



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

C 118.503. "S.D. c/ D. M. N.
s/ tenencia de hijos"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Tercera de la Excma Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata en fecha veintinueve del mes de agosto de 2013 revocó la sentencia de grado y decretó la modificación del régimen de tenencia a favor de la progenitora de los niños F. y A. S. (fs.239/256).

Contra dicho resolutorio se alza la Sra. Asesora de Incapaces, Dra. Laura Ozafrain, a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley agregado a fs. 259/65 que a continuación paso a examinar.

II. Del recurso extraordinario de Inaplicabilidad de ley.

La quejosa denuncia violación de los artículos 3 y 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y el art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional; y de los artículos 7 inc. b) ley 26061; 4 inc b) ley 13298; art 3 ley 13634 y arts 163,164,384 y 474 del CPCC.

En particular señala que la sentencia en crisis no ha tenido en cuenta la opinión de los niños de 11 y 13 años de edad, de conformidad con la garantía constitucional que exige que los niños sean oídos y sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta de conformidad con el principio del desarrollo de su capacidad progresiva (art. 12 CDN).

Al respecto destaca que los niños F y A han sostenido reiteradamente desde el inicio de la causa y ante las diversos operadores judiciales el deseo de permanecer conviviendo junto a su progenitor (fs. 260 vta./262).

Puntualmente señala que “... al momento de resolver sus opiniones no fueron tenidas en cuenta en tanto ni siquiera se merituaron para decidir en contra de éstas” (fs. 260 vta) y que “ Una especial consideración al superior interés del niño (tal como regula el art. 3 de la C.I.D.N) debió haberse tenido en cuenta para alcanzar la decisión, exteriorizando la sentencia con fundamentos expresos, los motivos por los cuales se apartó de su explícita voluntad para decidir exactamente en sentido contrario a la opinión de los niños (fs. 261 vta. y 262).

En sustento de ello invoca doctrina de esa Suprema Corte emanada de las causas C92267, sentencia del 31 de octubre de 2007; C107820, sentencia del 11 de agosto de 2010; C 109139, sentencia del 16 de marzo de 2011; C 107966, sentencia del 13 de julio de 2011.

En segundo lugar alega que la sentencia recurrida ha incurrido en absurda valoración de la prueba en virtud de incurrir en una fundamentación aparente al introducir de oficio argumentos científicos no esgrimidos por las partes ni contenidos por prueba pericial. (fs. 262 vta).

Ello pues al asumir la sentencia la igualdad de condiciones generales de ambos progenitores para asumir la tenencia de los niños (pto. IV de la sentencia impugnada), no surge de modo expreso cuál ha sido el elemento determinante tenido en cuenta para sostener la modificación del *statuo quo*, máxime cuando la opinión de los niños radicaba en permanecer conviviendo con su progenitor.

Sobre este punto destaca que “siendo que las pericias citadas por la sentencia no indican la conveniencia de modificar la tenencia y otorgársela a la madre, la sola cita de sus constancias no alcanza a satisfacer la necesidad de justificar en esta prueba el fundar la sentencia” (fs. 264)

Más concretamente, sostiene que “ de las pericias agregadas en autos que resultan elocuentes en cuanto a sus conclusiones e ilustrativas para quienes no somos profesionales de la psicología, nunca se ha



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

sugerido la conveniencia de modificar judicialmente la situación de los niños, sino más bien respetar su voluntad, aunque sí disponer la realización por parte de la familia de tratamientos que a través de un “recorrido psicoterapéutico sistémico-vincular permita generar nuevos canales de comunicación entre todos sus integrantes” (fs 219). La interpretación que la sentencia ha efectuado de las conclusiones periciales, no sólo obrantes a lo largo de todo el proceso, sino las ordenadas a realizar durante el trámite del recurso, no resultan derivación lógica racional de su contenido, sino más bien se crea “ ex-nihilo” un concepto extraño al proceso y opuestos a dichos elementos de prueba. Tal proceder viola el dispositivo procesal que regula el sistema probatorio vigente en nuestro orden adjetivo (art. 384 CPCC)”

En efecto alega que “... este razonamiento judicial que fundamenta la sentencia y que precede al diagnóstico de oficio relativo al supuesto Síndrome de Alienación Parental que afectaría al grupo familiar y que aparece recién en este estadio procesal sin haber sido introducido por las partes , evidencia una interpretación absurda de la prueba pericial producida en autos, toda vez que en la experticia no se hace alusión siquiera indirectamente a aquel supuesto síndrome” (fs. 263)

