

NEUQUEN –ARGENTINA-

FAMILIA

Nro de Fallo : 158/06
Tribunal : Cámara Civil Fecha: 11/02/2006
Secretaría: Secretaría Sala I Sala: Sala I
Protocolo: 158 - T° V - F° 897 / 903 Tipo Resolución: Sentencias
Carátula: "O. M. A. C/ M. M. S/ TENENCIA" Nro. Expte: 6465-Año 2002
1er. Voto Dr. Lorenzo W. García Disidencia:
Por su Voto:
Integrantes 2: Dr. Enrique R. Videla Sánchez

Voces: Tenencia de hijos menores.

Sumario:

TENENCIA DE HIJOS MENORES.

Interés superior del niño.

Opinión del niño.

Síndrome de alienación parental.

TENENCIA PROVISORIA.

COSTAS EN EL ORDEN CAUSADO.

" Y bien, en el delicado caso que nos toca resolver, hemos advertido -en consonancia con dictámenes periciales rendidos en las actuaciones acumuladas y la entrevista personal con el menor- la notable influencia del padre sobre el niño, la transferencia de rencores derivados de la ruptura de la relación de pareja y la creación de un fuerte vínculo solidario entre ambos en demérito de la madre.

Sopesando los elementos de juicio susceptibles de inclinar la decisión a favor del progenitor que conforme mejor el interés superior del niño, nos expedimos en sentido favorable a la madre, teniendo en cuenta la conveniencia de mantener y robustecer los vínculos familiares (hermana y hermanos por ambas partes, status quo representado por el ámbito escolar y de amistades entabladas durante los primeros años de escuela primaria, menor grado de conflictividad y resistencia frente a la revinculación con la contraparte, etc.).

Todo ello, no obstante, de los antecedentes del caso en relación con la conducta del menor y la determinación trasuntada en la entrevista personal en el sentido de permanecer con el padre, se estima conveniente supeditar la decisión definitiva –aunque siempre revisable- respecto del régimen de tenencia, a la previa implementación de tenencia provisoria durante el período

de vacaciones, lapso en el cual S. deberá permanecer con la madre, desde la finalización del período lectivo del presente año y hasta el comienzo del correspondiente al año 2007, debiendo evaluarse entonces la conveniencia de su restitución al padre, supeditada a la audiencia del menor y su evaluación a través de la intervención del profesional psicólogo que se designará al efecto."

NEUQUEN,

2 de noviembre de 2006.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "O. M. A. CONTRA M. M. S/TENENCIA" (EXP N° 6465/2) venidos en apelación del JUZGADO DE FAMILIA NRO. 1 a esta Sala I integrada por los Dres. Lorenzo W. GARCIA y Enrique Raúl VIDELA SANCHEZ con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO DE GIORGETTI, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Lorenzo W. GARCIA dijo:

I.- Contra la sentencia de fs.511/518 que rechazó la demanda de tenencia incoada por el progenitor del menor S. O., apela el actor, fundando sus agravios a fs.537/544, siendo contestado el traslado de los mismos a fs.546/548.

Destaca el recurrente que ha acreditado fehacientemente la voluntad del niño en el sentido de permanecer con su progenitor, tal como lo afirman los testigos e informes acompañados, así como que el juzgado ha otorgado al padre la tenencia provisoria –como medida cautelar-, ratificada en las cuatro oportunidades en que la madre solicitó su reversión.

Tras agravarse contra la sentencia por atentar contra la garantía constitucional de igualdad ante la ley, contra el debido proceso legal, la teoría de los actos propios, la coherencia que debe regir el accionar jurisdiccional, pasa a analizar los yerros incurridos en la sentencia.

Solicita la remisión de las fojas reservadas en cumplimiento de lo resuelto a fs.89, que fuera revocado por la Alzada.

Controvierte la calificación disvaliosa asignada por el a quo por lo que llama "sobreactuación procesal" de su parte, consistente en la producción de testimoniales calificadas, informe del Jardín de Infantes y test psicológico, todos contestes en la voluntad del menor de permanecer con el padre.

Pone de resalto la actitud mendaz de la contraparte, particularmente al negar la nueva relación de pareja.

Que se le reproche falta de colaboración y respeto por las decisiones judiciales, sin evaluar las varias oportunidades en que debió solicitar la ayuda de terceros para persuadir a S. para el cumplimiento del régimen de visitas.

