

C., E. E. c. D., L. P. s/tenencia de hijos

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sala: F

Fecha: 01 de febrero de 2002

Fallo:

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina a los 14 días del mes de febrero de 2002, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, para conocer en los autos del epígrafe, respecto de las cuestiones sometidas a su decisión, a fin de determinar si es arreglada a derecho la sentencia apelada.

Practicado el sorteo correspondiente resultó el siguiente orden de votación, señores jueces de Cámara, Dres. Posse Saguier, Highton de Nolasco y Burnichón.

A las cuestiones propuestas el doctor Posse Saguier dijo:

I. E. E. C. promueve la presente acción contra L. P. D. a fin de obtener la tenencia de su hijo M. B. C. fundado en el deseo de su hijo de convivir con él, aclarando que siempre la tenencia fue detentada de hecho por la madre no existiendo reclamo legal alguno de su parte a este respecto.

A su vez, la accionada solicita el rechazo de la petición por entender que el padre no está en condiciones de asegurar el bienestar del menor y solicita para sí la tenencia de su hijo y, en subsidio, pide se fije un régimen de tenencia compartida.

La sentencia de primera instancia, con dictamen favorable del señor defensor de menores de primera instancia, dispuso otorgar la tenencia del menor M. B. C. a su padre E. E. C. Impuso las costas del proceso a la accionada que resultó vencida.

Contra dicho pronunciamiento se alza la demandada quien expresó agravios a fs. 169/ 172, los que fueron respondidos por su contraparte a fs. 176/176 vta. A fs. 178/178 vta. obra el dictamen del señor defensor de menores de Cámara, quien propone la revocación de la sentencia recurrida y se otorgue la tenencia compartida del menor a favor de ambos progenitores.

II. La queja de la apelante ya no apunta a solicitar el rechazo de la tenencia del menor otorgada al padre, sino a que aquella no se hubiese concedido a ambos progenitores. Dicha tesitura es avalada por el señor defensor de menores de Cámara en su dictamen quien también propicia la modificación del decisorio con ese alcance.

En primer lugar, propicio es recordar que en materia de tenencia de hijos debe prevalecer, como factor decisivo de toda determinación judicial, el interés de los menores, su conveniencia moral y material, ello sin perjuicio de que se contemplen los intereses y afectos de los padres en cuanto no se

opongan a los de los hijos (conf. CN Civ., sala C, agosto 23-1983, T.M.A. c. C.B.N.).

Con relación a la posibilidad de otorgar la tenencia a ambos padres -tal como lo he señalado en mi comentario al art. 206 (conf. Llambías, Código Civil Anotado, t. I-A, pág. 654 y sigte.)-, la doctrina y la jurisprudencia tradicionalmente formularon reparos a esta clase de soluciones fundadas, principalmente, a que la ruptura de la convivencia de los padres obligaba a atribuir la tenencia de los hijos a uno sólo de ellos, sin perjuicio del amplio régimen de visitas que pudiera acordarse al otro. Casi siempre se entendió inconveniente que ambos progenitores pudieran ejercer la tenencia en forma alternada o compartida y, en todo caso, debía ser una solución de carácter excepcional, habida cuenta que significaba someter a los hijos menores a dos regímenes de vida distintos y en forma alternativa, con posibles incidencias en su educación y futura formación (conf. Gowland, A. J., Existe la tenencia compartida en nuestro derecho, nota a fallo LL, 1983-C-255; Guastavino, E. P., Régimen de visitas en el derecho de familia JA, 1976-I-654; Mazzinghi, J. A.(h.) y Carpineti de Hughes, R., La ruptura matrimonial y la importancia de ajustar la función paterna a una nueva realidad (Tenencia compartida, régimen de visitas y alimentos en especie) ED, 158-1007; véase también CN Civ., sala F, LL, 1989-B-606 (38.092-S). Así, se sostenía que el sistema vulneraba el buen orden, la claridad en las consignas diarias, el sentido de pertenencia y estabilidad que necesariamente requiere un menor para su mejor y más completo crecimiento. Sin embargo, en la actualidad, este criterio ha sido cuestionado, ya que hay autores que han salido en defensa del régimen alternativo utilizando diversos argumentos. Entre otros, se indica que este sistema atenúa las consecuencias nocivas que se producen en los hijos a partir del alejamiento de uno de los padres del hogar común; que permite un mayor protagonismo de ambos en la vida cotidiana de sus hijos, evitando el sentimiento de pérdida que experimentan en relación con el padre no custodio; que el reparto de las cargas resulta más equitativo ya que, de esta manera, no sólo pesan sobre el padre-guardador, etc. (conf. Grosman, C., Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia, LL, 1993-B-1089; íd. La tenencia compartida después del divorcio, nuevas tendencias en la materia, LL, 1984-B-806; Rabinovich, S. B., La tenencia compartida, una alternativa ante el divorcio de la pareja con hijos, LL, 1992-A-532; Yarke, M. C., Un derecho del menor; la tenencia compartida, LL, 1993-A-1038). Por su parte, Mizrahi se inclina por considerar inconveniente el régimen de la tenencia alternada sólo cuando los hijos no han adquirido madurez suficiente (doce o trece años) ya que, a partir de esa edad, los problemas son menores, debiendo considerarse cada caso en particular (conf. Familia, matrimonio y divorcio, punto c, apart. B, fs.418 y sigtes). A su vez, Zannoni señala que la guarda a ambos progenitores debe ser aconsejada en cada supuesto, debiendo contar el juez con la información que justifique la conveniencia de esa decisión para el menor (conf. Derecho Civil. Derecho de Familia, vol. 2, núm. 781, pág. 205).

