

TRIBUNAL EMISOR

Corte de Justicia

FECHA DE SENTENCIA

03 de noviembre, 2022

CARÁTULA

C.V.A.I. C/ S.E.A. - Alimentos - Tenencia s/ INCONSTITUCIONALIDAD Y CASACIÓN

RESUMEN

La Corte de Justicia hizo lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad deducido por el demandado y como consecuencia de ello anuló el punto del resolutorio recurrido que disponía la restitución de la menor al domicilio de la madre, y en lo relativo a las costas de las instancias anteriores. Confirmando la sentencia impugnada en cuanto decidió apartar al Juez actuante, ratificándose la asignación de competencia del Juzgado de Familia, donde la causa se encontraba radicada, a los efectos de que lleve a cabo las medidas y diligencias pertinentes para decidir sobre la solicitud del padre. Asimismo, dispuso no tratar el recurso de casación por haberse tornado abstracto. Para así resolver entendió que en mérito a las expresas facultades que surgen de los principios que informan el proceso de familia, entre ellos el de oficiosidad y el de libertad, amplitud y flexibilidad probatoria, pero principalmente el del interés superior de la menor y de la tutela judicial efectiva, previo a adoptar otra decisión que revertía –tal vez provisoriamente– "el nuevo centro de vida" de la menor, la alzada debió llevar a cabo todas las diligencias que estimaba pertinentes y decidir sobre la situación de la menor y a quien le acordaba los cuidados personales. Asimismo sostuvo que no resultaba aplicable al caso lo normado en los artículos 253 y 259 del CPC, como planteaba la recurrida, en justificación a que no se hubiera producido en segunda instancia dichas diligencias, toda vez que el principio de oficiosidad que establece el CCC impregna a todo proceso de familia que tramite en cualquier tribunal del país y las normas locales deben adaptarse a ellos o en su caso deben ser declaradas inconstitucionales por ser de jerarquía inferior a las previstas en una norma de fondo.

TRIBUNAL EMISOR DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Camara Civil, Comercial y Minería - Sala 4

VÍA DE ACCESO A LA CORTE

Recursos Extraordinarios de Inconstitucionalidad y Casación (Ley 59-O)

VOTOS MAYORÍA

Marcelo Jorge Lima

Guillermo Horacio De Sanctis

Juan Jose Victoria

En la Ciudad de San Juan, a las once horas del día tres del mes de noviembre del año dos mil veintidós, se realiza el acuerdo definitivo previsto en el artículo 9 de la ley provincial 59-O (LP 59-O), según lo convenido en el acuerdo preparatorio. A ese efecto, se reúnen los magistrados que en esta causa integran la Sala Primera de la Corte de Justicia, doctores Marcelo Jorge Lima, Guillermo Horacio De Sanctis y Juan José Victoria, a fin de resolver los recursos de inconstitucionalidad y casación planteados por la parte demandada contra la sentencia de fecha treinta de agosto de dos mil veintiuno, dictada por la Sala Cuarta de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería en autos N° 1.858 (N°19.945/14-1 del Primer Juzgado Penal de la Niñez y Adolescencia), caratulados "C.V.A.I. C/ S.E.A. - Alimentos-Tenencia". Las cuestiones fijadas en el acuerdo preparatorio y que aquí deben resolverse son: ¿Resultan procedentes los recursos de inconstitucionalidad y casación planteados en autos? En su caso, ¿qué resolución corresponde dictar? -

----- EL Doctor Marcelo Jorge Lima DIJO: -----

----- En la sentencia impugnada se hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la Sra. A.C.V. contra resolución dictada por el Sr. Juez titular del Primer Juzgado Penal de Niñez y Adolescencia, el 24 de febrero del año 2021. --

----- Mediante la referida resolución y su aclaratoria, se dispuso que una vez firme, el progenitor debía restituir la niña M. al domicilio de su madre en el plazo perentorio de 15 días; que se remitieran los autos a la Mesa General de Entradas para su sorteo y nueva adjudicación; que oportunamente se ordene la inmediata intervención de los gabinetes técnicos del Juzgado de Familia; que la sentencia fuera comunicada en lenguaje "llano" a la progenitora y a la niña, conforme la modalidad determinada en el punto 7; impuso las costas en ambas instancias al demandado vencido (cfr. art. 66 CPC) y reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

----- Para así decidir, la alzada, previa descripción de los agravios que le causaba a la madre de la niña la resolución apelada, por la cual se decidió que la menor debía irse con su padre fuera de la provincia, y de una reseña de los antecedentes del caso, juzgó que el pronunciamiento apelado no cumplía con las exigencias contenidas por el inciso 5° del artículo 164 del CPC, en cuanto requiere que contenga los fundamentos y la aplicación de la ley. -----

En ese análisis, expresó que la sentencia apelada no satisfacía tal exigencia, al disponer el cambio del centro del vida de la niña, con la sola manifestación de su voluntad (resaltando que M. desde su nacimiento se encontraba inmersa en una conflictiva familiar), y con el dictamen del Asesor de Menores, cuyo consejo – dado el estado larval de la petición instada por el progenitor a fs. 109/114– resultaba al menos extremadamente apresurado, teniendo en cuenta que es cometido del Poder Judicial determinar con precisión y profundidad, cual es la mejor solución que se adapta al interés superior de la niña, que puede no coincidir con la expresión de su voluntad, y debe ser necesariamente corroborada –al menos– por los Gabinetes Técnicos en razón de su escasa edad y la particular conflictiva que la envuelve. -----

Para la alzada, la valoración de lo expresado por la menor, sobre su intención de vivir con su padre en otra provincia, si bien

mereció ser tenida en cuenta por el juez a quo, debió serlo en función del grado de madurez de la niña y con el respaldo científico del Gabinete Técnico del Juzgado, que en esta oportunidad no intervino. -----