Al respecto agrega que “...la introducción de dicho argumento cuya validez científicas tampoco resulta clara conforme el mismo voto describe, y emana de su falta de reconocimiento científico por los organismo internacionales, no puede constituir el fundamento que produzca la revocatoria de la sentencia de primera instancia que justifique el dictado de un pronunciamiento en contra de la voluntad expresa de los niños. Dado que tal introducción no debería formar parte del proceso, en tanto impide a las partes -al igual que esta Asesoría- una debida sustanciación, vulnerando la garantía del debido proceso legal (art 18 CN), considero necesario impugnarlo por esta vía” (fs. 264 vta)

Aduna a ello que “ en ninguna de las pericias obrantes en autos fue descripto un síndrome de tales características por la perito

psicóloga “ (fs. 264 vta).

Por último señala que en su opinión “hubiera resultado más adecuado a las necesidades de los niños, instrumentar las medidas propuestas evitando un tan drástico cambio de tenencia al que los niños tan categóricamente se opone, como surge del voto del dr. Sosa” (fs. 263 vta)

III. En mi opinión el remedio debe prosperar.

Liminarmente resulta preciso recordar que “la apreciación de las circunstancias del caso para determinar la tenencia de menores en función del interés de los mismos y de la idoneidad de los progenitores, es una cuestión de hecho, privativa de las instancias ordinarias (conf. Ac. 50.246, sent. del 17-11-1992; Ac. 44.881, sent. del 5-3-1991; Ac. 39.648, sent. del 9-5-1989- en "Acuerdos y Sentencias", 11-2-1989; Ac. 78.099, sent. del 28-3-2001)” (SCBA; C107820, sent. del 11-8-2010) de modo que se exige para su revisión la denuncia y demostración del absurdo que, en la especie, considero configurado.

Sabido es que la ley -al establecer que “los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges quedarán a cargo de aquél a quien el juez considere **más idóneo...**” (art. 206 C.C)- ha optado por reconocer gran amplitud a la decisión judicial en esta materia.(**Stilerman Marta**, Menores.Tenencia.Régimen de Visitas, Buenos Aires, Editorial Universidad, reimpresión de la primera edición de 1992, pp.95-97 y ccs.)

A propósito de ello es que tanto la jurisprudencia como la doctrina han elaborado pautas tales como: **la estabilidad** – “el *statu quo* es una de las circunstancias más importantes a sopesar en estas cuestiones, ya que se parte de la base que debe evitarse todo cambio si no existen graves perjuicios o poderosas razones que lo justifique, pues en lo posible se debe tratar de no alterar las condiciones de hecho en las que vive el menor...” (SCBA, C91622, sent. del 26-10-2010 conf. C92267, sent. del 31-10-2007)-;**la opinión del**



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

niño -“en función de lo que caracteriza un régimen de tenencia es imprescindible conocer de boca propia del niño cuáles son las sensaciones que experimenta en su realización, las modalidades que más le favorecen y penetrar en lo más íntimo de su preferencias en esta materia...” (SCBA C91622 sent. del 26-10-2010 conf Ac. 78.728, sent. del 2-5-2002)-; la preferencia del progenitor que facilita la vinculación con el no conviviente; la inconveniencia de separar a los hermanos; la cantidad de tiempo que puede pasar cada uno de los progenitores con el o la menor; el concubinato de quien pretende la tenencia; el criterio económico; etc. (conf. **Grosman Cecilia**, *Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad*, Buenos Aires, Editorial Universidad, reimpresión de la 1ra.ed 1998, p.173; **Stilerman M.**, op.cit, SCBA C 92267, sent. del 31-10-2007 y SCBA; C107820, sent. del 11-8-2010, entre otros) con el objetivo de “disminuir la subjetividad a la hora de decidir acerca de la aptitud para ejercer los roles parentales, habiéndose entendido que **es más apto para ejercer la custodia aquél que “favorece en mejor medida el “interés superior del niño”** (art. 3 CDN, **Grosman Cecilia**, “La guarda de los hijos después de la separación o el divorcio de los padres”, citada en C92267, 31-10-2007)”(SCBA; C107820, sent. del 11-8-2010).

