Buenos Aires, 29 de abril de 2008

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa M. D. H. c/ M. B. M. F.”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los agravios del apelante encuentran adecuada respuesta en los fundamentos del dictamen del señor Procurador General, en lo pertinente, el Tribunal comparte y hace suyos *brevitatis causae.*

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito. Notifíquese y devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI (según su voto).

ES COPIA

VO-//-

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1°) La presente causa se inicia con la solicitud del señor M para obtener la tenencia judicial que de hecho ejerce sobre su hija C, petición que fue reconvenida por la madre, señora M. B.

En lo que aquí interesa, actora y demandada se unieron en concubinato aproximadamente en marzo de 2000. El 2 mayo de 2002, decidieron viajar a España con la intención de trabajar y radicarse en ese país. El 20 de septiembre de 2003 el progenitor regresó a la Argentina para reinstalarse y el 24 de diciembre del mismo año, viajó la niña en compañía de un familiar, fecha a partir de la cual ha convivido con él.

Por su parte, la señora M. B. retornó al país en septiembre de 2004 y se asentó en la ciudad de Mar del Plata.

Las partes discrepan respecto del motivo de la vuelta al país de la niña. Según la madre, el acuerdo era que pasaría las fiestas con el padre y luego volvería a España; en cambio el señor M alega que el viaje fue para que se quedara definitivamente.

2°) El juez de primera instancia consideró que de acuerdo con lo dictaminado por la defensora de menores, en ese estado del proceso, resultaba inconveniente innovar acerca de la situación de la menor, sin perjuicio de lo que se resolviese sobre la tenencia definitiva.

Esta decisión fue revocada por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que otorgó la tenencia provisoria de C a la madre.

Para así resolver, los camaristas afirmaron que si bien se trataba de una medida provisional coincidía con el objeto del juicio principal. Además, destacaron que de la entrevista mantenida con los padres surgía que ambos amaban

profundamente a su hija, pero que como vivían a 400 km de distancia inevitablemente la tenencia debía recaer en uno sólo de ellos.

Hicieron referencia a lo informado por la asistente social del juzgado, en cuanto a que no habían indicadores que demostraran que la señora M. B. no estuviera capacitada para cumplir con su rol de madre y, luego de referirse al sexo y la edad de la niña —5 años—, afirmaron que era aquélla quien estaba en mejores condiciones para cubrir las necesidades físicas y formativas de la menor, con sustento en el artículo 206, inc. 2 del Código Civil.

Al mismo tiempo aclararon, que si bien era cierto que tal decisión traería aparejado un proceso de readaptación para C, pues se trataba de una ciudad diferente y el comienzo de estudios en otro colegio, en razón del inminente casamiento del padre, también sufriría una modificación en su esquema de vida de seguir residiendo con él ya que se incorporaría su cónyuge.

3°) Contra esta decisión, el padre de la niña interpone recurso extraordinario (fojas 300/317), cuyo rechazo origina la presente queja.

El señor M denuncia que los criterios de atribución de la tenencia en los que se fundó el órgano juzgador, fueron invocados de un modo genérico, lo que contraría la manda constitucional que exige reparar en cada caso cuál es el interés superior del menor.

Añade, que aunque se trate de una solución provisoria, el perjuicio que le causa a C es actual y real, ya que si la sentencia resolviese finalmente que debe vivir con él, sufriría un nuevo y traumático cambio de entorno, familiar, educativo y social.

4°) El fallo recurrido es definitivo, pues resuelve

en contra del interés que se aduce protegido por una norma contenida en la Constitución Nacional, el que no podrá ser revisado una vez dictado el pronunciamiento final.

En el caso, el apelante ha invocado que la decisión de otorgarle la tenencia provisoria de la niña a la madre viola el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta regla constitucional resulta aplicable durante el curso del proceso, pues prescribe que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen… los tribunales… una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Por lo tanto, resulta ineficaz su tratamiento al momento del fallo último.

5°) Sentado lo anterior, los agravios traídos por la parte recurrente han planteado una cuestión federal que hace procedente el recurso deducido, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de las normas de un tratado internacional enumerado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.1), tal como ella ha sido interpretada por la jurisprudencia de este Tribunal y la sentencia del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el recurrente funda en ella (artículo 14.3 de la ley 48).