----- Así puso de relieve que la sentencia impugnada se contraponía a sus propios antecedentes, pues el juez al otorgar el cuidado personal de la niña en favor de la madre (f. 105 de estos autos) en resolución dictada el 10 de agosto de 2016, requirió la previa intervención del Gabinete Técnico del Juzgado. También remarca el tribunal que el progenitor requirente, al solicitar el cambio de cuidados personales (f.117 de estos actuados), solicitó la intervención del Gabinete del Juzgado a los fines de obtener una visión clara de la voluntad de la niña, prueba que, reitera, no se produjo en esta oportunidad. --

----- Agregó que la resolución apelada resultaba también contradictoria, en cuanto el juez ordenaba la producción de ciertas medidas probatorias, tales como requerir información sobre el lugar y condiciones en las que vivirá la niña en Santiago del Estero; colegio al que asistirá, persona que estará a su cuidado cuando el padre trabaje; cuando toda esa información debió requerirla con antelación a decidir el cambio de cuidados personales. ----- En ese contexto juzgó que el juez, sin fundamento alguno, siguió a "pie juntillas" el consejo del Asesor letrado de Menores, sin tener en cuenta que la situación conflictiva existente entre los progenitores necesariamente ameritaba profundizar y corroborar en forma objetiva, si los deseos de la niña coincidían con su interés superior. -----

Sumó a ello, que el magistrado no pudo dejar de ponderar que el padre y la madre viven en distintas provincias, que el cambio de cuidados personales de la niña importaba el desplazamiento de su centro de vida, que la menor no estaría en forma permanente bajo el cuidado de su padre (según los dichos del Sr. S.), todo ello sin que el juez haya adoptado los más mínimos recaudos en orden a garantizar el bienestar de la niña, e indagar si su deseo era espontáneo y no se encontraba contaminado por la conflictiva existente entre los progenitores. -----

----- Por otra parte, manifestó que cabía efectuar una consideración respecto del modo de concesión de la apelación deducida en autos (sin efecto suspensivo) mediante providencia de f. 153 de los principales, ello a pesar de que la actora, al momento de deducir el recurso solicitó que fuera concedido con efecto suspensivo. Sostuvo que teniendo en cuenta que la decisión apelada resultaba de suma trascendencia en cuanto importaba la alteración del centro de vida de una niña, era evidente la inconveniencia de que tal medida fuera cumplida de inmediato, antes de proceder a su revisión. Asimismo, teniendo en consideración que M. ya había sido trasladada a la Provincia de Santiago del Estero, tornaba inoficioso disponer la modificación del efecto del recurso, dado la inminencia del dictado de la resolución, a pesar de asistirle la razón a la apelante sobre tal cuestión. -----

----- Notificado el Sr. E.S., interpone recursos de inconstitucionalidad y casación previstos en la LP 59-O. -----

----- Expresa que encauza el de inconstitucionalidad en los incisos Segundo y Tercero del artículo 11 de la LP 59-O, los que transcribe. Sostiene que el tribunal a quo se aparta de los principios constitucionales incorporados a través de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, a la no discriminación, al interés superior del niño, al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y la participación infantil. -----

----- Refiere que la alzada ha forzado en forma incongruente la interpretación de las normas que, por imperio de la ley 23.849 tienen jerarquía constitucional, que el tribunal ha cuestionado la inteligencia de una norma constitucional, revirtiendo la orden del juez que disponía que la niña viviera con su padre, con cuidados personales a su favor. -----

----- Asimismo, esgrime que la resolución atacada carece de razonabilidad, incurre en desaciertos y es arbitraria por la valoración que la alzada hace respecto de los hechos de la causa y del derecho aplicable, vulnerando el principio de igualdad ante la ley, el de congruencia y de las formas indispensables del proceso, conculcando el derecho de defensa en juicio en tanto resulta una resolución que no respeta los principios procesales de la carga de la prueba. -----

----- Reseña que la resolución no se hizo cargo de los argumentos expuestos en la expresión de agravios y contestación de los mismos, minimizando el pedido de la niña, no mencionando que la menor fue escuchada por una psicóloga y que por el fallo obliga a una restitución de M. cuando se encuentra con una situación consumada en otra provincia, viviendo con su padre. -----

----- Asevera que la finalidad que persigue es que se respeten las normas constitucionales y en consecuencia se revoque la sentencia de la Sala Cuarta y en su lugar, ordene otra que considere la decisión de la niña de vivir con su padre. -----

----- A criterio del quejoso, que se ha cuestionado la inteligencia de los artículos 75 inciso 22 de la CN y 11 de la Constitución Provincial, siendo el decisorio atacado contrario a los derechos y garantías por ellos tutelados. -----

----- Considera en su queja que a través del fallo se ha afectado su derecho de obtener una decisión fundada legalmente que sea congruente y razonable, de ahí que resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad por arbitrariedad de la sentencia atacada por no ser una derivación razonada del derecho aplicable de acuerdo a las circunstancias de la causa. -----

----- Con relación al interés superior de la niña, a la ley 23.849 y a la jerarquía constitucional de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (en adelante CIDN) pone de resalto que desde los 4 años la menor ha manifestado querer vivir con su padre. El recurrente luego de enunciar doctrina y legislación, recala en el artículo 630 del CCC, pone de relieve los principios generales de la responsabilidad parental y que el derecho vigente exige que se debe garantizar el ejercicio del derecho a ser oído, y el tomar en cuenta la opinión del niño supeditada a que haya alcanzado un grado de madurez apropiado. -----

----- Expone que la cuestión constitucional se demuestra eficaz para subsanar la arbitrariedad de la resolución de la Sala Cuarta, dejándola sin efecto, confirmando la de primera instancia. -----