Por su parte, si bien los tribunales han reconocido que la tenencia compartida implica reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales, responsabilidades y deberes (conf. CN Civ., sala J, LL, 1999-D-479), también se ha destacado que esa solución debe ser

excepcional, teniendo en cuenta que significa someter a los hijos menores a dos regímenes de vida distintos y en forma alternativa, con posibles incidencias en su educación y futura formación (conf. CN Civ., sala E, LL, 1989-B-606 [38.092-S]). Por otro lado, mi distinguida colega de sala, la doctora Highton de Nolasco -en función de los cambios legislativos introducidos por las leyes 23.264 [EDLA, 1985-184] y 23.515 [EDLA, 1987-A-330]- admite la validez de los acuerdos que celebren los padres sobre este punto. Es innegable que cuando ambos padres solicitan la tenencia compartida, una vez producida la ruptura, este sistema es el que mejor asegura la permanencia de ambos progenitores en la atención de los hijos. La ausencia de conflicto, hace que se asegure, de este modo, un mejor resguardo de los roles paterno y materno que redundará en beneficio de los menores, colocándolos en un pie de igualdad, evitando los tironeos que implica colocar a uno de ellos como titular de la custodia o tenencia y al otro como beneficiario del régimen de visitas, institutos a los que cabe recurrir en los casos en que el servicio de justicia requiera imponer un orden que los adultos interesados no pueden obtener por ellos mismos (conf. Pautas para mediadores: tenencia, guarda, visitas y la amplitud de posibilidades de la mediación en Derecho de Familia, Rev. Interd. de doct. y jurisp., N° 12, pág. 7).

Por mi parte, coincido en que, lo delicado de la cuestión, hace que ésta no puede ser resuelta en función de parámetros genéricos, sino que debe serlo de conformidad a las particularidades de hecho que presente cada caso, fundamentalmente, ponderando la conveniencia o no del régimen propuesto respecto de los menores involucrados y del resto del grupo familiar conviviente.

Como bien lo señala luego -citando a Salzberg-, el ejercicio compartido de la patria potestad no implica necesariamente tenencia alternada sino la asunción compartida de autoridad y responsabilidad en relación a todo cuanto concierna al niño y, en definitiva, el respeto de su derecho a continuar contando afectivamente y realmente, con un padre y una madre (conf. nota a fallo Una acertada decisión judicial sobre patria potestad compartida, LL, 1999-D-477).

En la especie, coincido con la argumentación de la demandada en el sentido que el hecho de que el juzgador haya entendido que el padre era idóneo para ejercer la tenencia del menor no la descalifica para que también pueda otorgársele a ella. Más aún, si se advierte el informe social que si bien los padres mantienen una situación conflictiva, lo cierto es que con relación a sus hijos -tal como lo destaca el señor defensor de menores de Cámara han logrado en los hechos acordar una situación que mejor contempla el interés de ellos, particularmente en lo que respecta a M. en su decisión de ir a vivir con su padre que fue apoyada por su madre y con la cual mantiene una muy buena relación, así como también con sus hermanas que conviven con aquella; incluso, es de advertir que M. mantiene una habitación en la casa de su madre, donde pernocta dos o tres veces por semana. Por tanto, y toda vez que el actor ni siquiera ha cuestionado la idoneidad de la madre para detentar la tenencia en cuestión y, menos aún, que se hayan arrojado elementos de convicción en tal sentido, así como también ponderando la edad del menor -18 años- juzgo razonable el reclamo formulado por la apelante.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor defensor de menores de Cámara, si mi voto fuese compartido propongo modificar la sentencia recurrida otorgándose la tenencia del menor M. B. C. a favor de ambos progenitores. Las costas de ambas instancias habrán de ser soportadas por su orden, teniendo en cuenta las particularidades del caso.

Por análogas razones a las aducidas por el vocal preopinante, la Dra. Highton de Nolasco y el Dr. Burnichón votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Autos y Vistos: Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede se modifica la sentencia recurrida otorgándole la tenencia del menor M. B. C. a favor de ambos progenitores. Las costas de ambas instancias habrán de ser soportadas por su orden, teniendo en cuenta las particularidades del caso. Pasen los autos a estudio por honorarios. Notifíquese junto con el auto regulatorio y oportunamente devuélvase. - Fernando Posse Saguier. - Elena I. Highton de Nolasco. - Ricardo L. Burnichón.