Rawson, 22 de septiembre de 2022.

------ **VISTOS**: ----------

------ Estos autos caratulados: **«Recurso de Queja en autos: "S. S., Y. E. c/ B., B. s/ Incidente de modificación de convenio en autos (Expte. Nº 276/2017)" (Expte. Nº 122/22)»** (Expte. N° 25653 - 2022). ----------

------ **DE LOS QUE RESULTA**: ----------

------ La parte demandada interpuso (hojas 47/53 vta. y 56/58) recurso de queja contra la sentencia interlocutoria de la Cámara de Apelaciones de Esquel (hojas 45/46) que declaró inadmisible la casación incoada contra la sentencia interlocutoria N° 164/2022 (hojas 21/22 vta.). ----------

------ Estructuró el recurso directo en cinco apartados. En los dos primeros identificó el objeto y los recaudos formales, en el tercero expuso los antecedentes y en el cuarto desarrolló los agravios. ----------

------ En primer lugar, se agravia por considerar que la cámara omitió expedirse respecto a la causal de quebrantamiento de formas que dice haber interpuesto conjuntamente con la de arbitrariedad. ----------

------ Expresó, que en este sentido, el fallo en crisis omitió: **a)** reconocer que se la intimó a cumplir un plan de parentalidad presuntamente homologado y refirió al Expte. Nº 267/2021, con expresa cita de la SI de fecha 30/11/2021. Explicó que la causa mencionada fue contra los abuelos paternos y que acordaron tomar a su cargo más de dos años de asistencia alimentaria impaga y las cuotas sucesivas a favor de su nieta. Destacó que no se trata de un plan de coparentalidad, como lo mencionó el juez subrogante de Lago de Puelo, extremo que no pudieron desconocer la jueza titular, ni la cámara interviniente; y **b)** escuchar a U., en un todo de conformidad a lo dispuesto en el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, escudándose el tribunal, en que se la había oído hace más de nueve meses, en la oportunidad de intervenir en el

expediente citado, sin evaluar las circunstancias que llevaron a su madre a mudarse a la ciudad de San Rafael, provincia de Mendoza (refirió a violencia denunciada en la causa acumulada); y con ello, la negación a indagar su situación actual, su bienestar, su estabilidad emocional, interrumpiendo su primer grado en un ciclo escolar ya avanzado. ----------

------ En segundo término, se agravió de los cuestionamientos realizados por la cámara, en orden a la causal de arbitrariedad y de su consideración que la sentencia interlocutoria atacada es ajustada a derecho. Expresó que va contra cualquier razonamiento lógico no hacerse cargo de un convenio de parentalidad inexistente y de no escuchar a la niña en la nueva situación que atraviesa con respaldo en que se lo hizo nueve meses en otra causa y en otro contexto. Haciéndolo -además- a *contrario sensu* de su obrar en otras causas, que fueron referidas tanto en el planteo de nulidad como en el recurso de casación (*sic.)* Al final, destacó expresamente que el razonamiento del Asesor en la vista que contesta ante la cámara, también va contra toda lógica: opinó en primera instancia luego de la audiencia celebrada pero desistió en segunda instancia de escuchar a U., sobre la base de esa audiencia que lo había llevado a pedir su escucha (*sic.)*. Calificó su razonamiento de ilógico e irracional contra cualquier pensamiento congruente que pude tenerse. ----------

------ En el último acápite propuso como solución que se conceda la presente queja, se habilite el recurso de casación y se declare, en definitiva, la nulidad de la SI 164/2022. ----------

------ **CONSIDERANDO**: ----------

------ **I.** De manera preliminar, corresponde señalar que el recurso de queja es una solicitud formal y fundada, dirigida a este Cuerpo para que revise el examen de admisibilidad que concretó la cámara *a quo* al desechar la casación (STJCh, SI Nros. 119/SRE/2016, 209/20, 234/21, 02/2022, entre muchas otras).

