

G., P. G. vs. V., A. K. s. Reintegro de hijo

CSJN; 16/09/2021; Rubinzal Online; 000799/2020 RC J 6066/21

Sumarios de la sentencia

Derechos de niños, niñas y adolescentes - Hijos menores de edad al cuidado de la progenitora - Cese de la convivencia - Improcedencia - Derecho a que su opinión sea tenida en cuenta

En el marco de un conflicto parental de larga data, se hace lugar al recurso directo interpuesto contra la sentencia de Cámara que ordenó el cese de la convivencia de los hijos de las partes (de los cuales actualmente sólo uno de ellos es menor de edad) con su madre, para que se adopte una forma convivencial alternativa hasta tanto se resolviera la situación penal del padre (procesado por el supuesto abuso sexual que cometiera contra su hijo menor), se resuelve confirmar la decisión del juez de primera instancia que dispuso en orden a evaluar si realmente la convivencia con la progenitora (que lleva más de cinco años) es perniciosa para el niño, si la misma ejerce adecuadamente el rol materno, y las consecuencias que implicarían para el menor la adopción de una forma alternativa de convivencia. Ello, por cuanto a la hora de juzgar sobre la conveniencia de desestimar la medida para mejor proveer dictada por el juez de grado y mantener una decisión que importaba modificar radicalmente la situación familiar actual del infante, la Cámara no pudo prescindir de la necesaria evaluación de los efectos o consecuencias que traería aparejada para el niño el cumplimiento de una resolución dispuesta tres años atrás. Es decir, la Cámara no ha sustentado su decisión de excluir al niño del hogar maternal en un peligro concreto e inminente para el ejercicio y goce de sus derechos (art. 39, Ley 26061; art. 35 bis, Ley 13298 de la Provincia de Buenos Aires), como tampoco en la existencia de circunstancias excepcionales actuales que desaconsejaran su permanencia en dicho lugar o que demostraran que esa estadía le generaría un trauma mayor al que se derivaría de un cambio de modo convivencial. Por último, tampoco se ha tenido en cuenta en la instancia anterior la consideración de la férrea opinión expresada por el niño que se oponía -y se opone- a abandonar el domicilio materno.

Texto completo de la sentencia

Vistos los autos: "Recursos de hecho deducidos por la demandada en la causa G., P. G. c/ V., A. K. s/ reintegro de hijo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que en el marco de un conflicto parental de larga data, el 29 de junio de 2017 la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora decidió que los niños, en razón de las particulares circunstancias personales de sus progenitores, dejaran el domicilio de su madre con quien convivían y se adoptara una forma convivencial alternativa hasta tanto se resolviera la situación penal del padre. Dicha decisión dio lugar a la interposición de distintos recursos de queja por ante esta Corte que, aunque por razones formales se desestimaron, motivó una exhortación a que se examinara el asunto de manera integral y priorizando el interés superior de los niños (CSJ 87/2018/RH1, CSJ 89/2018/RH1, CSJ 96/2018/RH1 "G., P. G. c/ V., A. K. s/ reintegro de hijo", sentencia del 18 de diciembre de 2018).

2º) Que en esas condiciones, y frente al pedido del progenitor de que se hiciera efectivo el cambio de domicilio dispuesto por la cámara, el 29 de marzo de 2019 el juez de primera instancia entendió conveniente, dada la seria problemática familiar, diferir el tratamiento de dicha petición hasta tanto se llevara a cabo la medida para mejor proveer ordenada en la causa conexas sobre cuidado personal seguida entre las mismas partes y requerida con el objeto de contar con un amplio enfoque interdisciplinario que permitiera arribar a una solución integral del conflicto (conf. fs. 1934 de la causa n° 13.935/2016 sobre reintegro de hijo y fs. 445 de la causa n° 22.361/2016). Ello así, desde que la citada medida permitiría conocer al presente:

a) si la progenitora se encontraba en condiciones de desempeñar adecuadamente el rol materno y, en caso de detectarse aspectos psíquicos-conductuales limitantes, se indicaran las estrategias terapéuticas apropiadas y/o la posibilidad de implementar intervenciones con apoyos de familiares y/o referentes afectivos idóneos;

b) las consecuencias que podrían derivarse del cese de la convivencia de los niños con su progenitora, particularmente si ello podría exponerlos o colocarlos en una situación de riesgo o perjudicial o de vulneración de sus derechos, y

c) las consecuencias que implicaría tanto el retorno de los niños al ámbito residencial de su progenitor como la adopción respecto de estos de una forma convivencial alternativa en los términos de los arts. 41 de la Ley nacional 26061 y 35 ap I) y 35 bis de la Ley local 13298.

