niños se encuentran en mejores condiciones que los testimonios de terceros, ya que sus expresiones están basadas en los hechos por ellos vividos con sus progenitores (Solari, Néstor, Criterios para la privación de la patria potestad, publicado en DJ 14.06.2006, 472), sirviendo de gran utilidad para determinar la configuración de la causal de abandono.

En tal orden de ideas, el derecho del niño a ser oído se proyecta como garantía del debido proceso.

e) Que, en cumplimiento de dichas garantías esenciales, el Superior Tribunal de Justicia invitó al menor M. a efectos de ser oído en audiencia (fs. 451/452).

Asimismo, a pedido de la Defensora General, en atención a la naturaleza de la acción y teniendo en cuenta el interés superior del niño, la edad del menor y su capacidad progresiva, se dispuso un abordaje psicológico para M. a efectos de que pudiera elaborar la propuesta///.-///.-de comunicación que su padre había planteado y, de esta manera, facilitarle el ejercicio de su derecho a estar adecuadamente informado y a opinar en consecuencia.

f) Que, efectuado el abordaje psicoterapéutico dispuesto, la Psicóloga Gabriela Sito informó en relación al menor M., que éste no desea seguir concurriendo a las entrevistas terapéuticas, ni quiere ver a su padre. (Fs. 475/477).

Similar referencia realizó la Defensora General en su dictamen, quien hace saber al Tribunal que el menor manifestó con extrema claridad y en más de una oportunidad, que no desea seguir concurriendo a las sesiones psicológicas ni establecer contacto con su padre, solicitando no ser presionado y que se respete su decisión.

Sin embargo, en lo que respecta a la cuestión aquí debatida, concerniente a la privación de la patria potestad del señor S., se advierte que pese a que se le informó su derecho a opinar en la audiencia antes referida, el joven M. no ha manifestado opinión alguna al respecto. Ello surge tanto de las constancias obrantes en el expediente como de lo informado por la Defensora General de su contacto personal mantenido con el niño.

g) La Cámara fundó su decisión de privación de la patria potestad al padre -ahora recurrida-, en la consideración de que en materia de abandono, el criterio ha dejado de ser objetivo para centrarse en el análisis de la conducta de cada progenitor por ser las obligaciones emergentes de la patria potestad, personalísimas, indelegables, e intransferibles. Sostiene que el criterio es subjetivo para tipificar la causal de abandono “la ley no atiende ni espera a que el menor padezca físicamente o espiritualmente el desamparo. ... Es suficiente el abandono en poder del otro padre, para sancionar su indolencia con la privación de la patria potestad.”.

En tal orden de ideas, el Tribunal “a quo” concluye que cabe la sanción al progenitor que ha abandonado a sus hijos; y si bien refiere que la decisión es la que mejor consulta el interés superior del niño, sólo se circunscribe a formular un juicio en abstracto pero sin analizar el caso concreto, sopesando las posibles repercusiones positivas y negativas que traería aparejada la privación de la patria potestad.

h) No comparto la decisión de la Cámara.

El mandato del art. 3, CDN (también receptado en los arts. 3, Ley 26.061 y 10 de la Ley D N° 4109) obliga a cambiar el punto de vista desde el cual deben formularse los fundamentos de la privación de la responsabilidad parental. Como consecuencia de ello, se///.-///4.-impone

redefinir los alcances de las causales por las cuales procede: en este caso, la causal de abandono (art. 307, inc. 2*, CCiv.).

En ese cometido, considero que para establecer si se ha configurado el abandono no basta con analizar la conducta del progenitor. Recoger sólo el criterio subjetivo de imputación del abandono, llevaría implícito el siguiente razonamiento: corresponde sancionar al padre que abandona a su hijo, ya que esta conducta merece un reproche por ser contraria a los fines de la responsabilidad parental y, por ende, contraria al interés superior de su hijo. Es decir, se resuelve conforme al interés superior del niño si al padre abandonante se lo sanciona privándolo de la responsabilidad parental.