----- Aduce que en el fallo se reconoce que adquiere especial significación la participación del niño, que no es un objeto de disputa sino un sujeto de derecho y que los niños tienen derecho a la debida comunicación con ambos padres, conceptos que no hacen sino reafirmar el derecho del niño a la participación y a ser escuchado. Sin embargo, luego deja sin efecto la resolución de primera instancia que tuvo en cuenta los fundamentos dados por la niña, los que no se traducen en su totalidad en el acta respectiva, ya que fue una larga entrevista en la que participó la psicóloga del juzgado, solo se asienta lo absolutamente relevante. -----

----- Denuncia que en el decisorio cuestionado se le resta total confiabilidad al requerimiento de la niña, a su petición, a la escucha llevada a cabo frente al juez, y la psicóloga, solo tilda la decisión de apresurada, desoyendo el tribunal de alzada el mandato del derecho a la escucha del niño y con ello su trasvasamiento constitucional. Se afecta asimismo el artículo 26 del CCC relativo al principio de la capacidad progresiva y de las leyes que regulan o consagran este principio. --

----- Formula luego todo un desarrollo de qué debe entenderse por el derecho a ser oído o escuchado, la trascendencia de dicho principio, la incorporación a nuestro derecho y la regulación específica a la que ha dado lugar. Se refiere luego a la capacidad progresiva expresando que la base doctrinal en la que apoya su pronunciamiento la alzada, es inadecuada en tanto el autor citado por el tribunal, Piaget (siglo XIX), elaboró la teoría cognitiva a los efectos de impulsar la investigación sobre metodologías didácticas para mejorar el neurodesarrollo del niño. Expresa que, en lugar de ello, la alzada debió ahondar en la capacidad progresiva la que esta enderezada a la autonomía progresiva de acuerdo a la edad y grado de madurez. -----

----- Critica al fallo de la alzada, cuando en el mismo sostiene que se contrapone con los antecedentes del propio juez ya que con anterioridad denegó el cambio de cuidados personales, pero sin reflexionar el Camarista que ello ocurrió cuando la niña tenía 4 años y hoy tiene casi 10 años, con lo cual omite considerar la evolución en la capacidad progresiva de la menor. Asegura que esa sola falta, afectó su derecho de defensa. -----

----- Citando profusa doctrina reseña que el reconocimiento de estos derechos (ser oído, participar y considerar su capacidad progresiva), implica que los niños dejen de ser concebidos como personas incapaces de tomar decisiones y opinar acerca de sus propias vidas. Marcando incluso que, si a un menor de 13 años se le permite el cambio de sexo o identidad de género, cómo es que uno con diez años no pueda decidir con cuál de los padres desea vivir. -----

----- Afirma que la alzada no habiendo escuchado a la niña, sin tener en cuenta la normativa vigente, no hace sino ahondar en la conflictiva y desandar una situación consolidada para ella, en tanto luego de vivir

casi todo el año en otra provincia con su padre y su abuela paterna, estar en el colegio, se pretende que M. vuelva antes de terminar el ciclo lectivo 2021, con ello provocar mayor stress en su vida y en contra de lo que la niña venía sosteniendo desde hace más de cuatro años a la fecha. -----

----- Con relación a la trascendencia que le da la alzada a la omisión de intervención del gabinete, no tiene en consideración que la niña fue entrevistada por la psicóloga, estando presente el Juez y el Asesor de menores. Sin explicación el vocal de la Sala, no le brinda la menor importancia a la participación de la profesional psicóloga. -----

En su queja constitucional manifiesta que el tribunal tenía a su alcance otras alternativas, que en tantas ocasiones ha realizado, como llamar a audiencia nuevamente a la niña o pedir la intervención de gabinetes especializados, con lo cual se evitaría lo que provoca este fallo, un cambio de circunstancias consolidadas en la niña, sin justificación alguna. -----

Asevera que el tribunal tampoco tomó en consideración que la niña ya vivía con la abuela en San Juan y que la madre jamás formuló oposición alguna a esta situación. Critica también a la alzada que para descalificar al fallo del juez de primera instancia refiere que no tomó los recaudos suficientes para garantizar el bienestar de la niña para cuando el padre trabaja. Sostiene que de esa expresión se colige la forma inconstitucional de tratar con discriminación suprema a la figura paterna. Agrega que, como si ello no fuera igual en el caso de la madre que, cuando trabaja, deja a M. en su casa o bien con la abuela paterna. Reseñando un sumario de la Corte, expresa que en pos del interés superior del niño no pueden ser admisibles especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de familia. -----

----- Resalta que el principio de autonomía progresiva impactó en la noción de patria potestad entendida como poder sobre los hijos, en relación vertical y autoritaria, la autonomía progresiva refiere a la posibilidad que van adquiriendo los niños conforme el alcance de un grado de madurez y desarrollo que debe ser evaluado en cada caso en concreto. Por ello estima que el fallo exhibe un desapego infundado y ha desvirtuado la letra escrita del derecho respecto del objetivo de la Convención de los Derechos del Niño, incorporado a la Constitucional Nacional y Provincial. -----