3°) Que el 19 de septiembre de 2019 la cámara provincial revocó dicha decisión, con sustento en que no mediaban elementos que habilitaran a posponer o a revisar la decisión firme que había dispuesto adoptar un modo convivencial alternativo para los niños -hoy solo respecto de I.G., único menor de edad- con motivo de las evidentes dificultades que pesaban sobre sus progenitores (fs. 1954 del expediente 13.935/2016). Recordó que el padre fue procesado por abuso sexual de su hijo menor, se dispuso su prisión preventiva y se denegó el pedido de excarcelación, así como también se decretó la suspensión de la responsabilidad parental a su respecto; y que la madre había omitido cumplir con obligaciones a su cargo derivadas de las resoluciones judiciales firmes dictadas en el marco del proceso.

Puntualizó que aun cuando los niños no eran responsables de los desaciertos de sus progenitores, la situación familiar no había variado desde que se había dispuesto recurrir a una forma de cuidado alternativa que no incluyera a ninguno de ellos, a cuyo efecto remitió a una pericia realizada en el mes de febrero de 2009 que daba cuenta de la personalidad de la madre de los niños.

4°) Que el 4 de marzo de 2020 la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires declaró mal concedidos los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley interpuestos por la progenitora y por la defensa técnica de I.G.

Sin perjuicio de desestimar dichos remedios en razón de que la decisión cuestionada no constituía una sentencia definitiva, destacó la tramitación caótica y de larga data de las actuaciones y la ausencia de una decisión final que tuviese en mira el perjuicio que ello generaba en los niños. Por tal motivo, exhortó a que, en línea con lo dispuesto por esta Corte Suprema en la sentencia del 18 de diciembre de 2018, los órganos intervinientes ordenaran el trámite del proceso y se expidieran en forma definitiva sobre la situación de aquéllos.

5°) Que contra dicho pronunciamiento, los recurrentes dedujeron sendos remedios federales que, denegados, dieron origen a estas presentaciones directas.

En prieta síntesis, se sostiene que la decisión resulta definitiva en tanto ocasiona al niño daños de imposible o insuficiente reparación ulterior; que omite la consideración y aplicación de normas nacionales (Código Civil y Comercial de la Nación y Ley 26061) y locales (Ley 13298) y vulnera derechos fundamentales garantizados por la Constitución Nacional y las convenciones internacionales (entre otras, la Convención sobre los Derechos del Niño). Asimismo, se señala que lo resuelto ha lesionado el derecho de I.G. a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, pese a comprender claramente la entidad del proceso en el que se halla involucrado, lo que importó desconocer el interés superior del niño a

la luz de las circunstancias actuales del caso.

6°) Que es criterio reiterado de esta Corte que las resoluciones por las cuales los superiores tribunales de provincia deciden acerca de la procedencia o improcedencia de los recursos extraordinarios de carácter local no son, en principio, revisables en la instancia del art. 14 de la Ley 48; empero, dicho criterio admite excepción cuando la sentencia impugnada conduce, sin fundamentos adecuados, a una limitación sustancial de la vía utilizada por el recurrente, afectando su derecho de defensa en juicio y debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional; Fallos: 326:2397 y 330:1907).