Sin embargo, de esa manera sólo estaríamos realizando un análisis parcial. Ya que cuando hablamos de interés superior del niño nos estamos refiriendo a un concepto jurídico indeterminado que, como tal, plantea un problema fundamental: el de su concreción, es decir, su determinación en relación con algo o alguien. Dicho interés se predica en relación con determinadas situaciones y derechos, o bien con ciertas personas, para lo cual es menester recurrir a la técnica del caso por caso (conf. Olmo, Juan Pablo, La privación de la responsabilidad parental como medida de protección de los niños y adolescentes. Su proyección sobre la causal de abandono (307, inc. 2* CCiv.), LLBA 2009, agosto, 731).

Es decir, aquél razonamiento sólo serviría, en el mejor de los casos, para determinar el interés superior del niño a priori y en abstracto. Pero ante la situación concreta, es necesario recurrir a otros elementos para desentrañar si se está resolviendo de conformidad con el interés superior del niño o no. Y esto es así, ya que no necesariamente privar de la responsabilidad parental a un padre, como sanción por su conducta, coincida en el caso concreto con el interés superior de su hijo. Se podrá entender como una presunción en abstracto, y hasta quizás sea ese el significado que corresponda asignarle a lo normado en el art. 307, inc. 2) del Código Civil, pero la determinación en concreto del interés superior del niño implica ir más allá del análisis de la conducta de los progenitores, partiendo de la base de que la medida excepcional de privación de la responsabilidad parental ha dejado de ser una sanción para pasar a ser una medida de protección de los hijos. Con lo cual, una tesis puramente subjetiva deviene en la actualidad, insuficiente.

En dicho sentido, Cecilia Grosman señala que si juzgáramos que la privación de la///.- ///.- patria potestad es una sanción por la cual el padre pierde los derechos debido a su inconducta y no una medida destinada a la protección del hijo, al mismo tiempo que se pena al padre se estaría castigando al niño o adolescente que se ve privado del trato paterno-filial.

La privación de la patria potestad más que una sanción debe ser considerada como una medida de protección para el hijo. (Conf. Grosman, Cecilia P., “La privación de la patria potestad y el interés superior del niño”, La Ley 2004-F, 972).

La llamada patria potestad -aunque más acorde con los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño, debería designarse como la responsabilidad parental- es una función instituida en beneficio del hijo para su formación integral, razón por la cual su privación debe ser el último recurso estatal que sólo debe ser adoptado en casos extremos como medida de

protección del niño o adolescente. De esta manera, el niño recupera su calidad de sujeto de derechos.

i) Volviendo al caso en examen, no desconozco que en los últimos años el demandado no ha tenido contacto con sus hijos, actitud sin lugar a dudas reprochable; pero también debe tenerse en cuenta que no existen evidencias acerca de algún potencial riesgo o perjuicio en la situación actual que aconseje disponer de una medida extrema cual es la privación de la responsabilidad parental paterna.

Por el contrario, lo que más convendría a los intereses del niño es alentar y propiciar un cambio en la relación, pues el decaimiento de la función parental más que resultar una herramienta disuasiva, amortigua la responsabilidad, en lugar de estimularla.

Es que estando en juego el derecho al desarrollo de la personalidad del niño, rige el art. 3* de la CIN conforme el cual “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (Ver Grosman, Cecilia, ob. cit.).

En otros términos, el beneficio del menor ha de ser siempre el fundamento de toda intervención en la intimidad familiar y, por tanto, de la privación de la potestad de los padres (conf. Ruisánchez Capelastegui, Covadonga, “La privación de la patria potestad”, Barcelona, Ed. Atelier, 2006, pág. 35; Castillo Martínez, Carolina del Carmen, “La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales”, Valencia, Ed. Práctica de///.-///5.-derecho, 2000, págs. 21 y ss., citados por la CSJN en: “C. A. L. c. D. D.”, 21/11/2007 voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci).

En tal orden de situación, y guiada por el nuevo paradigma que proyecta la Convención Internacional de los Derechos del Niño a todo el derecho argentino, inclusive al citado art. 307 del Código Civil, no se vislumbra el beneficio que reportaría al menor la privación de la patria potestad a su progenitor; por el contrario, considero que dicha medida conduciría a truncar y/o coartar definitivamente la ya escasa (por no decir nula) relación paterno filial, cuando lo necesario para el mejor interés del niño consiste precisamente en recomponer dicha relación.

