

"N. J. L. C/ B. Z. B.

S/TENENCIA DE HIJOS"

Jz DE FAMILIA N°2

Reg. Sent. Def: 42

Folio Sent Def: 299

Lomas de Zamora, a los 12 días de abril de 2017, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces que integran esta Excma. Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia, Sala I, de este Departamento Judicial, Dres. Javier Alejandro Rodiño y Carlos Ricardo Igoldi; con la presencia del Secretario actuante, se trajo a despacho para dictar sentencia la Causa N°, caratulada: "**N. J. L. C/ B. Z. B. S/TENENCIA DE HIJOS**". De conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, del mismo Estado, la Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes:

- C U E S T I O N E S -

1°.- ¿Es justa la sentencia dictada?

2°.- ¿Qué corresponde decidir?

Practicado el sorteo de ley (art. 263, últ. parte, Cód. Proc.), arrojó el siguiente orden de votación: Dres. Javier Alejandro Rodiño y Carlos Ricardo Igoldi.-

- V O T A C I O N -

A la primera cuestión, el **Dr. Javier Alejandro Rodiño** dice:

I.- La señora Juez interinamente a cargo del Juzgado de Familia N° 2, con sede en Lomas de Zamora, resolvió a fs. 82/88 hacer lugar a la petición cautelar del señor Asesor de Menores, ordenando en consecuencia la separación del niño T. B. N. de su guardador J. L. N.; el cese de la guarda del niño y su apartamiento del señor N., dentro de las 48 horas de que adquiriera firmeza la resolución dictada; y la comunicación del pronunciamiento al Servicio Zonal de Protección de los Derechos de Niño, a efectos de que tome conocimiento de lo resuelto y arbitre las medidas pertinentes.

El pronunciamiento fue apelado a fs. 97 por el Sr. J. L. N., siéndole concedida a fs. 102 la vía recursiva intentada.

A fs. 103/105 presentó su memorial de agravios, el que debidamente sustanciado mereciera la réplica del Sr. Asesor de Menores interviniente (fs. 107/111).

II.- DE LOS AGRAVIOS:

En sustancia, se agravia el apelante argumentando que nunca se le dió traslado del pedido del Sr. Asesor de Menores, infringiéndose de ese modo el principio de bilateralidad y debido proceso.

Aduce, por otro lado, que la resolución adoptada se basa en un estudio de ADN que resulta a todas luces nulo de nulidad absoluta en tanto no se respetaron las

garantías constitucionales que detalla.

Agrega que el Certificado de Nacimiento expedido por el Registro de las Personas no se encuentra impugnado por sentencia firme a la fecha de su presentación, razón por la cual considera que el mismo goza de fé pública.

Sostiene que la resolución en crisis deviene prematura y arbitraria, debiendo tenerse especialmente en cuenta el interés superior del niño en cuanto al principio de estabilidad que asegura a los niños la continuidad espacial y social necesaria para la formación equilibrada de su personalidad.

Sostiene que no es cierto, ni se halla probado, que el vínculo con su hijo T. naciera a partir de un presunto ilícito, entendiendo el recurrente que jamás cometió delito alguno y T. J. N. B. es su hijo biológico.

Expone, en último término, que tampoco se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho invocado por la magistrada actuante para decidir como lo hizo.

III- CONSIDERACIONES DE LAS QUEJAS:

(i). Que arriba a esta Alzada la delicada cuestión que es objeto del recurso, en el que esencialmente corresponde al Tribunal decidir sobre la vida de T. y sus afectos, intentando develar qué es lo mejor para su interés superior: mantener la situación actual junto a la familia que lo acoge o innovar en ella disponiendo su traslado a un hogar asistencial (o familia sustituta), al menos hasta tanto se resuelva el conflicto que originara estas actuaciones y que lo tiene a él como actor central

desde el momento mismo de su nacimiento.

Que una vez más, lamentablemente, las acciones, omisiones y erróneas decisiones de los adultos han colocado a un niño completamente inocente -como lo es T.- en una situación que nunca debiera haber existido, obligando al Tribunal a adoptar una solución que, en el mejor de los casos, sólo tenderá a evitar el mal mayor.