Ello así pues, contrariamente a lo sostenido por la corte local, el pronunciamiento de la cámara que, al dejar sin efecto la medida para mejor proveer, mantuvo la sentencia que había ordenado que el niño I.G. abandonara el domicilio de su progenitora debiendo adoptarse para él una forma convivencial alternativa, resulta equiparable a sentencia definitiva a los fines del artículo 14 de la Ley 48. En efecto, la evidente incidencia que la decisión tiene en la vida actual y futura del niño determina la configuración de un agravio de insuficiente, imposible o dificultosa reparación ulterior, circunstancia que habilita la admisibilidad del recurso (conf. doctrina de Fallos: 308:90; 316:1833; 319:2325; 323:337; 325:1549; 331:147 y 941, y 344:759).

7°) Que sentado ello, a fin de evitar que se prolongue aún más la definición de la situación del infante, corresponde que este Tribunal entienda en los planteos sobre el fondo del asunto.

Aun cuando las objeciones planteadas remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y de derecho procesal, ajenas, como regla y por su naturaleza, a la instancia del art. 14 de la Ley 48, ello no resulta óbice para su consideración por la vía intentada cuando la decisión cuestionada no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias comprobadas de la causa, e implica un apartamiento de la delicada misión que incumbe a los jueces de resolver los asuntos de familia a la luz del interés superior del niño (arts. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 3 de la Ley 26061; 706, inc. c del Código Civil y Comercial de la Nación).

8°) Que en efecto, a la hora de juzgar sobre la conveniencia de desestimar la medida para mejor proveer dictada por el juez de grado y mantener una decisión que importaba modificar radicalmente la situación familiar actual del infante, la cámara no pudo prescindir de la necesaria evaluación de los efectos o consecuencias que traería aparejada para I.G. el cumplimiento de una resolución dispuesta en el año 2017, según la cual debería abandonar la residencia de su progenitora con quien convive junto a su hermano T. G. desde hace cinco años para tener que sujetarse a un modo de convivencia alternativo para él

desconocido, sin que se hubiese verificado si se mantenían las circunstancias imperantes que -hace más de cuatro años- llevaron a disponer aquella medida. Precisamente la finalidad de la medida para mejor proveer que se dejó sin efecto estaba orientada a corroborar si, a la luz del principio del interés superior del niño, en tanto pauta que condiciona y orienta las decisiones sobre los asuntos que los atañen, resultaba respetuoso de dicho interés la ejecución de una medida excepcional que había quedado firme en un momento y en un contexto determinado.

9°) Que, asimismo, adquiere particular importancia el hecho de que la cámara no ha sustentado su decisión de excluir al niño del hogar maternal en un peligro concreto e inminente para el ejercicio y goce de sus derechos (arts. 39 de la Ley 26061 y 35 bis de la Ley 13298), como tampoco en la existencia de circunstancias excepcionales actuales que desaconsejaran su permanencia en dicho lugar o que demostraran que esa estadía le generaría un trauma mayor al que se derivaría de un cambio de modo convivencial. En dicho pronunciamiento solo se hizo mérito, sobre la base de un informe pericial del mes de febrero de 2019, de ciertas características de la personalidad de la madre del niño que no permitían concluir -con certeza- que existiera una amenaza para sus intereses.

10) Que igual ponderación corresponde efectuar respecto a la falta de consideración de la férrea opinión expresada por I.G. que se oponía -y se opone- a abandonar el domicilio materno, según dan cuenta los informes elaborados desde el año 2016 por el Organismo Provincial de Niñez y Adolescencia. Las circunstancias particulares del caso advertían sobre la necesidad de tener en cuenta la opinión del niño y de valorarla según su grado de madurez y discernimiento a fin de decidir sobre una cuestión con una clara repercusión en su vida (arts. 9 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 3, incs. b y d de la Ley 26061, y 707 del Código Civil y Comercial de la Nación; Fallos: 333:1376 y 341:1733).

Tampoco puede pasar inadvertido que la incidencia que el tiempo tiene en la vida de un niño de doce años se convierte en un factor que adquiere primordial consideración a la hora de determinar su interés superior. Ello exigía que la solución dada a las cuestiones planteadas se orientara primordialmente a satisfacer las necesidades del niño I.G. del mejor modo posible, de acuerdo con las circunstancias actuales del caso que no fueron debidamente ponderadas (doctrina de Fallos: 333:1376).