En esta línea al Máximo Tribunal de la Nación sostuvo que “Sin ignorar los disensos que ha generado el alcance de dicho concepto, sea que se le signen unos contornos de mayor amplitud, o se lo subordine al interés general y familiar, o se lo identifique con el respeto por los derechos fundamentales de la niñez, lo cierto es que ese mejor interés es lo que define la consistencia de cualquier litis en la que se discuta la guarda de una persona menor de edad (...).Entonces, la verdadera 'quaestio' que subyace en estos asuntos es la conveniencia de la persona en formación, y su búsqueda eficaz es una acuciante responsabilidad de los jueces. De ella ha de partir la labor decisoria, puesto que el modo de ser propio de ese tramo crucial de la existencia humana (y del plexo jurídico que la rige), impone como primordial e impostergable, que se persiga lo mejor para los hijos y se arbitren los medios eficaces para la consecución de ese propósito. Como se apuntó más arriba, estamos aquí frente a un concepto abierto. Consecuentemente,

los jueces -en el desenvolvimiento de su ministerio eminentemente práctico-, están llamados a asignarle unos contenidos precisos y, al mismo tiempo, a dar buenos fundamentos acerca de la selección que realicen, para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales. En ese orden, si se quiere que aquella idea general sea operativa y conduzca a un resultado justo, los tribunales deben integrarla en forma razonable, lo cual implica sopesar las circunstancias del caso concreto, sobre la base de los parámetros aceptados por la prudencia judicial y la doctrina, y enriquecidas por las disciplinas afines. (..) 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” (conf. CSJN, Fallos 331:941, sent. del 29-4-2008).

Puntualmente, la doctrina resulta conteste en sostener que “el interés del hijo, principio rector para otorgar la guarda, se determina considerando las necesidades específicas del niño o joven, necesidades estas de las cuáles se puede tener conocimiento -entre otros elementos- tomando contacto con aquél, o sea escuchándolo” (**Grosman Cecilia**, “La opinión del hijo en las decisiones sobre tenencia”, El Derecho, p.1019).

Sobre este punto ha sostenido esa Corte que , “al decidir respecto de la tenencia y régimen de visitas de un menor no puede prescindirse de recabar la opinión del niño...” (SCBA, C107820, sent. del 11-8-2010 y C91622, sent. del 26-10-2010) y que “escuchar al menor no implica que eventualmente no puedan desatenderse sus preferencias expresadas, si de los elementos obrantes en poder del juez, en particular los provenientes de una objetiva valoración de su medio, para lo cual cabe contar con el aporte inestimable de asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, surge que satisfacerlas no es conducente



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

al logro de su superior interés, en cuyo caso se torna necesario equilibrar esa posible frustración mediante adecuados auxilios terapéuticos y fundamentalmente orientándolos a la comprensión de la decisión y sus motivos. **De todos modos es menester que en tales supuestos de colisión con el deseo del menor el juez exprese los motivos de su apartamiento de la opinión recogida”** (destacado propio) (SCBA, C78728, sent. del 2-5-2002).

En esta misma línea se ha pronunciado el Comité de Derechos del Niño al afirmar que “Dado que el niño tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia” (párrafo 45, OG12/2009) y la Corte Interamericana al expresar que “ La Corte constata que la Corte Suprema de Justicia no explicó en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, el Tribunal observa que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño (supra párr. 197). Por lo anteriormente indicado, la Corte concluye que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación

con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R.”(CIDH, “ tala Riffo vs.Chile”, párrafo 208)

De conformidad con lo expuesto considero, junto con la quejosa, que el pronunciamiento en crisis ha desenfocado el punto de partida de la cuestión traída.

Ello pues, si bien la alzada asume como punto de partida la idoneidad de ambos progenitores para el ejercicio de la tenencia de los niños (fs 246), resuelve revocar la sentencia de grado y modificar el *statu quo de los niños* sobre la base de considerar que la conducta “obstruccionista” del progenitor respecto del vínculo de los niños con su progenitora no conviviente resulta un elemento determinante para la modificación de la tenencia discutida.(fs. 246)

En efecto la alzada fundó su decisión sobre la base de considerar que “...otro elemento que aprecio decisivo al tiempo de expedirse es, especialmente, que quien conviva con los niños le asegure al otro progenitor el trato con los mismos. Y este es el aspecto mas delicado que se presenta en este expediente. La conflictiva relación entre los padres no ha podido contenerse para evitar que cada uno pueda desempeñar su rol parental, con el consecuente beneficio para los niños. Las peleas entre ambos han trascendido enturbiando la relación con lo hijos, en especial la de la madre. Conforme se ha visto de los informes efectuados, encuentro que este caso es un ejemplo de la situación conocida como de “Síndrome de Alienación Parental” (S.A.P.)” (246 y vta./247).

En esa misma línea la Cámara valoró “ ..la apertura que ha demostrado la madre hacia el contacto de los niños con el padre, lo que no fue en la misma medida a la inversa, aprecio relevante las constancias de tratamiento psicológico que la madre ha acompañado a la causa, a diferencia del padre” (fs 247 vta).