- Por último, esgrime que de los considerandos del fallo deben surgir claramente los motivos que ha tenido el tribunal para llegar la resolución, los fundamentos de la decisión por ello se considera la parte más importante de la sentencia. En el caso afirma que no coinciden los mismos con la parte resolutive del fallo, ya que hace referencia a la norma constitucional aplicable, pero decide en forma contraria a ella, desvirtuándole el sentido. Asegura que la alzada se ha pronunciado excediendo los límites del recurso afectando el derecho de defensa, no resolvió lo que se le planteaba y lo que falló, fue resuelto de manera arbitraria pues sin fundamento ni sustento o petición alguna ordenó la restitución de la niña con la madre. ----- Al recurso de casación lo

encauza en los dos incisos del artículo 15 de la LP 59-O. Expresa que se encuentra contemplada en el inciso 2º por que el tribunal ha interpretado y aplicado erróneamente normas legales sustanciales influyendo sustancialmente en lo dispositivo de la resolución. ----- Asegura que la resolución debe ser objeto de casación porque importa una denegación de justicia, pues aplica e interpreta erróneamente los artículos primero a quinto de la CIDN, contenidos en la constitución, y en ello se subsume el inciso 2 del artículo 15 de la LP 59-O. ----

----- Expone que el yerro es grosero por parte de la alzada, y que interpreta erróneamente el concepto de Capacidad Progresiva, Derecho del Niño a ser escuchado e Interés Superior del Niño concatenado con el daño que le puede producir a M. el traslado a San Juan. -----

----- Posteriormente ingresa en el análisis de la doctrina de la arbitrariedad por inobservancia del principio de no contradicción o del principio de razón suficiente. Dice que la arbitrariedad es el efecto, por la violación del principio lógico que es la causa. Afirma que las resoluciones resultan controlables en la instancia casatoria por falta de motivación o por motivación contradictoria, citando fallos de la CSJN y doctrina en torno a ellos elaborada. -----

-- Manifiesta que pretende no ser reiterativo con relación a los hechos ya que en los antecedentes del recurso de inconstitucionalidad han sido expuestos y la errada interpretación y aplicación de la norma citada por el tribunal de alzada, ha influido en modo decisivo en lo dispositivo de la resolución. Sostiene que en el fallo los Camaristas han prescindido de la labor del interprete, apartándose del espíritu sentido y alcance de la norma que aplican, de esa forma existe violación de poderes del Estado y afectación del sistema republicano, ya que el tribunal de alzada al interpretar y aplicar la ley con un alcance distinto al que tuvieron los legisladores al momento de su sanción, incurren en la auto atribución de facultades legislativas de las que carecen. -----

----- Solicita que se anule la resolución recurrida fijando las pautas a las que deba ajustarse el tribunal inferior, o en su caso se dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho, con costas en todas las instancias a cargo de la progenitora. Formula reserva del caso Federal. -----

----- Por auto de fecha 3 de febrero de 2022 se admitieron formalmente los recursos impetrados (fs. 248 y vta.) y se ordenaron los traslados respectivos.--- Por presentación de fojas 255/268 (de estos autos) la parte actora evacua el traslado de los recursos extraordinarios admitidos, en tanto que Sr. Fiscal General de la Corte lo hace en la vista obrante a fojas 271/276. ----

----- La recurrida pretende en su responde la revisión del auto de admisión formal y subsidiariamente contesta los recursos de inconstitucionalidad y casación. En cuanto a la pretensión de revisión de la admisión, marca que no se ha considerado que la sentencia traída en recurso no es una definitiva, que el impugnante no cumplió con la oportuna y adecuada interposición de la cuestión constitucional; que en los recursos impetrados se incurre en contradicciones inconciliables y que padecen de una deficiente fundamentación, argumentando y citando fallos de la Corte en cada objeción que plantea. ----- En particular

refiere que, a través de la resolución atacada, la alzada requiere la intervención de gabinetes interdisciplinarios y la remisión al juzgado de familia para definir la situación de la menor, por lo cual la sentencia dictada no causaba estado, lo que impide el tratamiento por este Tribunal de los recursos entablados. -----

----- Asegura que la recurrente no introdujo ni oportuna ni adecuadamente la cuestión constitucional, limitándose en la contestación de agravios a expresar una reserva de derechos pretendiendo con ello tener por introducida la cuestión constitucional, sin referir puntualmente que normas se verían violentadas si se resolvía de determinada manera y la relación concreta con el caso. -----

----- Por otra parte, asevera que los recursos carecen de debida fundamentación. En el de inconstitucionalidad, expresa que no se da cumplimiento al requisito previsto en el artículo 13 inc. 1 de la LP 59-O al invocar los incisos 2 y 3 del artículo 11 de la ley referida en forma conjunta, simultánea sin distinción alguna, siendo que si bien es posible encauzarlo en los dos incisos referidos, es necesario que sea acorde con la contradicción que ambos enfoques importan, aclarando que se hace en cumplimiento del principio de eventualidad y para tratamiento subsidiario uno de otro, en mérito a tratarse de alternativas, en principio, excluyentes y la Corte no puede inferir por sí misma cuál es el fundamento del derecho que sostiene el recurso. Agregando que ello es en razón de que el inciso 2º presupone la validez del fallo cuestionado y que la resolución sea contraria a un derecho que deriva de una cláusula constitucional (en el caso se sostiene en la vulneración del interés superior del niño a ser oído) y busca establecer la inteligencia o alcance de la cláusula, mientras que el inciso 3º implica una resolución nula habiéndose pronunciado en violación al derecho de defensa o la facultad de producir pruebas, y persigue la anulación del fallo. -----

--- En el caso sostiene que el recurrente no adecúa sus planteos a la referida formulación tal es así que expone la misma finalidad para ambos supuestos, que se revoque la sentencia de la Sala Cuarta y ordene otra en su lugar siendo contrario a lo establecido en el artículo 13 inciso 2 que ordena determinar puntualmente cual es la finalidad perseguida expresando qué pronunciamiento procura obtener. -----

También expresa que el recurso no constituye una crítica concreta y razonada de la resolución impugnada, en tanto los argumentos no son concretos y específicos por lo que el recurso debe ser descalificado por deficiente fundamentación. -----