Niega haber antepuesto sus intereses personales al superior del menor, como se le reprocha en la sentencia, como así también haberle inculcado un modelo de falta de respeto a la ley.

Destaca las pruebas que avalan su idoneidad para el ejercicio de la tenencia del menor, evidenciada por la mejora en el rendimiento escolar a partir de la fecha en que se le otorgó la tenencia provisoria.

Acusa soslayamiento de la voluntad expresa y dirimente del menor involucrado.

Se agravia por la permanente alusión del fallo a los problemas de pareja existentes entre los padres y cita jurisprudencia en relación con la conveniencia de mantener el status quo.

Niega que su radicación en la provincia de San Luis pueda afectar la revinculación con la madre, explicando las razones que motivaron tal traslado.

Rechaza los conceptos referidos a la idoneidad de la madre, que no pudo evitar ni advertir las veces que S. se escapó del hogar.

Se queja por la decisión de someterlo a tratamiento del Gabinete Interdisciplinario durante el proceso de revinculación, toda vez que no se lo puede obligar a residir en Neuquén.

Finalmente solicita se lo exima de costas, habida cuenta que la tenencia provisoria que le fuera conferida en carácter de medida cautelar tornó necesaria la interposición de la demanda.

II.- De la atenta lectura de las actuaciones, incluyendo las causas acumuladas, infiero que no cabe descalificar a ninguno de los progenitores en pugna, respecto de la aptitud para ejercer la guarda o tenencia del menor.

Tal como suele ocurrir en estos casos, la imposibilidad de llegar a una solución "salomónica" y la consiguiente necesidad de optar, nos confronta muchas veces con la disyuntiva de discernir entre lo excelente y lo óptimo, frente a dos personas que aman a su hijo y pretenden lo mejor para su futuro.

En dos causas que guardan analogía con la presente ("M. J. R. C/ H. B. S/TENENCIA" (EXP. N° 9252/3 y "B. G. I. I. C/ C. J. L. S/REGIMEN DE VISITAS" (EXP N° 171381/97), tuve ocasión de hacer referencia al denominado "síndrome de alienación parental", cuya sintomatología típica asoma en el sub caso, y en base a cuya constatación es necesario examinar crítica y cuidadosamente la voluntad del menor, sin perjuicio de que siempre debe ser escuchado a partir de cierto grado de madurez.

Dije entonces: "Pero debe partirse de la base de que dicho "interés superior" no necesariamente ha de coincidir con los deseos o preferencias del menor, ni rendirse frente a la negativa espontánea o inducida a mantener el contacto con alguno de sus progenitores".

En tal sentido, y también con ánimo introductorio, me permito citar doctrina autorizada, vinculando la actitud de los menores en casos como el que aquí nos ocupa, con el denominado "síndrome de alienación parental", tal como se desarrolla en bibliografía obtenida a través de Internet y en ensayos sobre el tema publicados en Neujus -8 de mayo de 2006-:

"Se denomina Síndrome de alienación parental (SAP) al proceso destinado a romper el vínculo de los hijos con uno de sus progenitores. El término fue propuesto por el Doctor en "Psiquiatría" Richard A. Gardner en 1985, como consecuencia del estudio que realizó en casos de divorcios conflictivos o destructivos.

"Características básicas:

"Normalmente, es un fenómeno desencadenado por la madre respecto al padre pero también se observan casos inversos, del mismo modo que no necesariamente se desencadena por divorcio o separación; se observan casos dentro de parejas que mantienen su vínculo, aunque son menos frecuentes.

Gardner distingue tres grados de SAP: leve, moderado y agudo, aconsejando diversas formas de acción para cada uno de ellos y destacando la importancia de distinguir en qué caso se está actuando.

Actualmente existe mucha información sobre este fenómeno, lo cual ha creado legislación sobre la materia en diversos países.

Es característico que los hijos estén involucrados en el proceso de deterioro, hecho que logra provocar el progenitor alienador mediante un mensaje y un programa constituyendo lo que normalmente se denomina "lavado de cerebro". Los hijos que sufren este síndrome desarrollan un odio patológico e injustificado hacia el progenitor alienado que tiene consecuencias devastadoras en el desarrollo físico y psicológico de éstos. Consecuentemente el síndrome afecta también a familiares del progenitor alienado como son: abuelos, tíos, primos, etc. El síndrome de alienación parental está considerado como una forma de maltrato infantil.