------ Esta presentación directa, como recurso extraordinario que es, debe autoabastecerse y demostrar el desvío jurisdiccional de la denegatoria (SI N° 84/SRE/2017 y sus remisiones) y se examinará con estrictez, sin que pueda el tribunal suplir de oficio las omisiones en que incurra la parte (SI N° 103/SRE/2017 y sus remisiones). ----------

------ **II.** Siguiendo esas directrices, corresponde analizar el cumplimiento de los recaudos formales. ----------

------ El tal sentido, la presentante cumplió los requisitos de interposición de lugar y tiempo (art. 302, CPCC). Del mismo modo, satisfizo la exigencia de la regla 4 del Ac. Plenario 3821/09-STJ, en relación con la cantidad de páginas, renglones y tipo de letra; adjuntó la carátula en hoja aparte (regla 5) y las copias que requiere la regla 7 del acuerdo reglamentario. ----------

------ **III.** En cuanto al fundamento de la presentación directa, que la parte actora desarrolló en el ap. IV (hojas 51/52 vta.), *prima facie* es posible adelantar que el recurso en examen no tendrá acogida favorable. Ello así, porque la queja no satisface la principal carga procesal que le impone la regla 6 del acuerdo reglamentario, esto es, demostrar el error en el rechazo del recurso extraordinario local. ----------

------ Nuestro código adjetivo, al regular el recurso de queja en su artículo 286, precisa que debe presentarse *debidamente fundado* y para este Tribunal ello implica que debe exponer una crítica concreta, circunstanciada y prolija de cada argumento esencial del fallo cuestionado, ya que es deber de la presentante rebatir razonadamente las bases principales que sustentan la decisión en conflicto, extremo que no se concretó en este caso (regla 6, Acuerdo Plenario 3821/09; y STJCh, SI N° 119/SRE/2017, con su remisión a la SI N° 69/SRE/1998; y en igual sentido las SI Nros 41 y 196/1994; 91/SRE/2001; 36/SRE/2002; 17/SRE/2004 y 69/SRE/2008, entre otras; y Rosales Cuello, Ramiro. *Algunos Aspectos del Recurso de Queja en la Doctrina de la Corte*

Federal. Rubinzal-Culzoni Editores, Revista de Derecho Procesal, 2011-1, p. 209). ----------

------- Ahora bien, la resolución en crisis, luego de referirse a los términos que surgen del escrito recursivo, incluido el pedido de nulidad por no haberse escuchado a la menor (Cons. 2), desestimó la casación en los siguientes argumentos dirimentes (Cons. 3): **1)** la causal de arbitrariedad es inadmisible (se escuchó a la niña en la audiencia llevada a cabo el día 11/11/2021, Expte. 197/2021); **2)** no se dio en el caso, una efectiva alteración de los hechos o del objeto procesal; **3)** el recurso intentado se presenta como una disconformidad con lo decidido; **4)** no demuestra cuáles son los errores de lógica jurídica que llevan al tribunal a realizar un razonamiento arbitrario y **5)** la sentencia interlocutoria atacada fue fundada y constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa.-

------ El examen detenido de los dos agravios que contiene la queja nos permite confirmar que la impugnante no abordó críticamente cada uno de los fundamentos que sostienen el fallo recurrido. ----------

------ **1.a.-** En lo que respecta al primer agravio que se limitó a señalar que la cámara no se expidió en orden a la causal de quebrantamiento de formas que dijo invocar en casación junto a la arbitrariedad de la sentencia, vale decir, que si bien la alzada -conforme a los términos precisos del fallo en crisis- no se pronunció expresamente por la desestimación de la primera, como lo dice la quejosa, no podemos dejar de considerar sus alcances de manera integral. -----

------- Ello así, toda vez que el tribunal -en verdad- advirtió que la casación interpuesta involucró el quebrantamiento de formas como casual recursiva, según la propia síntesis que surge del segundo considerando y, en ese contexto, expuso un análisis único bajo la órbita de la arbitrariedad. ----------

----- Pero lo dicho no es obstáculo, para que este Tribunal como juez del recurso, y para aventar cualquier suspicacia al respecto pueda considerar el punto en cuestión. ----------

------ Así, de un repaso detallado y preciso de la casación (ID 766876) surge que: **1)** en el punto I) Objeto, se dijo que: "…corresponde la concesión del recurso, declarando la nulidad de la Sentencia cuestionada, dictando un nuevo fallo ajustado a derecho" (p. 3, último párrafo); **2)** en el tramo que titula "Admisibilidad-Antecedentes-Autosuficiencia", segundo párrafo se dijo: "…las causales casatorias que se invocan son las de quebrantamiento de forma y de violación de la ley o doctrina legal, art. 291, inciso *e* (p. 4)"; **3)** en el marco de los recaudos de admisibilidad formal, plazo y forma (ap. III) en un pasaje se expresó que: "…de no declararse la nulidad y de no casarse la sentencia en crisis, se produciría un verdadero sismo en la vida de una niña que ya ha sufrido el atropello de todos sus derechos" […] "En cuanto a las causales casatorias invocamos las pautadas en los arts. 290 y 291 inc. *e* de la Ley XIII N° 5 DJP (ps. 21 y 22)"; **4)** El ap. IV. titulado: "El decisorio- su impugnación- desarrollo de la materia casatoria: Los agravios", el punto 1) se ocupa de la "Nulidad de la Sentencia". En síntesis se funda en dos aspectos que diferencia: **a)** incumplimiento al art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño por no haberse oído a la niña (ps. 22/33) y **b)** confirmación de un decreto que resulta inexistente (prov. 11/03/2022) (ps. 33/35).----------