Es que, producto de tales decisiones, llegan claramente en pugna intereses jurídicos que por su raigambre constitucional y convencional resultan pilares fundamentales del orden público interno, tales como "el interés superior del niño", "el derecho a la identidad" y "el principio de inocencia".

(ii). Que, al respecto, corresponde comenzar señalando que la Convención de los Derechos del Niño -cuyas disposiciones se encuentran en la cúspide de la pirámide normativa nacional, al ser complementarias de la ley fundamental (art. 75 inc. 22 C.N)- establece en su artículo tercero que "En todas las medidas 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".

Que de tal forma, estos intereses tienden al reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. El niño es un sujeto de protección y no un objeto de amparo. (Cfr. Grossman, "Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia", La Ley, 1993-B, 1089)

Ahora bien, dicho interés superior, es un concepto jurídico indeterminado que debe ser discernido por los jueces en cada caso, de acuerdo a las circunstancias fácticas concretas del mismo.

En este sentido, recientemente la Suprema Corte provincial ha definido al "interés superior del niño" como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado y, entre ellos, el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso. (conf. C. 102.719, sent. del 30-III-2010; C. 121.011, sent. del 5-X-2016), máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad, en tanto lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (Ac. 66.519, sent. del 26-X-1999; Ac. 71.303, sent. del 12-IV-2000; Ac. 78.726, sent. del 19-II-2002).

En efecto, para dirimir este tipo de controversias el eje rector siempre lo constituye el 'interés superior del niño', entendiendo como tal a la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos a aquéllos en los Tratados Internacionales, la Constitución Nacional y las leyes.

Dentro de este marco, es el mismo ordenamiento interno el que establece expresamente que "Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas,

niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros" (art. 3, último párrafo, Ley 26.061).

Este principio, proporciona un parámetro que permite resolver las cuestiones de los menores con los adultos que lo tienen bajo su cuidado, y la decisión final ha de ser la que resulte de mayor beneficio para aquéllos.

De esta manera, frente a un presunto interés del adulto se prioriza el de los niños, reconociendo las propias necesidades y la aceptación de los derechos de quienes no pueden ejercerlos por sí mismos. (conf. C. 100.587, sent. del 4-II-2009; C. 119.647, sent. del 16-III-2016).

En el mismo sentido, ha sostenido nuestro máximo Tribunal de Justicia que "no puede desconocerse que los niños tienen derecho a una protección especial, cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda resolución judicial, de modo que ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto" (cfr. C.S.J.N., Fallos 328:2870)

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo también, al respecto, que "el interés superior es el criterio rector que debe aplicar para dilucidar la cuestión bajo litis, interés que debe prevalecer por sobre cualquier otra consideración" criticando el excesivo formalismo jurídico en que se peca cuando se soslaya ese interés" (Caso: "Isabeffe Neulinger y Noam

Shuruk v. Suiza" solicitud nro. 41614/2007, fecha de resolución 8/1/2009).

Con relación al derecho a la identidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "...el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico determinado por aquélla; la verdad biológica no es un dato absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos consolidados en los primeros años de vida es un dato con contenido axiológico cuando se trata de resolver el alcance del interés superior del menor. Ello, claro está, respetando el derecho de aquel a conocer y preservar su identidad (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda en A.F. s/PROTECCION DE PERSONA A. 418. XLI. REX 13/03/2007 Fallos: 330:642).

Y si bien la identidad del individuo posee diversas dimensiones (estática, dinámica y cultural), cierto es que el origen es un punto de partida, principio, raíz y causa de una persona, de modo que el derecho de toda persona a identificarse en su unidad y personalidad es una prerrogativa que nace de la propia naturaleza del hombre, comienza por la concreta posibilidad de conocer su origen, a partir del cual edificará su individualidad, y halla amparo en las garantías implícitas o innominadas previstas en el art. 33 de la Carta Magna, así como en numerosos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (arts. 75 incs. 22 y 23, Constitución nacional; 7 y 8, C.D.N.; XVII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6, Declaración Universal de los Derechos Humanos;



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



233400312019715323

3 y 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 16 y 24, Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos; 10.3, Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales); también en nuestra Constitución provincial (art. 12.2), y en las leyes de fondo que reglamentan su ejercicio (arts. 564, 579, 580, 583, 596 y concs., Cód. Civ. y Com.; 1, 2, 3, 5, 11 y concs., ley 26.061).