----- Por último, considera que carecen de autonomía los recursos entablados, marcando que el recurso de casación es encuadrado en el inciso 2 del artículo 15 de la LP 59-O soslayando que cada recurso responde a objetivos propios y finalidades distintas, por lo tanto, deben ser expresados en forma clara y detallando los motivos que fundan a cada uno. En muestra del error de la finalidad expresa que el recurrente refiere se han interpretado erróneamente los artículos 1 a 5 de la CIDH, contenidos en la Constitución. ----- En ese sentido agrega que además



de ello aparece indebidamente fundado en tanto no basta decir que cierta norma ha sido mal interpretada o erróneamente aplicada, es necesario demostrar en qué consiste la errónea interpretación y en qué forma incide en lo dispositivo de la sentencia, olvidando además el recurrente especificar qué parte de la resolución pretende que sea casada, y mencionar cuál ley o norma específica es la que correspondía aplicar y se omitió, o cuál es la norma que se aplicó no era aplicable, o en qué consiste la errónea interpretación, presupuestos todos que advierte incumplidos en el caso de autos. -----

----- Por lo cual solicita que se desestimen los recursos interpuestos por no cumplir con los requisitos de admisibilidad prescriptos por los artículos 1,4,12,13 y 16 de la LP 59-O. ----- En

cuanto a lo que constituye su responde subsidiario, la recurrida expresa en primer lugar –con relación a recurso de inconstitucionalidad– que remitiéndose a las constancias de fojas 111/117 y 133/134, referido a la introducción y mantenimiento de la cuestión constitucional el recurrente lo hizo en forma tardía (en tanto lo hizo al contestar la expresión de agravios) y además no cumplió siquiera con los estándares mínimos que requiere el planteo indicando que de resolverse de determinada manera se violentaría tal derecho constitucional. La reserva que articuló, asevera, carece de virtualidad. Y tampoco se da un supuesto de aparición sorpresiva de la cuestión constitucional que justifique su omisión, en tanto era una de las resoluciones previsibles entregar nuevamente a la progenitora los cuidados personales, por lo que, existiendo ese antecedente en el caso, aparece absurdo que el recurrente alegue sorpresividad en lo decidido. -

----- Desde el punto de vista sustancial, sostiene que el recurrente considera que la resolución ha vulnerado el interés superior del niño, en cuanto no tuvo en cuenta el derecho a ser escuchado con apartamiento del principio de la capacidad progresiva. Asevera la recurrida que ello no fue así; la Sala Cuarta anuló el fallo por no haber sido debidamente motivado ya que, en esa resolución revocada, solo tuvo en consideración la opinión de una niña de 9 años sin recabar opinión interdisciplinaria. Además, afirmó en su fallo que la resolución se contraponía a sus propios antecedentes, ya que, en esta oportunidad a diferencia de la anterior, el juez otorgó los cuidados personales sin requerir informe del gabinete técnico del juzgado, mientras que cuando se la otorgó a la madre, requirió esa intervención. -----

----- Agrega, asimismo, que de la intervención anterior del gabinete surgió que el padre poseía una personalidad que podía obstaculizar el desarrollo autónomo de la menor, a través de conductas demasiado rígidas, controladoras y manipuladoras, características que surgen del informe obrante a fs. 97/99 de la licenciada Lund Arusa, a diferencia del realizado sobre la madre que marca que se muestra atenta a las necesidades de la hija. Sostiene la recurrida, la importancia de los informes donde se describió la personalidad de ambos progenitores –y sus actitudes, con relación a la niña– en tanto forman parte de la estructura mental de ambos y a menos que se trabaje arduamente en una terapia (lo que no ha sido acreditado en autos) el Sr. S. continuará siendo

posesivo, controlador, rígido y manipulador. ----- En base a ello asegura que la alzada valoró especialmente el interés superior de la menor marcando que no debe confundirse con la opinión del menor, dado que no necesariamente debe coincidir. Expresa que el derecho a ser oído no impone fallar en el mismo sentido a lo manifestado por la menor. Por otra parte, expone que del recurso no surge dónde o cómo la alzada habría descontextualizado al psicólogo Piaget o dónde se encontraría la contradicción que lo descalifica. Considerando que la teoría del afamado psicólogo se mantiene vigente e incluso, ha sido adoptada por innumerables seguidores. -----

----- Con relación a la supuesta violación del derecho de defensa, en su responde la recurrida sostiene que el impugnante reproduce lo expresado sobre el derecho a ser oído y a la capacidad progresiva de la menor, asumiendo –la actora– que lo que pretende el recurrente es encuadrarlo en el inciso 3 del artículo 11 sin distinguir los alcances de cada supuesto contemplado en el referido artículo. Así ingresa en la afirmación sobre qué la Cámara pudo llamar a una audiencia o dar intervención al gabinete especializado, aludiendo a cuestiones probatorias, olvidando que la misma se encuentra limitada por el artículo 253 y 259 de la LP 988-O. -----

----- Aduna que si bien el recurrente solicitó la intervención del Gabinete en forma genérica el punto no fue proveído por el juzgado y el quejoso no insistió en su producción, es decir consintió la falta de intervención del Gabinete Interdisciplinario. -----

----- Asimismo, expresa que aun cuando pueda considerarse errada la valoración de la prueba no puede ser objeto de tratamiento por la Corte, salvo el supuesto de absurdidad, ya que la ley no autoriza a evaluar la justicia de la solución porque su misión –hablando de este Tribunal de garantías constitucionales– se limita a controlar la legalidad del fallo en cuanto acto jurisdiccional. -----

----- También rechaza que la alzada haya fallado extra petita y más aún que se pueda considerar arbitraria la resolución, la que cumple con los requisitos del artículo 3 del CCC, el inciso 4 del artículo 33 y el artículo 164 de la LP 988-O, exponiendo claramente su proceso argumentativo y el razonamiento que llevó a tomar la decisión que se adoptó. -----