Congruentemente con lo expuesto, la Convención sobre los Derechos del Niño, Parte I art.9 edicta que:

1. Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte

de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

3. Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño (En sentido similar ver ¿Qué es el Síndrome de Alejamiento Parental?. Lic. Susana Pedrosa de Alvarez. Neujus 8/5/06.)-

En el caso que nos ocupa, el hijo común, S., de 10 años de edad, fue habido en el curso de una convivencia que duró aproximadamente seis años, mediando entre ambos una diferencia de edad de 24 años, siendo la madre soltera y primeriza, en tanto que el padre tuvo hijos de un matrimonio anterior.

La separación de las partes parece vincularse con una relación sentimental de la madre con quien posteriormente deviniera en su pareja, y con quien tuvo una hija.

Fue una ruptura conflictiva, derivando en actuaciones en el marco de la ley 2212, a partir de una denuncia por malos tratos radicada en agosto de 2000, en base a la cual se produjeron las actuaciones que corren por cuerda (Expte.nº 736/1).

Las partes concertaron un acuerdo sobre la tenencia, régimen de visitas y alimentos, que fuera homologado en el Expte.Nº 2576/1, que también se tiene a la vista, manteniéndose la tenencia en cabeza de la madre hasta que la ocurrencia de una "fuga" del menor refugiándose en la casa paterna (exposición policial de fs.291/292) y la resistencia de éste a reingresar al domicilio materno, determinó un cambio de régimen con carácter cautelar de "no innovar" -26 de abril de 2004- (fs.296, previo dictamen favorable de la Defensoría del Menor, fs.295).

Y bien, dentro del contexto fáctico a que hemos hecho referencia sumaria, y habiendo concretado esta Alzada audiencia para escuchar al menor involucrado con la presencia de la Sra.Defensora del Niño y del Adolescente, estimo conveniente precisar algunas reflexiones que determinarán la decisión que propongo.

En primer lugar me permito disentir con el a quo en cuanto encuentra motivación descalificatoria respecto del progenitor en base a sus características de personalidad, la actuación procesal excesiva y su actitud de incumplimiento de las decisiones judiciales.

Se trata de una persona de cierta edad, que padece la frustración de la relación de pareja conformada con la madre del menor, que en su soledad y resentimiento se aferra al cariño de su hijo menor, operando al efecto con todos los recursos fácticos y procesales que estima conducentes a la

manutención de la tenencia que detenta con carácter cautelar. Nada de ello lo descalifica en su aptitud.

Debe ponderarse, a favor de la madre, la conveniencia de mantener el "statu quo", alterado por la radicación del menor en la provincia de San Luis, con el consiguiente alejamiento del ambiente en que desarrolló los primeros años de su escolaridad primaria, de la convivencia con su hermana –nacida con posterioridad a la separación de los padres y habida con una pareja posterior de la madre-, de los hermanos por parte del padre -residentes en Neuquen- y de la responsabilidad que cabe asignar al progenitor respecto de la actitud de resistencia a la revinculación con la madre que exterioriza el menor en todo momento.

Ha dicho en tal sentido la jurisprudencia que: "Todo padre que ejerce la tenencia de su hijo menor tiene a su cargo deberes de carácter complejo para con él y para con su madre. Al privilegio de la convivencia cotidiana con el menor es necesario correlato el fiel cumplimiento del régimen de visitas establecido por sentencia o acuerdo. Al derecho de fijación de su vivienda en lugar beneficioso para el menor sigue, en el orden lógico, el deber de comunicar fehacientemente ese traslado a la progenitora para que ésta pueda adecuar su rol laboral de tal modo de poder cumplir adecuadamente con su rol maternal. Al derecho de educar al niño se vincula la necesaria insistencia en la participación materna para esos mismos fines, más aún cuando no ha existido pérdida de la patria potestad que es compartida a partir de la sanción de la ley 23.264. Y en general a todo pacto que determine régimen de visitas corresponde su sujeción estricta por ambos padres salvo causas graves debidamente comprobadas. Si de la prueba se evidencia el reiterado incumplimiento del padre a las obligaciones que había contraído y su olvido para con la madre del menor sin justificación alguna, corresponde modificar lo acordado por las partes y otorgar la tenencia del menor a su madre. En ciertos casos el incumplimiento del régimen de visitas por la intervención obstruccionista del padre es actitud denotativa suficiente como prueba de la falta de comprensión del delicado papel que está obligado a desempeñar el progenitor. Esa tenencia implica un comportamiento que autoriza a la vez la fijación de límites y pautas de dirección educativa al menor y, al mismo tiempo, el encauzamiento de la relación afectiva entre el niño y el progenitor no tenedor, máxime si el padre modificó temporalmente su domicilio sin comunicarlo a la madre o al Tribunal como hubiera correspondido en una actitud de buena fe." Autos: B. A. C. J. Y OTRO c/E. R. A. A.s/TENENCIA DE HIJOS. Sent.nº 46523. Magistrados: RESA M. ESTEVEZ BR -Civil- Sala B - 20/06/1989.