En tal sentido, la persona posee el derecho de conocer la verdad sobre su origen y quiénes en realidad son sus progenitores (SCBA LP C 119093 S 05/10/2016 Juez PETTIGIANI (OP) Carátula: B. ,L. c/ S. ,R. y o. s/ Filiación Magistrados Votantes: Pettigiani- Kogan-Hitters- de Lázari).

(iii). Teniendo en consideración la colisión axiológica insalvable que se presenta en estas actuaciones, debo tomar una decisión -de carácter cautelar y esencialmente mutable- que concilie de la mejor forma posible el interés superior del niño y el interés del Estado, canalizado en el Ministerio Público, en perseguir presuntos hechos delictivos como los denunciados en la especie.

Que a este fin, y en el convencimiento que resultaba de extrema necesidad contar con la mayor cantidad de elementos objetivos y actuales respecto a la situación del niño T., el Tribunal dispuso la realización de un amplio y prolijo informe socio-ambiental, con interacción familiar y relevamiento vecinal, en el lugar en donde habita el niño junto con el matrimonio compuesto por el Sr. J. L. N. y la Sra. S. V. G., a fin de evaluar las posibilidades respecto de ellos tales como modo de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



233400312019715323

vida, costumbres, relaciones con terceros y todo dato relativo a las condiciones personales; y la realización de una pericia psicológica que debía contemplar los siguientes tópicos: para el hipotético caso que los expertos consideren que el apartamiento del niño de dicha familia no sería traumática para el desarrollo psíquico del mismo, debería especificarse puntualmente qué efectos provocaría dicha situación en el desarrollo de su psiquis, como así también, si sería aconsejable, la conveniencia de mantener cierto contacto entre el menor y dicho matrimonio, por medio de la implementación de un régimen de comunicación acorde. (fs. 122)

Por otro lado, se dispuso la remisión de oficios al Juzgado de Instrucción Correccional y de Menores n° 2 de Paso de los Libres, Provincia de Corrientes, a cargo del Dr. Jorge Osvaldo de Pacce, a fin de solicitar la remisión -con carácter urgente- de copias certificadas de la causa "B., Z. B. s/ Exposición PXL 13010/14", las cuales tengo a la vista. (fs. 115, 155 y 191)

(iv). Que, ingresando ahora al análisis de las pruebas producidas en la causa, corresponde señalar que del informe socio ambiental realizado por el Licenciado Walter Anastasio, se desprende que T. comenzó su concurrencia al jardín de infantes integrado a la sala de 2 años, que está muy entusiasmado y que su proceso de adaptación está resultando favorable. A su vez, sostuvo el experto que durante el encuentro se pudo observar a T. de muy buen humor, dinámico, y en un trato de confianza para con el actuante y de mutuo afecto con todos los integrantes del grupo familiar, "inclusive con sus abuelos (los padres del Sr. J. L. N., quienes residen en

otra vivienda emplazada en el mismo terreno)" (fs. 126/127; art. 474 del CPCC.)

Que en función de lo expresado, el perito designado concluyó que "el grupo familiar peritado, cuenta con buenas condiciones de habitabilidad. No presentarían dificultades de salud relevantes. Sus integrantes adultos, llevan una vida cotidiana organizada, realizando actividades pautadas y positivas. Los niños, ambos se encuentran concurriendo a instituciones educativas. Se puede inferir, que T. se encuentra en un ámbito familiar que le brinda contención afectiva y se ocupa de cubrir sus necesidades. Asimismo, de que continúe el vínculo con su progenitora. (fs. 126/127; art. 474 del CPCC.)