------ En lo que sigue, es decir, a partir del punto 2) que designa como "Falta de Fundamentación Adecuada" entendemos -en principio- que toda la argumentación que allí construye como la de los puntos subsiguientes, se hace bajo la causal de la arbitrariedad del decisorio. Aquí frente a la crítica deficiente que le indica la cámara, insiste que se le exigió cumplir un plan de parentalidad inexistente y que si ello no es demostrar el error *in judicando* o error sentencial, no sabe cuál es el error que debió señalar. En otros argumentos, dice que el 11 de marzo del corriente, la jueza de origen la intimó a cumplir con un convenio de parentalidad inexistente y el 05 de mayo ordenó la restitución de la menor a la ciudad de Esquel para, supuestamente, generar un régimen comunicacional

con un padre ausente por muchos años, todo lo cual provoca en la menor un importante grado de ansiedad (ps. 35/36). Por último, en la solución que propone (ap. V) pide que se declare nula la sentencia y se dicte un nuevo fallo ajustado a derecho y, en similares términos, lo hace en el petitorio (ap. VII. 3.).

------ En este marco y a la luz de las exigencias propias que el art. 290 del CPCC contempla para el quebrantamiento de formas como causal casatario debemos decir que la casacionista no logró cumplirlas en el caso. Se observa que la crítica, pese a su diferenciación en títulos, presenta una sola línea de análisis que impide establecer cuáles son los argumentos que se intentan hacer valer bajo el ropaje de una y otra senda casatoria (en síntesis, según visión de la incidentista: violación al art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y exigir el cumplimiento de un acuerdo de parentalidad inexistente). --

------ Como es sabido, el rito regula cada canal casatorio de manera independiente (arts. 290 y 291 del CPCC) lo que impide usar una misma fundamentación para remedios que se presentan distintos (promiscuidad recursiva). En otros términos, las hipótesis que presupuestan la procedencia de uno y otro remedio extraordinario son incompatibles entre sí, de modo tal que pretender fundar ambos recursos en los mismos argumentos o entrelazándolos (como sucede en este caso), los hace totalmente inadmisibles. (STJCh, SI 50/SRE/04; SI 26/SRE/2011, 06/SRE/2013, SI 200/2020; SD N° 04/SRE/07, entre otras). Se incumple con la exigencia legal de que los recursos deben deducirse en términos claros y concretos. ----------

------**1.b.-** Sin perjuicio de ello, y aun considerando insuficiente el primero (art. 290, CPCC) y subsistente la arbitrariedad invocada, como lo terminó considerando la cámara en su examen preliminar, lo cierto es, que la queja en estudio no se hace cargo de los argumentos dirimentes que sustentan la desestimación de la casación. ----------
----- El segundo y único agravio que se ocupa del tema (ap. IV.2) es manifiestamente ineficaz. Su argumentación a la par de ser confusa e imprecisa, trasluce un simple cuestionamiento al modo de resolver de la cámara, e incluso

a la intervención de la Asesoría de Familia con reedición de planteos que fueron introducidos en las instancias anteriores y respecto de los cuales la cámara se ocupó de dar respuesta en la SI N° 164/2022. ----------

------ En verdad, no hay un solo razonamiento capaz de rebatir de manera frontal y contundente cada una de las postulaciones del pronunciamiento en crisis (Cons. 3) que en síntesis se pueden subsumir a tres: **a)** se la escuchó a la niña en la audiencia gravada llevada a cabo el día 11/11/2021, en el Expte. N° 197/2021, **b)** no se dio, en el caso, una efectiva alteración de los hechos o del objeto procesal y **c)** el recurso intentado se presenta como una disconformidad con lo decidido. ----------

------ **IV.1.-** No obstante ello, vista la casación, en los términos precisos de su planteo, advertimos que se encuentra fundada en una errónea interpretación de la sentencia, pues dirige su ataque contra fundamentos distintos de los que verdaderamente la sustentan, desentendiéndose de su real estructura argumental y jurídica. ----------