En conclusión, atento a que no advierto razones objetivas que permitan avizorar los hipotéticos beneficios que podría traer aparejada la privación solicitada, y en el entendimiento que por sus graves consecuencias, como antes se dijo, debe constituir el último recurso del Estado en el esquema de la relación paterno filial, considero que debe revocarse la decisión de la Cámara que propiciara la privación de la patria potestad del demandado. MI VOTO por la AFIRMATIVA.

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Liliana Laura Piccinini y Ricardo A. Aparcian dijeron:

ADHERIMOS a los fundamentos expuestos en el voto de la doctora Zaratiegui, VOTANDO en IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo:

Atento a la coincidencia de los votos precedentes, ME ABSTENGO de emitir opinión.

A la misma cuestión la señora Jueza Subrogante doctora Sandra E. Filipuzzi de Vázquez dijo:

ADHIERO a los fundamentos expuestos en el voto de la doctora Zaratiegui, VOTANDO en IGUAL SENTIDO.

A la segunda cuestión la señora Jueza doctora Adriana Cecilia Zaratiegui dijo:

Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo: I) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 369/374 y vta. II) Revocar la sentencia de Cámara dictada a fs. 359/364 y vta. y, consecuentemente, confirmar la de Primera Instancia dictada a fs. 320/327. III) Imponer las costas en segunda y en esta instancia extraordinaria, en el orden causado. Ello, atento a la naturaleza de los derechos en juego, y a que imponer las///.-///.-costas al perdidoso, implicaría hacer caer toda la responsabilidad de los gastos causídicos, en el menor representado por su madre (art. 68, segundo párrafo del CPCyC.). IV) Dejar sin efecto la regulación de honorarios practicada por la Alzada en el Punto 3) de la parte resolutive a fs. 364 y vta., la que se deberá ajustar al resultado de este pronunciamiento. V) Regular los honorarios profesionales en esta instancia extraordinaria, a la doctora Moira REVSIN, en el 30%; y a la doctora Alicia CARREIRA NETO, en el 25%; a calcular sobre los honorarios regulados en Primera Instancia (art. 15 L.A.). ES MI VOTO.

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Liliana Laura Piccinini y Ricardo A. Apcarian dijeron:

ADHERIMOS en un todo a la solución propuesta en el voto que antecede.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo:

ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).

A la misma cuestión la señora Jueza Subrogante doctora Sandra E. Filipuzzi de Vázquez dijo:

ADHIERO en un todo a la solución propuesta en el voto de la doctora Zaratiegui.

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 369/374 y vta. de las presentes actuaciones.

Segundo: Revocar la sentencia de Cámara dictada a fs. 359/364 y vta. y, consecuentemente, confirmar la de Primera Instancia dictada a fs. 320/327 de autos.

Tercero: Imponer las costas en segunda y en esta instancia extraordinaria, en el orden causado (art. 68, segundo párrafo del CPCyC.).

Cuarto: Dejar sin efecto la regulación de honorarios practicada por la Alzada en el Punto 3) de la parte resolutive a fs. 364 y vta., la que se deberá ajustar al resultado de este pronunciamiento.

Quinto: Regular los honorarios profesionales en esta instancia extraordinaria, a la doctora///.-///6.-Moira REVSIN, en el 30%; y a la doctora Alicia CARREIRA NETO, en el 25%; a calcular sobre los honorarios regulados en Primera Instancia (art. 15 L.A.).

Sexto: Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. FDO. ADRIANA CECILIA ZARATIEGUI JUEZA - LILIANA LAURA PICCININI JUEZA - RICARDO A. APCARIAN JUEZ - ENRIQUE J. MANSILLA JUEZ - EN ABSTENCION (ART. 39 L.O.) - SANDRA E. FILIPUZZI DE VAZQUEZ JUEZA SUBROGANTE - ANTE MI: ELDA EMILCE ALVAREZ SECRETARIA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.

TOMO: I

SENTENCIA N* 22

FOLIO N* 82/87