----- Que en definitiva se advierte que la crítica del recurrente se resume en una mera discrepancia con lo decidido, máxime cuando no imputa al fallo que choque con las reglas de la lógica o del recto raciocinio o se aparte de la solución normativa inequívocamente aplicable. -----

----- Con relación al recurso de casación esgrime que está encauzado en el inciso 2 del artículo 15 de la LP 59-O y en el caso refiere que el recurrente sostiene que aplicó erróneamente el artículo 1 al 5 de la CIDN, norma de raigambre constitucional conforme artículo 75 inciso 22 de la CN y ello no es objeto del recurso de casación sino de inconstitucionalidad. Agrega que tampoco constituye una vía válida el recurso de casación cuando lo sostenido es que la sentencia atacada es arbitraria y más allá de no especificar –en el caso– por qué

lo sería, ello no es propio de un planteo casatorio. ----- Asegura que, en su recurso, el impugnante no especifica con claridad cuáles son las normas que no correspondía o que correspondía aplicar o en qué consiste la indebida interpretación legal, lo que también es causa del rechazo del recurso intentado, citando precedentes de la Corte que así lo han decidido. -----

----- Por ultimo expone que el recurrente en su recurso de casación se remite al de inconstitucionalidad, en particular a su fundamentación lo que resulta impropio y contrario a lo establecido en los recaudos de los artículos 13 y 16 de la LP 59-O. -----

----- Por su parte el Sr. Fiscal General dictamina que este Tribunal debería hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido correspondiendo la anulación del fallo cuestionado, teniendo en especial consideración, para evacuar su vista, el interés superior del niño cuya normativa nacional e internacional –que incorpora el referido principio– lleva ínsito el derecho al resguardo de la integridad emocional, psíquica y física de los niños y adolescentes. -----

----- Para concluir de esa forma luego de una prolija relación de la causa, y del recurso que analiza, expresa que cuando el juez de primera instancia otorga provisoriamente los cuidados personales al padre de la niña, ordenando simultáneamente la intervención del Gabinete, tuvo en especial consideración la entrevista que realizó con la menor, la presencia de la Psicóloga y el dictamen del Asesor de Menores. Por ello afirma que encuentra razón a la queja discrepando con la solución adoptada en cuanto dispone el regreso de la niña al domicilio de la madre. Asegura que es fundamental dentro del proceso judicial preservar la estabilidad del menor de modo que se lo dañe lo menos posible, más si ha padecido el impacto de una desintegración familiar. ----- Asevera que una cuestión no menor, no valorada por la alzada, fue la situación en la que vivía la niña antes del dictado de la resolución del juez de la Niñez, que desde enero del año 2021 residía con su abuela paterna. Considera que la resolución del juez de primera instancia ha respetado las pautas del artículo 653 del CCC y marca que de quedar firme la decisión objeto de recursos extraordinarios, implicaría el retorno de la niña a la Provincia, luego de más de un año de estar instalada en Santiago del Estero, con todas las consecuencias que ello puede ocasionar a la menor. -----

----- Reseñadas las posiciones del recurrente, de la recurrida y del Fiscal General me aboco al tratamiento de los recursos interpuestos. Ingresaré al recurso de inconstitucionalidad y de no haberse tornado abstracto, trataré el de casación. Sin perjuicio de ello, previamente daré respuesta a las quejas de la actora y su pedido de revisión del auto de admisión formal decidido por este Tribunal. -----

----- Con relación a las fundadas objeciones que realiza la accionante sobre las deficiencias formales que advierte en los recursos extraordinarios interpuestos, diré que las mismas no han pasado inadvertidas por esta Corte al tiempo de decidir la admisibilidad formal, pero en virtud de los principios que

imperan en el proceso de familia, y principalmente basada en el interés superior de la menor, norte que debe primar en toda decisión judicial donde se encuentre comprometido este interés, se han considerado soslayables, ingresando así al tratamiento de los recursos entablados. ----- Estimo necesario marcar que, cuando el proceso llegó al análisis de esta Sala para la admisión formal, la menor ya estaba viviendo con el padre, en razón de que el juez de primera instancia no acordó efecto suspensivo al recurso de apelación entablado por la madre de la menor (fs. 143/149 vta.) donde expresamente había solicitado ese efecto (ver proveído de f. 152), en virtud de ello M. viajó con su padre y abuela en fecha 6 de marzo de 2021. -----

----- Que en fecha 2 de julio de 2021 el tribunal de alzada tuvo por recibidas las actuaciones, indicó cómo se encontraría integrado el tribunal (f. sub 184), por providencia del 8 de julio consideró al recurso como una cuestión no compleja, e indicó el orden de votación de los Vocales, pero en momento alguno cambia el efecto del recurso concedido (f. sub.185). ----- Ahora bien, ya ingresados a este Tribunal los recursos extraordinarios y en razón de que, de no admitirse formalmente, la resolución de la alzada hubiera adquirido carácter de resolución firme, aun cuando no causara estado, ello traería aparejado su ejecutabilidad, por lo que M. debiera volver de Santiago del Estero (en un lapso de 15 días), lugar donde se encontraba instalada y cursando Cuarto Grado en el Colegio Superior Nº 29 Francisco Narciso Laprida de la ciudad de Santiago del Estero (fs. Sub.-156/157). ----- Se estimó que ello podría generar un nuevo perjuicio a la menor, que hacía asimilable o equiparable la interlocutoria cuestionada, a resolución definitiva, por el perjuicio que podía causar, con lo cual se debilitaba –por excesivo rigor formal– el requerimiento del artículo 4 de la LP 59-O, máxime al estar comprometido el interés superior de la menor. -----