------ De manera impropia, insiste respecto de actuaciones procesales y causas anteriores al presente incidente que no hacen más que descontextualizar justamente el nuevo incidente que intentó la quejosa a la hora de modificar el centro de vida de la niña y que culminó con una oposición expresa del padre y el pedido de la cautelar decretada en autos.----------

------ **IV.2.-** Así, la casación no ofrece embate alguno respecto a la falta de crítica eficiente a la sentencia de origen, en tanto al cuestionar el concepto de "centro de vida de la menor" no dio los fundamentos que demuestren su eventual error in judicando: ilegalidad e injusticia del fallo y, de igual modo, nada dice de la sin razón de sus propias afirmaciones (que su decisión no fue inconsulta y que la jueza no tuvo en cuenta la conducta del padre) cuando de la propia presentación del progenitor surge la contundente oposición al régimen de parentalidad que ofreció y que de hecho -como se dijo- lo llevó a peticionar la medida cautelar ordenada en el caso (Cons. 2: 3er, 4to. y 5to. párrafos). -----

------ Estos aspectos por ser dirimentes, no se encuentran cuestionados en casación y, por ende, llegan firmes a esta Sede. ----------

------ **IV.3.-** No es menor, que dada la cuestión en conflicto, la cámara profundizó su análisis y con citas legales y convencionales sostuvo que para establecer el centro de vida de U. corresponde evaluar las circunstancias fácticas que tuvieron lugar con anterioridad al momento de la intervención judicial. ----------

------ Bajo esta consideración y con respaldo en la ley 26.061 que refiere al lugar donde los niños hubiesen transcurrido en condiciones "legítimas" la mayor parte de su existencia, dejó en claro, que si bien no existió acuerdo de parentalidad alguno entre las partes, al menos -no se encuentra presentado en autos- del propio relato de la madre se desprende que la niña nació en Esquel en el año 2015 y que se desarrolló en esa ciudad por más de seis años hasta que la progenitora decidió mudarse de manera inconsulta y sin la conformidad de su progenitor a la ciudad de San Rafael (Mendoza); además que escuchó a la menor, el día 11/11/2021 en el Expte. Nº 197/2021 de lo que puedo extraer que se encontraba escolarizada (jardín de infantes), que mediaba un régimen comunicacional amplio por vivir con sus abuelos paternos, su papá y su madre; la actividad laboral de sus padres (su mamá trabajaba en la R. y su papá en Esquel y viajaba a Pico Truncado), tiempo de convivencia con los abuelos (a las 8:30 iba a la casa de los abuelos y a las seis de la tarde volvía con su mamá, que algunos días se quedaba con los abuelos, como los sábados y domingos) y con su padre (pedía que le cocine y que también le lleve comida del lugar donde trabajaba cuando estaba en Esquel). ----------

----- La cámara, en mérito a ello y al propio relato de la madre en sus escritos recursivos y con la salvedad que la entrevista con la niña fue con anterioridad al cambio de residencia efectuado por su madre a Mendoza, consideró que la menor tuvo su centro de vida y su residencia "habitual" en la ciudad de Esquel (Dto. Reglamentario Nº 415/06 de la Ley 26060 y art. 3 de la Ley 26061) y que hasta antes del traslado, el plan de parentalidad acordado tácitamente fue el

cuidado personal compartido (arts. 649 y 650 CCCN), opción que mejor protege el derecho de los niños, de modo que el cuidado unipersonal pretendido por la madre de manera inconsulta e impuesta, como lo establece el art. 651 es excepcional y se otorga cuando la modalidad compartida "…no sea posible o resulte perjudicial para el niño". Concluyó, que este tipo de cuidado desvincula al hijo de uno de sus progenitores y, de hecho, esto ha ocurrido en autos sin siquiera requerirse judicialmente este cambio. ----------

----- Frente a tales definiciones, los argumentos que introduce la casacionista en el punto IV., aps. 2 y 3 no se hacen eco de sus precisos alcances, al punto que solo introduce apreciaciones subjetivas cuestionando impropiamente el modo de resolver del tribunal de primera instancia y desvía el eje del razonamiento de la cámara remitiendo a la lectura de la demanda de un incidente del que surgen, según sus dichos, el grado de violencia al que siempre estuvo expuesta con su hija (Expte. 282/2020), con lo que patentiza no solo la ausencia de réplica eficiente a la sentencia en la porción de análisis sino que, además, acude a la técnica equivocada de reeditar pasajes de presentaciones anteriores con debida respuesta jurisdiccional (v.gr.: del escrito digital, ID 605982 del 16/03/2022), falencias recursivas que, sin dudas, malogran el recurso y a la par, ponen en evidencia una conducta incompatible por contradictoria en razón a la nueva propuesta que le presenta al padre por conducto del presente incidente en el que pretende una modificación del plan de parentalidad con un régimen de comunicación amplio a su favor. ----------