"En la medida en que estén dadas las circunstancias que demuestren que el progenitor elegido sea apto para ejercer la tenencia del hijo menor de edad, el

juez no puede desatender los deseos de éste cuando tengan un fundamento atendible, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso y si aunque esa solución pueda producir la lamentable consecuencia de separar a los hermanos impidiéndoles una convivencia bajo un techo común, ello puede remediarse mediante un proceder inteligente de los progenitores, quienes para paliar los efectos del desquiciado matrimonio producido acaso por la intolerancia y el desamor- deben procurarle a los menores una vida efectiva cercana para que, mediante un trato fluido, consigan una comunicación espiritual y un mutuo apoyo en el devenir de la vida." Autos: B., M.G. c/M.A. s/TENENCIA DE HIJOS Y REGIMEN DE VISITAS. Sent.: 09293-Magistrados: LERIDA -Civil- Sala J - 07/07/1994.

"A los efectos de decidir la atribución de la tenencia de un menor, el Juez debe escuchar al hijo cuando su edad lo permita. Ello es así pues parece razonable tomar contacto directo con el menor, es decir, con la persona sobre cuya existencia se toman decisiones trascendentes."- CC0002 MO 31847 RSD-14-95 S 14-2-95, Juez SUARES (SD) G.C.A. c/J.L.L. s/Tenencia de hijos. ED 165, 263 LLBA 1995, 437. MAG. VOTANTES: Suares-Conde-Calosso."El derecho del menor a ser oído constituye una garantía sustancial que fluye de su consideración como sujeto y no mero objeto de derecho." SCBA, AC 71380 S 24-10-1, Juez PETTIGIANI (OP) O., N. L. c/P., D. E. s/Tenencia de hijo. MAG. VOTANTES: Hitters -San Martín- Laborde- de Lázzari- Pettigiani-Pisano. SCBA, AC 78728 S 2-5-2, Juez PETTIGIANI (OP) Suárez de Ramos, Silvana R.c/Ramos, Julio A. s/ Divorcio contradictorio. LL 2003 A, 425 con nota de L. P. Ferraro. MAG.VOTANTES: Pettigiani-Negri-de Lázzari-Salas-Roncoroni.

"La opinión del hijo y su preferencia de vivir con uno de los progenitores no constituye una opción que descalifique al padre no elegido, sino que el deseo expresado aparece sólo como consecuencia de la singularidad del hijo (sexo, edad, personalidad, disposiciones, etc.), de sus necesidades y de una específica dinámica familiar que conduce al reclamo de un cierto sistema de convivencia frente a la separación acaecida. Acontecimientos especiales, personalidad del padre o de la madre, una determinada relación paterno-filial, provocan aproximaciones o rechazos que, incluso, pueden ser recíprocos, pese a la aparente disputa de los cónyuges por la custodia del hijo. Dicho en otros términos, la preferencia de este último no es en definitiva más que la consecuencia de mutuas influencias dentro de un sistema de redes vinculares. La opinión del menor debe, entonces, examinarse como un producto de las relaciones con su mundo interno y con su medio exterior." CC0201 LP 98215 RSD-105-2 S 6-6-2, Juez SOSA (SD) E., J. C. s/Inc. C. de Ten. y susp. Cuota alim.. MAG. VOTANTES: Sosa-Marroco.