Sin embargo, en mi opinión, y tal como alega la quejosa, esta conclusión encuentra sustento en una afirmación desprovista



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

de prueba suficiente, como es el encuadre de la conducta del progenitor dentro del denominado “síndrome de alienación parental”, cuya prudente determinación exige la acreditación fehaciente de sus extremos mediante elementos de pruebas concluyentes, ausentes en el *sub examine*.

Es decir la decisión de calificar el comportamiento del progenitor como una conducta comprendida por el denominado “síndrome de alienación parental” resulta en mi opinión, una conclusión prematura e incompatible con los elementos de juicio que evidencia, por tanto, el vicio nulificante del absurdo.

Huelga agregar a lo dicho que si bien de la totalidad de las pericias efectuadas surge la necesidad de fortalecer el proceso de revinculación paterno y materno filial, de ninguna de ellas surge la conveniencia o la necesidad de favorecer un cambio de tenencia. Al respecto ha sostenido VE que “si bien las pericias no tienen carácter vinculante el apartamiento de las conclusiones a las que arriban los peritos especializados en un área que el juez desconoce debe ser fundado” (SCBA; 92267, sent. del 31-10-2007).

A mayor abundamiento, considero que la sentencia impugnada deja huérfanas de consideración las cuestiones vinculadas **con el principio del superior interés de los niños**, que exige para su determinación *en concreto* la verificación de las las pautas que, con carácter meramente enunciativo, señala la doctrina, y el beneficio que se procura obtener con el cambio en contraposición con el daño que irremediablemente generará la alteración del *statu quo* de F y A.

Pues, si bien, la facilitación de la vinculación de los niños con el progenitor no conviviente resulta fundamental a los fines de evaluar la idoneidad relativa de los progenitores -en el caso, de su padre (fs.246/7)-, entiendo que la sola comprobación de este extremo sin una adecuada valoración de la existencia de las condiciones para el desarrollo integral de los niños de conformidad con su superior interés, conduce a conclusiones inconciliables con

el principio según el cuál “No se trata de castigar a los adultos sino de privilegiar por sobre los intereses de aquellos los de un niño...”(sic)(SCBA C 91622, sent. del 26-10-2010).

En síntesis, la determinación de la conducta del progenitor asumida por la alzada, no exime al juzgador de la tarea de valorar ni demostrar de qué modo la decisión adoptada preserva el interés superior de los niños de conformidad con “la satisfacción de sus necesidades específicas en función de su realidad biográfica” (SCBA, C107820, sent. del 11-8-2010), pues como se refirió *ut supra* el eje de la cuestión ventilada se centra en el bienestar de los niños, más allá de los eventuales derechos de los padres que, en la especie, se encuentran *prima facie* en igualdad de condiciones para asumir la tenencia.

En este sentido resulta necesario destacar el carácter estrictamente dogmático que reviste la consideración del principio del superior interés de los niños en la sentencia en crisis -de los votos que conforman la mayoría- pues, más allá de la elocuencia de tales afirmaciones, la alzada omite efectuar una valoración concreta de aquél en orden a la verificación de las condiciones adecuadas para decidir un cambio como el que se adopta máxime cuando los niños han expresado de manera sostenida y contundente su deseo de permanecer conviviendo con su progenitor . (fs 254 y ccs)

En este orden de ideas, y tal como alega la quejosa, tampoco se desprende de la pieza recurrida un análisis de los motivos por los que la alzada resolvió apartarse de los deseos y opiniones de los niños de -12 y 14 años (fs.10)- quienes manifestaron de modo categórico y sostenido su deseo continuar viviendo con su padre (Comité de Derechos del Niño, Observación General 12/2009 sobre el derecho del niño a ser escuchado, CIDH, “ Atala Riffó vs Chile ”, sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafos 196-208)

En suma, no se desprende de la sentencia en crisis que la modificación de la tenencia de los niños F.S y A.S se haya fundado en “la recta interpretación de la cláusula del artículo 3.1 de la CDN, en lo



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

que respecta a decisiones provisionales que pueden ocasionar un trauma al niño y en la muy exigente justificación que una medida de este tipo requiere...” (conf. CSJN, Fallos 331:941, sent. del 29-4-2008).

En razón de lo expuesto, propicio a VE
hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto.

Tal es mi dictamen,

La Plata, 9 de septiembre de 2014.

Fdo. Juan Ángel de Oliveira. Subprocurador General.