------ Por otra parte, a todo evento, tampoco podría este Tribunal entrar a considerar como legítimas y dirimentes, según lo pretende la casacionista (ap.IV.3, último párrafo), las nuevas condiciones en la que se encuentra U. (tiempo de residencia, escolarización, etc) para justificar la conducta ilícita que asumió al modificar en forma inconsulta, unilateral e intempestiva su lugar de residencia habitual, so pena de vulnerar -justamente- la normativa vigente en la materia que tiene como sujeto de protección a la niña. Es que no debe olvidarse que toda petición debe hacerse desde una posición que se ajuste a la legalidad y buena fe, pues la justicia no puede avalar el uso disfuncional de los derechos.

------ Vale recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por ley 23.849 e incorporada al texto constitucional con la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22) considera en el art. 3 la prevalencia del interés superior del niño frente a toda medida proveniente de los distintos ámbitos que lo afecten de una manera directa, convirtiéndose en una pauta directriz en la resolución de conflictos que involucren al niño y al resto de su familia (sistema de protección integral) y, en sintonía con este principio, tenemos que el CCyC en materia de responsabilidad parental (en cabeza de ambos adultos aunque no vivan juntos) aborda a las niñas, niños y adolescentes como sujetos claros de derechos.------

------ Esta y no otra fue la línea rectora que siguieron las instancias anteriores, en el caso. Ambos tribunales fueron claros y contundentes al respecto y, por esto, coincidimos que no se encuentra en conflicto el poder modificar el centro de vida de la niña o arribar a nuevos acuerdos sino que la modalidad adoptada sea conforme a la ley, deber impuesto no por capricho, sino para priorizar en definitiva, el interés superior de U., como lo dijo la jueza de grado (SI 566/2022) y después, en similares términos, los camaristas en la SI 164/2022 (Cons. 2): "…el lugar de residencia habitual del niño no puede ser creado ilícitamente por uno de los progenitores y en contra de lo que dispone el ordenamiento jurídico ni la realidad hasta el momento…".----------

----- De suyo, tampoco podemos eludir que conforme se dirimió el caso, la cámara intenta garantizar el derecho a la coparentalidad de la niña, componente esencial del mencionado interés superior que le asegura el mantenimiento de una relación estrecha y fluida con ambos padres, más allá de las contingencias que puedan atravesar la relación de la pareja parental. ----------

------ En conclusión, la casación fue correctamente desestimada por la cámara. La recurrente no logró demostrar que la solución adoptada sea contraria al interés superior de la niña, ni mucho menos, se hizo cargo de la ponderación que la cámara hace del principio rector en juego, conforme a las constancias comprobadas de la causa. ----------

------ **IV.4.-** Por último, y en mérito a las consideraciones precedentes, corresponde señalar que los argumentos que contienen los puntos 6, 7 y 8 del memorial de agravios, también resultan impropios de la vía recursiva en examen, en cuanto transitan el sendero de las meras discrepancias con el criterio de apreciación de los camaristas. ----------

----- **V**.- En definitiva, de conformidad a las consideraciones precedentes, esta Sala no encuentra crítica suficiente para desvirtuar lo decidido por la alzada, por lo que corresponde desestimar la queja impetrada, sin regular honorarios a la letrada interviniente (art. 3 de la LH vigente y regla 11 del Acuerdo Plenario 3821/09-STJCh). ----------

------ Por ello, la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de Familia, Rural y de Minería del Superior Tribunal de Justicia: ----------

---------- **R E S U E L V E** ----------

------ **1°) DECLARAR** inadmisible el recurso de queja interpuesto por la parte demandada, B. B. B., sin regular honorarios. ----------

------ **2°) REGÍSTRESE**, notifíquese, y oportunamente, por Secretaría remítanse estos actuados a la Cámara de Apelaciones de Esquel para que los envíe al Juzgado de origen a sus efectos. ----------
Fdo. Silvia A. Bustos, Dr. Ricardo A. Napolitani y Dr. Mario Vivas.

Registrada el 22/9/2022 bajo el N° /2022. CONSTE.
Fdo. Claudia Tejada. Secretaria.