"Existen elementos que deben tenerse en cuenta a fin de analizar y evaluar la opinión del menor, tales como la edad, sin determinación estricta, pues es

sabido que a mayor edad se presume mayor capacidad de objetividad y discernimiento, y la interrelación entre el "interés superior" y el deseo del menor, los que fácilmente podrían entrar en colisión con los intereses de sus progenitores. Por ello, la opinión de la menor es relevante, ya que el traslado fuera del medio en el que vive y por necesidades -en este caso las de su madre- que le son totalmente ajenas, puede afectarla de manera determinante." CC0102 MP 129944 RSD-345-5 S 9-6-5, Juez OTERINO (SD) G., L. E. c/C., M. s/Tenencia de hijo; Régimen de comunicación y autorización judicial supletoria. MAG. VOTANTES: OTERIÑO-ZAMPINI.

"Resulta imprescindible mantener el principio de unidad filial preservando la convivencia de los hermanos a efectos de no distorsionar más aún el ya sobradamente menguado núcleo familiar, con mayor razón cuando -como en el caso- se trata de hijos pequeños cuya formación puede resentirse a raíz de su temprana separación." CCCO02 CO 2008 S 31-3-97, Juez: RODRIGUEZ (MA).Rodolfo Elías Jaureguiberry c/Mónica M. Fink s/Tenencia de Hijo, Mag. votantes: RODRIGUEZ - MORENI – SMALDONE.-

Y bien, en el delicado caso que nos toca resolver, hemos advertido -en consonancia con dictámenes periciales rendidos en las actuaciones acumuladas y la entrevista personal con el menor- la notable influencia del padre sobre el niño, la transferencia de rencores derivados de la ruptura de la relación de pareja y la creación de un fuerte vínculo solidario entre ambos en demérito de la madre.

Sopesando los elementos de juicio susceptibles de inclinar la decisión a favor del progenitor que conforme mejor el interés superior del niño, nos expedimos en sentido favorable a la madre, teniendo en cuenta la conveniencia de mantener y robustecer los vínculos familiares (hermana y hermanos por ambas partes, status quo representado por el ámbito escolar y de amistades entabladas durante los primeros años de escuela primaria, menor grado de conflictividad y resistencia frente a la revinculación con la contraparte, etc.).

Todo ello, no obstante, de los antecedentes del caso en relación con la conducta del menor y la determinación trasuntada en la entrevista personal en el sentido de permanecer con el padre, se estima conveniente supeditar la decisión definitiva -aunque siempre revisable- respecto del régimen de tenencia, a la previa implementación de tenencia provisoria durante el período de vacaciones, lapso en el cual S. deberá permanecer con la madre, desde la finalización del período lectivo del presente año y hasta el comienzo del correspondiente al año 2007, debiendo evaluarse entonces la conveniencia de su restitución al padre, supeditada a la audiencia del menor y su evaluación a través de la intervención del profesional psicólogo que se designará al efecto.

Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo: 1º) ordenar que el menor S.O. permanezca con su madre durante todo el período vacacional, desde la

finalización de las clases en el presente año lectivo y hasta el comienzo del correspondiente al año 2007, 2º) Supeditar la decisión referida a la tenencia a la evaluación de su conveniencia en el curso de mes de febrero de 2007, con intervención del profesional psicólogo que se designe al efecto. Tal mi voto.-

El Dr. Enrique VIDELA SANCHEZ dijo: Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.-

Por lo expuesto:

SE RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia obrante a fs.511/518 del siguiente modo: 1º) ordenar que el menor S. A. O. permanezca con su madre M. C. M. durante todo el período vacacional, desde la finalización de las clases en el presente año lectivo y hasta el comienzo del correspondiente al año 2007, 2º) Supeditar la decisión referida a la tenencia a la evaluación de su conveniencia en el curso de mes de febrero de 2007, con intervención del profesional psicólogo que se designe al efecto.-

2.- Imponer las costas de ambas instancias por su orden, atento la forma en que se resuelve.-

3.- Regístrese, notifíquese a las partes y a la Defensora del Niño y del Adolescente en su público despacho y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.-

Dr. Enrique VIDELA SANCHEZ - Dr. Lorenzo W. GARCIA

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

REGISTRADO AL N° 158 - T° V - F° 897 / 903

Protocolo de SENTENCIAS -S A L A I- Año 2006