

O. J. M. c/ V. M. P. s/ tenencia de hijos

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sala B

Fecha: 28 de noviembre de 2007

Fallo:

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 28 días del mes de noviembre de dos mil siete, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "B", para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados: "O. J. M. c/ V. M. P. s/ tenencia de hijos" respecto de la sentencia de fs. 523/527 el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden Señores Jueces Doctores: MAURICIO LUIS MIZRAHI.- GERONIMO SANSO - CLAUDIO RAMOS FEIJOO.-

A la cuestión planteada el Dr. Mizrahi, dijo:

I. Antecedentes

La sentencia de fs. 523/527 rechazó la demanda por tenencia de hijos deducida por el progenitor J. M. O. contra su ex-cónyuge M. P. V. y en relación a los hijos comunes A. O. y M. B. O. Al así resolver, el juez dispuso imponer las costas al actor vencido.

Contra el pronunciamiento de marras el accionante expresó agravios a fs. 551/557, los que fueron respondidos con la pieza obrante a fs. 561/565.

A su turno, la Defensora de Menores ante esta Cámara emite su dictamen a fs. 569, y en él propicia que se confirme el fallo de primera instancia.

II. Los agravios A modo de síntesis, diré que las quejas del actor se sustentan en que en la causa habría quedado acreditado que lo más

conveniente para los niños es que la tenencia sea ejercida por el actor o, subsidiariamente, "en forma conjunta, compartida o indistinta" (ver fs. 551). Aclara en su presentación que su propósito no es alterar la situación de los hijos, sino que el cambio de tenencia apunta a "ajustar la realidad a los hechos" (ver fs.551 vta.). En tal sentido, especifica que los niños estuvieron a su cargo por más de cinco meses (cuando la madre se hallaba fuera del país), y que en el año 2003 aconteció otro hecho similar; agraviándose entonces porque esas circunstancias no fueron consideradas "graves" por el sentenciante. Resalta que, en la realidad, los hijos permanecen con el padre por los menos la mitad de cada semana y que éste se ocupa de todas las necesidades de aquéllos. Insiste que en estos autos no está en discusión el tiempo que cada progenitor debe estar con los niños; ello porque lo que en verdad se peticiona es un cambio "en el status jurídico", y de ahí que estime "absurdo" que la sentencia se funde en el mantenimiento del "statu quo". Es por eso que, en fin, requiere a esta Alzada que se le permita "ocupar el lugar que corresponde" (ver fs. 555vta./556).

III. La intervención de los niños en el proceso

Me parece oportuno aclarar primeramente que no puede llevarse a cabo como corresponde un proceso como el de autos sin que intervengan los principales involucrados, los niños. La cuestión no sólo está prevista en el art. 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, sino que su debida participación sin restricciones se encuentra contemplada en los artículos 2, 3, inc. b), 24, incisos a) y b), 27, incisos a) a e), y 41, inc. a), de la ley 26.061. Así lo he venido sosteniendo desde el ángulo doctrinario (ver mi trabajo "La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061" en "Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061", p. 71 y siguientes, ed. Sur y del Puerto, Buenos Aires, 2006).

A pesar de lo expuesto, se ha de proceder a resolver los presentes actuados sin la convocatoria previa a los niños pues -dado como ha quedado planteado este proceso- entiendo que la intervención de ellos ha quedado cumplimentada con eficacia. En efecto, primero se produjo el contacto a través de una Asistente Social en una suerte de audiencia indirecta con el Juzgado -en junio de 2005- tras la labor desplegada por la licenciada Martínez de Uberto (ver fs. 33/35). Después, el 6 de julio de 2006, con la participación directa del Sr. juez de la instancia anterior y de la Sra. Defensora Carolina Paladini en la audiencia específica dispuesta a tal fin en la que concurrieron los niños (ver fs. 518). De manera que, no obrando en

autos un expreso requerimiento de los hijos (art. 27, inc. a, de la ley 26.061), ni hechos nuevos relevantes que la impongan, estimo innecesario que se realice una nueva convocatoria en esta Alzada. Es que las tensiones que sin duda tienen lugar con estos encuentros, y los tránsitos de los niños por los despachos públicos y los pasillos del Tribunal, sólo tienen justificación cuando aquellos permanecen ajenos al conflicto que les atañe y se ignora cuáles son sus deseos y voluntad; situación que no es la de autos tan pronto se advierta que -por lo menos- han tenido una intervención efectiva en el proceso en dos oportunidades.

IV. a). Estudio de los agravios

El juez que me precedió resolvió rechazar la demanda entablada y para ello se fundó -esencialmente- en que el cambio de la situación fáctica de los hijos requiere que se acrediten causas graves que la determinen y que, de la prueba rendida en autos, tal estado de cosas no se ha logrado probar; en particular, porque de ningún modo se han verificado actos de negligencia por parte de la Sra. V. en el ejercicio de la tenencia. A estos efectos, el magistrado entendió como trascendente el resultado de la entrevista mantenida con los niños (de la que da cuenta el acta de fs. 518) donde éstos expresaron sus deseos de que "las cosas continúen como en la actualidad" (ver fs. 524 vta./525 vta. y 526 vta.).