11) Que, en síntesis, el pronunciamiento recurrido, en cuanto deja firme la decisión del tribunal de alzada que dispuso que se cumpla ¿sin la realización de las medidas para mejor proveer ordenadas por el juez de primera instancia? con la resolución dictada en el año 2017 que ordenaba la adopción de un modo

convivencial alternativo para el niño, ha omitido aplicar los principios anteriormente expuestos, que además se encuentran expresamente previstos en las normas que sustentaban esta última decisión. En efecto, tanto los arts. 39 y 41 de la ley nacional 26061 como los arts. 35, ap.l) y 35 bis de la Ley provincial 13298, fijan que la permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos constituye una medida excepcional y subsidiaria en resguardo del interés superior del niño, respecto de la que se debe dar especial consideración a su opinión.

12) Que de acuerdo a las consideraciones señaladas, el modo en que se ha resuelto la situación convivencial del niño importó dar preeminencia a aspectos formales en desmedro de otras cuestiones que, en las particulares circunstancias del caso, requerían de una especial ponderación para resolver el asunto del mejor modo para los intereses de I.G. Máxime cuando en supuestos como los examinados las circunstancias objetivas y subjetivas son susceptibles de variar o modificarse por el transcurso del tiempo, lo que conduce a la búsqueda de soluciones que respondan a tales cambios y que contemplen la estabilidad y continuidad de la situación presente y futura de los niños, niñas y adolescentes, objetivo que perseguían las medidas ordenadas por el juez de primera instancia.

13) Que en el caso no se trata de convalidar ni de propiciar conductas como las destacadas por la cámara ?incumplimiento de resoluciones judiciales firmes que, por lo demás, no resultan atribuibles al niño, ni de definir con qué progenitor debe vivir I.G., sino permitir que esa decisión finalmente se adopte de acuerdo con suficientes elementos de juicio acerca de su realidad actual, considerando de manera primordial el principio del interés superior del niño y de conformidad con las normas que resultan aplicables, a fin de evitar un nuevo conflicto y un estado de incertidumbre cuyos efectos emocionales y psicológicos para I.G. resultan impredecibles.

14) Que por último, deviene pertinente señalar que, según oficio remitido a este Tribunal, el 19 de abril de 2021 la jueza de primera instancia dictó una medida de no innovar sobre la situación del infante respecto del domicilio actual junto a su progenitora, hasta tanto se realicen los psicodiagnósticos dispuestos en el expediente 22.361/2016. Esa decisión tuvo especialmente en cuenta el informe del Organismo Provincial de Niñez y Adolescencia del 27 de mayo de 2020 (incorporado digitalmente al recurso de queja) que da cuenta, en forma consistente con los elaborados en los años 2016 y 2017, que no se observa una vulneración en los derechos del niño derivados de la convivencia con su madre. Si bien es cierto que dicho informe resulta sobreviniente a la interposición del recurso extraordinario, debe ser atendido en este pronunciamiento (Fallos:

269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865), pues, a priori, revela datos acerca de la actual situación en que se encuentra el niño y de la inexistencia de peligro en mantener la convivencia con su madre hasta tanto se cumplan con las medidas para mejor proveer ordenadas por el juez de la causa a las que se ha hecho referencia, sin que ello implique abrir juicio alguno acerca de la nueva medida cautelar decretada.

Por ello, habiendo tomado intervención el Señor Defensor General adjunto, y en uso de las facultades que le otorga el art. 16 de la Ley 48, el Tribunal resuelve:

1°) hacer lugar a las presentaciones directas, declarar procedentes los recursos extraordinarios interpuestos y dejar sin efecto el fallo apelado;

2°) confirmar la decisión del juez de primera instancia del 29 de marzo de 2019 (fs. 1934 del expediente 13.935/2016 sobre reintegro de hijo);

3°) imponer las costas de todas las instancias en el orden causado en atención a las cuestiones debatidas (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, agréguese las quejas al principal y, oportunamente, devuélvanse las actuaciones.

ROSENKRANTZ CARLOS FERNANDO - HIGHTON DE NOLASCO ELENA -
LORENZETTI RICARDO LUIS - MAQUEDA JUAN CARLOS - ROSATTI
HORACIO DANIEL.