Que el informe psicológico realizado por la Lic. Karina Andrea Benitez, perito psicóloga del Juzgado de Familia N° 7 Departamental, resulta claro en punto a que "...se puede inferir a modo de conclusión que la separación del niño de quienes lo han ahijado afectivamente y de quien ha operado de modo fraterno diariamente desde su segundo día de vida hasta el momento actual, podría ofrecer elementos desestabilizantes para su desarrollo o bien tratarse de una situación que tenga potencial valor traumático...". (fs. 177/181; art. 474 del CPCC.)

Para así concluir, y responder a lo requerido por el Tribunal, la experta explicó previamente que era necesario partir del planteo de algunos interrogantes, siendo el primero a analizar "...si es posible explicarle al niño que, en nombre de su protección integral, se lo arrebató de su casa, de quienes se vinculan con él

operando desde los roles fraterno, materno y paterno desde su segundo día de vida, de su jardín de infantes, de la historia en común con el conjunto de sus afectos y referentes familiares, es decir, de todo su mundo cotidiano conocido y el que lo ha contenido hasta el momento actual. Cómo se le explica además que el sistema judicial cumpliendo con una medida cautelar interpuesta para su protección integral, llevada adelante por funcionarios que desconoce, extraños que ingresan en su cotidianeidad en cualquier momento, lo separe de quienes han operado como garantes de su subsistencia y estabilidad emocional. Si no hay allí, una vivencia que irrumpe desde afuera, que sorprende al niño en forma abrupta, arrasándolo subjetivamente". (fs. 180 vta.; art. 474 del CPCC.)

Debo mencionar también que la experta sostuvo que los efectos psíquicos que puedan manifestarse en el futuro de las personas, que no integraren formaciones sintomáticas analizables, exceden el horizonte pericial psicológico, por lo que no puede establecer si en el caso de permanecer el niño con el matrimonio conformado por el Sr. N. y la Sra. G. le correspondería el desarrollo preciso de determinados efectos psíquicos, o tampoco cómo impactaría a futuro dicha situación en el desarrollo y educación del niño. (art. 474 del CPCC)

(v). Que, por otro lado, corresponde mensurar también el estado de avance de la causa penal seguida al Sr. N. y la Sra. B. por suposición de identidad y falsedad ideológica en concurso ideal, en las cuales en fecha 3 de marzo de 2017 se ha dictado auto de procesamiento de los nombrados, con prisión preventiva en

suspensio.

De dichas actuaciones puede extraerse que el Sr. N. presuntamente no sería el progenitor del niño T.; sustentado ello en el análisis de ADN realizado en el marco de ese proceso penal. Ahora bien, tampoco puedo soslayar que la validez de tal medio de prueba ha sido expresamente cuestionada por el recurrente; circunstancia que naturalmente impide su consideración como elemento de prueba categórico en sustento de una decisión cautelar como la que es objeto del presente, al menos por el momento.

Es que, aún cuando el mencionado auto de procesamiento -que no se encontraría firme- resulta un avance respecto al grado de convicción de la justicia penal con relación a la culpabilidad de los encartados, no debe perderse de vista que cuando la Constitución Nacional dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario, mediante una sentencia firme. (CSJN, Carrera, Fernando Ariel s/causa n° 8398 C. 1497. XLIX. RHE 25/10/2016, Fallos: 339:1493; art. 18 de la Constitución Nacional)

Considero relevante, a su vez, que los procesamientos del Sr. N. y de la Sra. B. no hayan limitado la libertad ambulatoria de los nombrados, por lo que tales medidas procesales no serían óbice para que puedan mantener el cumplimiento de sus roles afectivos respecto de T..

(vi). Finalmente, habiendo tomado contacto con el niño T. en la audiencia del día 21 de Febrero del corriente año, su interacción con el actor y la esposa de aquél en el mencionado encuentro me lleva a concluir que, por el momento, y a fin de evitar un probable perjuicio futuro de en la integridad psicofísica del niño, corresponderá no innovar en su situación actual, manteniendo su centro de vida junto al matrimonio N.-G..