----- Es claro que volver a establecer un cambio de domicilio y de centro de vida de la menor, importaba someterla a una nueva situación de vulnerabilidad y de desarraigo. Máxime que podía resultar provisorio, desde que, como bien lo indica la recurrida, la resolución de la alzada no causaba estado por cuanto disponía realizar una serie de medidas o diligencias para determinar en qué lugar se encontraría mejor la niña y se entendería como de mayor protección del interés de M. -----

----- En síntesis, a pesar de considerar que la sentencia cuestionada carecía de definitividad, que no se encontraba debidamente fundamentada la crítica a la misma, en tanto de manera poco rigurosa se encauzó el recurso de inconstitucionalidad en dos de los supuestos previstos en el artículo 11 de la LP 59-O sin establecer el tratamiento subsidiario, que surgía claro la inexistencia de planteo oportuno y suficiente de la cuestión constitucional, que en el recurso de casación se había hecho referencia a normas constitucionales, que existía remisión indebida a la fundamentación realizada en el de inconstitucionalidad en el recurso de casación, que no se han especificado debidamente las normas sustanciales que no han sido debidamente interpretadas o que habían sido aplicadas cuando correspondía o

no aplicadas cuando lo eran, igualmente cabe el ingreso al tratamiento de los mismos, por los intereses en juego reconocidos no solo Convencional y Constitucionalmente, sino a través de los principios que rigen en los procesos de familia conforme artículo 706 CCC y ccts., y las disposiciones de la Ley 26.061 y 23.849. ----- Consideraciones todas que me llevan a votar por el rechazo de la revisión del auto de admisibilidad formal. -----

----- Superado el óbice formal, principalmente en base al derecho a la tutela judicial efectiva que en materia de intereses de menores adquiere incluso especial significación, potenciando los deberes de ponderación y prudencia de los jueces al resolver, ingreso al estudio de fondo de los recursos entablados. En este sentido se ha sostenido que "los niños merecen especial tutela por su vulnerabilidad, aspecto que está considerado expresa o implícitamente en profusos instrumentos internacionales (Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 8 y 16; la Convención Americana, arts. 11 y 19; Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, arts. 23 y 24, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10)." Fallos: 324:975 Voto del Dr. Fayt. ----

----- En el caso, a mi criterio, en el fallo cuestionado, el tribunal a quo no pudo desentenderse de la realidad de que la menor ya estaba instalada en Santiago del Estero y cursando estudios al tiempo que la alzada dictó su resolución. -----

----- Como he referido, considero acertadas las críticas formuladas por el tribunal a quo a la resolución obrante a f. Sub. 139 y vta., por las que se justificaba anular el pronunciamiento de la instancia anterior. Hasta ahí juzgo que no cabe objeción alguna a la sentencia de la alzada, principalmente en razón de la trascendencia que tenía al imponer un cambio de centro de vida de la menor. Es claro que el juez de la instancia originaria debió producir toda la prueba y extremar su prudencia antes de tomar esa decisión o en todo caso no haber acordado la misma como de ejecución inmediata o haber cambiado el efecto al recurso, al serle solicitado. Así, sin marcar una cuestión de extrema urgencia o de peligro inminente, el magistrado obvió por completo lo normado en el artículo 653 inciso d) del CCC, sin dar una debida fundamentación que justificara su resolución. ----

----- Ahora bien, encontrándose el trámite en la alzada, siendo consciente el tribunal a quo que la menor estaba asentada en la provincia de Santiago del Estero, debió previo a dictar su resolución, realizar las medidas de prueba o la escucha de la menor si lo estimaba pertinente y no decidir como si se tratara de un caso donde solo se encontraran comprometidos derechos dispositivos, situación distinta a la de autos, donde estaban en consideración los intereses de una menor. -----

----- Sostengo que en modo alguno veo que resulte aplicable al caso lo normado en los artículos 253 y 259 del CPC, como plantea la recurrida, en justificación a que no se haya producido en segunda instancia las diligencias, toda vez que el principio de oficiosidad que establece el

CCC impregna a todo proceso de familia que tramite en cualquier tribunal del país y las normas locales deben adaptarse a ellos o en su caso deben ser declaradas inconstitucionales por ser de jerarquía inferior a las previstas en una norma de fondo. -----

----- En cuanto a la facultad de Códigos o leyes de fondo de tratar aspectos procesales, ya nuestra Corte ha sostenido que cuando existen fundadas razones para asegurar la eficacia de las instituciones reguladas en los Códigos de fondo. "Si bien las provincias tienen facultad para darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimientos, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en los códigos fundamentales que le incumbe dictar". Fallos 141:254; 247:524; 265:30. Agregó, como lo sostiene importante doctrina autoral, constituye este, un fenómeno de vieja data que ha sido explicado y legitimado por una consolidada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de los casos "Bernabé Correa" –Fallos 138:157–, "Netto" –Fallos 141:254–, "Real de Maciel" –Fallos 151:315–, "Perelló" –Fallos 247:524– entre muchos otros. Situación aun de mayor consideración con relación a las normas del proceso de familia, en este sentido: "Las normas procesales en el nuevo Código Civil y Comercial Rosales Cuello, Ramiro; Marino, Tomás 2014-11-26 Publicado: SJA 2014/11/26-3; JA 2014-IV. -----

----- Por otra parte, en Procesos de Familia, Jorge O Azpiri, expresa: "La forma de interpretar estas nuevas disposiciones tenderá a considerarlas como un mínimo regulatorio que las normativas provinciales no podrán desconocer. La dificultad se presentará cuando exista contradicción entre los artículos del CCCN y los códigos de procedimientos locales, aunque entiendo que deberían prevalecer las normas de fondo porque se sustentan en principios de rango constitucional". Incidencias del Código Civil y Comercial –Derecho de Familia– 8º Reimpresión, Página 278. -----