6°) Cabe revisar entonces, si la alzada ha reparado en la recta interpretación de la cláusula del artículo 3.1 de la CDN, en lo que respecta a decisiones provisionales que pueden ocasionar un trauma al niño y en la muy exigente justificación que una medida de ese tipo requiere de conformidad con los precedentes de esta Corte.

En el expediente S.1801.XXXVIII "S.C. s/ adopción" (Fallos: 328:2870), fallado el 2 de agosto de 2005, voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay, se consideró que la regla del artículo 3.1 de la CDN que ordena sobreponer el

interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene —al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias—, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto.

En otro orden de ideas, se afirmó que en la medida que todo cambio implica un "trauma" para el niño debe demostrarse que no llevarlo a cabo le causaría un daño mayor o más grave.

Tales reglas hermenéuticas son la que deben regir la solución del caso, sin que resulte óbice para ello que el expediente citado haya sido sobre una adopción y el presente acerca de una tenencia, pues en definitiva, lo que se trata de interpretar es el "interés superior del niño" (artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) ante decisiones judiciales que pueden perjudicarlo.

7°) En la sentencia impugnada, los jueces expresaron: "hace pocos días que C ha cumplido los 5 años, por lo que no resulta desdeñable considerar los alcances del art. 206 inc. 2°, primera parte del Código Civil, ya que teniendo en cuenta la edad y el sexo de la niña se supone que la madre posee las mejores condiciones naturales para cubrir las necesidades físicas y formativas de aquélla".

Como puede notarse, el cambio de la tenencia se apoyó en la presunción genérica según la cual siendo el menor de estos autos de sexo femenino, resultaba más adecuado la convivencia con su madre y en el criterio legal que sigue esa

línea establecido en el artículo 206, inciso 2°, primera parte del Código Civil, aún cuando se reconoció que la niña había superado el límite de edad allí fijado.

Lo expuesto, permite afirmar que para la alzada los datos de orden natural, como la edad y el sexo, bastan para elegir a la madre como custodia inmediata de su desarrollo, sin consideración a las particularidades del caso concreto.

8°) Dicho lo anterior, se advierte que el razonamiento empleado por la cámara implicó un punto de partida equivocado. Era la conveniencia de C lo que debía justificar cambiar su *status quo* y no, la invocación apriorística de motivos de orden "natural".

Cabe destacar, que no existe en la Convención sobre los Derechos del Niño preeminencia alguna a favor de uno de los padres. Tal es así, que su artículo 18 dispone el compromiso del Estado de garantizar la responsabilidad de ambos progenitores en la crianza y el desarrollo del hijo.

Por su parte, la pauta según la cual los distintos grados de la evolución psico-social de un niño, pueden hacer aconsejable mayor o menor participación de uno de los dos padres en su educación y formación, fue seguida como una premisa autoevidente por los camaristas para preferir que provisoriamente la niña viviese con su madre.

Respecto del artículo 206, inciso 2° primera parte del Código Civil, los vaivenes que su redacción ha tenido a lo largo del tiempo demuestran el conflicto de valores que involucra y que no se trata de una regla estanca. Así, el artículo 206 del Código Civil establecía que los menores de 5 años quedarían siempre a cargo de la madre. A su turno, el artículo 76 de la Ley de Matrimonio Civil suprimió el término "siempre" y, la reforma introducida por la ley 17.711 especificó que la preferencia por la madre quedaba descartada frente

a "causas graves". Finalmente, la ley 23.515 modificó el concepto de "causas graves" e incluyó todas las situaciones que "afecten el interés del menor".

9°) En conclusión, dado que en el fallo impugnado no se han brindado razones que aconsejen un cambio de tenencia fundadas en el mejoramiento de la situación de la niña, la decisión tomada implicó considerar absolutos ciertos principios y ante el conflicto entre el interés del niño y el de sus progenitores, darle preeminencia a este último, que es justamente lo contrario a lo que propicia la directriz cuya inteligencia se cuestiona.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con Costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito. Notifíquese y devuélvase. E. RAUL ZAFFARONI.

ES COPIA

Recurso de hecho interpuesto por **el actor**, con el patrocinio del **Dr. Rubens D. Galante**
Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 7**