IV.- Por ende, ponderando la delicada situación que se evidencia en las presentes actuaciones y teniendo como fin primordial la protección integral del niño Tiziano y su desarrollo psicofísico saludable, me inclino por revocar el pronunciamiento de fs. 82/88, manteniendo el statu quo familiar siempre que se mantengan las condiciones actuales.

Asimismo, siguiendo la recomendación efectuada a fs. 181 y vta. por la perito psicóloga interviniente, propicio establecer la realización de un tratamiento psicológico individual por parte del Sr. N. y de la Sra. G., en los términos indicados por la experta; la fijación de un régimen de comunicación maternofilial y fraterno; y el adecuado seguimiento del avance de las actuaciones penales labradas en la provincia de Corrientes; encomendándose a la instancia de grado la adopción de las medidas conducentes para su cumplimiento. (art. 3 CDN; arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. 705 y 706 del Código Civil y Comercial; arts. 1, 2, 3, y cdt., Ley 26.061; art. 232 del CPCC.)

En base a estas consideraciones, **VOTO POR LA NEGATIVA.-**

A la misma primera cuestión, el **Dr. Carlos Ricardo Igoldi**, por consideraciones análogas, adhiere y **TAMBIEN VOTA POR LA NEGATIVA.-**

A la segunda cuestión, el **Dr. Javier Alejandro Rodiño** dice: Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede, corresponde revocar el pronunciamiento de fs. 82/88, manteniendo el statu quo familiar siempre que se mantengan las condiciones actuales. Asimismo, siguiendo la recomendación efectuada a fs. 181 y vta. por la perito psicóloga interviniente, se establece la realización de un tratamiento psicológico individual por parte del Sr. N. y de la Sra. G., en los términos indicados por la experta; la fijación de un régimen de comunicación maternofilial y fraterno; y el adecuado seguimiento del avance de las actuaciones penales labradas en la provincia de Corrientes; encomendándose a la instancia de grado la adopción de las medidas conducentes para su cumplimiento. (art. 3 CDN; arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. 705 y 706 del Código Civil y Comercial; arts. 1, 2, 3, y cdt., Ley 26.061; art. 232 del CPCC.). Las costas de ambas instancias habrán de ser soportadas en el orden causado, en atención a la naturaleza de la cuestión que se debate y la intervención del Ministerio Público Pupilar (art. 68 y 274 CPCC).- **ASI LO VOTO.-**

A la misma segunda cuestión, el **Dr. Carlos Ricardo Igoldi**, por compartir fundamentos, adhiere y **VOTA EN IGUAL SENTIDO.-**

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

- S E N T E N C I A -

En el Acuerdo quedó establecido que la resolución apelada no es justa, por lo cual debe ser revocada. **POR ELLO, CONSIDERACIONES** del Acuerdo que antecede y **CITAS LEGALES**, revócase el pronunciamiento de fs. 82/88, manteniendo el statu quo familiar siempre que se mantengan las condiciones actuales. Asimismo, siguiendo la recomendación efectuada a fs. 181 y vta. por la perito psicóloga interviniente, se establece la realización de un tratamiento psicológico individual por parte del Sr. N. y de la Sra. G., en los términos indicados por la experta; la fijación de un régimen de comunicación maternofilial y fraterno; y el adecuado seguimiento del avance de las actuaciones penales labradas en la provincia de Corrientes; encomendándose a la instancia de grado la adopción de las medidas conducentes para su cumplimiento. Las costas de ambas instancias habrán de ser soportadas en el orden causado, en atención a la naturaleza de la cuestión que se debate y la intervención del Ministerio Público Pupilar. (art. 3 CDN; arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. 705 y 706 del Código Civil y Comercial; arts. 1, 2, 3, y cdts., Ley 26.061; arts. 68, 232 y 274 del CPC.). **REGISTRESE. NOTIFIQUESE.** Consentida o ejecutoriada, **DEVUELVA** a la instancia de origen.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



233400312019715323

JAVIER ALEJANDRO RODIÑO

JUEZ DE CAMARA

CARLOS RICARDO IGOLDI

PRESIDENTE

ERREIUS