----- En el caso, siendo claro que el principio de oficiosidad (vinculado al de tutela judicial efectiva y el del interés superior del menor) se encuentra receptado en los artículos 706 y 709 del CCC y que no existe la limitación que establece el segundo párrafo del último artículo mencionado por tratarse de un proceso que exclusivamente tiende a establecer a cargo de que progenitor estarán los cuidados personales de la menor, juzgo que la alzada no pudo dejar de producir las medidas que estimara pertinentes para definir de un modo cabal la situación del cuidado de la menor y no limitarse a anular el fallo de la instancia anterior sugiriendo u ordenando una serie de medidas para realizarse ante un nuevo magistrado, disponiendo el regreso de M. desde Santiago del Estero, en un nuevo desarraigo de la menor. ----- Es claro que, como lo ha sostenido la Corte, "se deben buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por las vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que hoy cuentan con particular tutela constitucional". Fallos: 324:122. -

----- Por ello, en mérito a las expresas facultades que surgen de los principios que informan el proceso de familia, entre ellos el de oficiosidad y el de libertad, amplitud y flexibilidad probatoria, pero principalmente el del interés superior de la menor y de la tutela judicial efectiva, previo a adoptar otra decisión que revertía –tal vez provisoriamente– “el nuevo centro de vida” de la menor, reitero, la alzada debió llevar a cabo todas las diligencias que estimaba pertinentes y decidir sobre la situación de M. y a quien le acordaba los cuidados personales. ----- Agregó que, en el caso, tampoco en el fallo se pusieron de resalto circunstancias que determinaran la necesidad de adoptar de manera urgente el regreso de M., quien, en la instancia anterior, había expresado el deseo de vivir con su padre. Ello en modo alguno –como bien lo resalta la sentencia de Cámara- y lo refleja la recurrida, significa que se deba fallar indefectiblemente de acuerdo a lo expresado por la menor, pero no puede dejar de considerarse que el derecho a ser oído importa tener en consideración la opinión de la menor como un elemento importante a la hora de tomar la decisión judicial. -----

----- Todas estas consideraciones me llevan a votar por declarar la nulidad parcial de la sentencia de la alzada, exclusivamente en relación a lo resuelto al ordenar al padre que restituya a M. al domicilio de su madre y a las costas, pero se confirma en lo restante el fallo atacado, por estimar que la resolución de primera instancia adolece de nulidad, y que el juez ya se ha pronunciado sobre el fondo, por lo que se ratifica la asignación de competencia del Juzgado de Familia, donde ya se encuentra radicada la causa. ----- El juez actuante deberá disponer la intervención del gabinete técnico –que deberá actuar a la brevedad posible– petición ésta que se hace extensiva al magistrado para que intervenga con la celeridad y prudencia que exigen los intereses de M. -----

----- A esos fines deberá decidir de manera inmediata qué gabinete técnico deberá actuar (si el de la Provincia de Santiago del Estero o el de la Provincia de San Juan) en cuyo caso deberá determinar en qué oportunidad debe hacerlo, tratando de no perjudicar el cursado de clases de la menor. ----- Al mismo tiempo se exhorta a los progenitores y a sus letrados, a fin de que obren con mesura en el ejercicio de sus derechos y, en particular, para que cooperen estrechamente en la búsqueda de una solución amistosa que no se oriente en la satisfacción del interés subjetivo de cada uno, sino en su responsabilidad y en el respeto del bienestar y la integridad de su hija; así como también de la relación parental -permanente y continua- con ambos padres que no puede verse lesionada por la decisión unilateral de uno de ellos, sino que debe procurar dar preeminencia a sostener los lazos familiares y afectivos de la menor. -----

--- En mérito a lo resuelto en el recurso de inconstitucionalidad se torna abstracto tratar el de casación. -----

--- Por último, con relación a las costas de la instancia, se imponen por el orden causado, si bien se hace lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad las

deficiencias formales que he marcado como presentes en los recursos entablados me llevan a considerar que la actora ha tenido motivo suficiente para cuestionar su procedencia, por lo que voto para que se impongan por su orden. -----

----- LOS DOCTORES

Guillermo Horacio De Sanctis y Juan José Victoria DIJERON: -----

----- Por sus fundamentos, adherimos al voto precedente. ----- De acuerdo con el resultado de

la votación, el Tribunal RESUELVE: I) No acoger el pedido de la recurrida de revisión del auto de admisión formal. II) Hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Sr. S.E.A.; anular el punto del resolutorio que disponía la restitución de M. al domicilio de la madre, y en lo relativo a las costas de las instancias anteriores. III) Confirmar la sentencia impugnada en cuanto decidió apartar al Juez actuante, ratificándose la asignación de competencia del Juzgado de Familia, donde la causa se encuentra radicada, a los efectos de que lleve a cabo las medidas y diligencias pertinentes para decidir sobre la solicitud del padre. IV) No tratar el recurso de casación por haberse tornado abstracto. V) Exhortar a los progenitores de M., y a sus abogados en los términos del considerando respectivo. VI) Costas por su orden, art. 66 última parte del CPC. VII) Ordenar que se protocolice la presente y se agregue copia al expediente y a los autos principales y disponer que estos bajen al Tribunal de origen a los fines pertinentes. Notifíquese y oportunamente archívense. Fdo. doctores Marcelo Jorge Lima, Guillermo Horacio De Sanctis y Juan José Victoria. Ante mí: Carlos Daniel Pastor – Secretario Letrado de la Corte de Justicia.Ef-7909cs-PRE S1° 2022-II-342