Tras analizar el material existencial de autos no es difícil coincidir con el judicante. Es que no obra en la causa ningún elemento que pueda hacer pensar -ni siquiera por vía indiciaria- que la demandada ha tenido una conducta reprochable respecto de sus hijos que justifique privarla del ejercicio de la guarda en relación a ellos. Incluso diría que la circunstancia de que los niños hayan estado al cuidado del padre durante los viajes de la madre a los Estados Unidos y que -durante dichos períodos- los hijos pudieron continuar desempeñando todas sus actividades cotidianas, escolares, familiares y sociales (ver el informe de la Asistente Social de fs. 34), es una prueba cabal del proceder responsable de la encartada, pues confió en la idoneidad de su ex-marido para que tuviera a su exclusivo cargo el cuidado de los hijos comunes; y claro está que los resultados de esta confianza depositada han sido óptimos. Es que de las propias articulaciones de la demandada se desprende que ésta -en verdad- no cuestiona al padre como persona adecuada y responsable para atender a los niños; más allá de que invoque para sí la conveniencia de ejercer su guarda. Son terminantes al respecto las expresiones de la emplazada cuando dice que "durante tales ausencias (de la madre) las necesidades de los niños, de todo orden, han

sido cubiertas sin dificultad por el actor" (ver fs.562 vta., tercer párrafo); y si bien tales manifestaciones las recoge de lo que expresara el juez anterior, por supuesto que las transcribe en total coincidencia con ese pensamiento; lo que significa decir que las hace propias.

De lo señalado surge sin hesitación que -no obstante la indiscutible aptitud del padre para atender a sus hijos- no puede prosperar un planteo que tienda a privar a la Sra. V. de la guarda de ellos. Repárese que aunque se sostuviera la innecesidad de que medien causas graves para disponer el desplazamiento de la tenencia, bastando la invocación de que el actor reviste una mayor idoneidad para el ejercicio de la guarda, de todas maneras la solución no ha de variar. Ello es así porque para dejar de lado el principio de estabilidad o continuidad a mi juicio resulta indispensable acreditar -como mínimo- que la situación existente irroge a los niños daños o problemas de mayor gravedad que los que podría ocasionar la misma alteración de la guarda oportunamente acordada. Pero acontece que la prueba testimonial colectada, el informe social de fs. 33/35, y el resultado del encuentro de fs. 518, exhiben con nitidez que estos extremos lejos han estado de probarse. No es posible rescatar una sola constancia seria que revele un manejo inadecuado de la madre en relación a los niños de autos. En suma, lo delineado sella la suerte de la demanda de fs. 3/5, en la medida que con ésta se pretende desplazar a la madre de la tenencia de los hijos comunes.

IV. b). El planteo de la tenencia compartida

No obstante lo que se acaba de narrar, podrá advertirse que el actor incorpora ahora -en su presentación ante esta Cámara a fs. 551/557- un planteo subsidiario que no había sido incluido en su escrito de postulación de fs. 3/5, ni en su ampliación de fs. 17/19. Me refiero a su petición de que, al menos, el tribunal disponga la llamada tenencia compartida de los niños, en la inteligencia que en los hechos los hijos están con el padre varios días de la semana y se ocupa de atender todas sus necesidades en el más variado sentido. El sustento de la solicitud, en definitiva, es que no se ajustaría a la realidad mantener el esquema tradicional diseñado por nuestro Código que es el de madre guardadora-padre con un régimen de visitas. La madre apelada formula claras objeciones procesales al requerimiento subsidiario efectuado por el actor. Afirma que éste pretende modificar el objeto del proceso, vulnerando el derecho de defensa, la buena fe procesal y el debido proceso legal; y que estaríamos ante "la inexistencia de un agravio cierto y actual" (ver fs. 562 y 564 vta.).

Analizado el punto desde el estricto ángulo procesal, he de decir que -para mi criterio- la petición expresa incorporada por el actor en sus agravios no comporta una modificación del objeto del juicio. Es que me parece razonable entender que toda aspiración de máxima -ostentar la guarda exclusiva de los hijos (peticionada a fs. 3/5)- debe comprender necesariamente la de mínima; la cual sería que -por lo menos- esa guarda se le confiera compartida con la madre. En este sentido, puede estimarse coherentemente que en las piezas de fs. 3/5 y 17/19 obra un requerimiento implícito de que, como mínimo, se le conceda al peticionante una tenencia en conjunto con la accionada. Es que no podría ser otra manera partiendo desde la perspectiva del interés de los niños -perspectiva que es de suponer está en la mira de las partes- pues devendría irrazonable postular la guarda exclusiva y rechazar al mismo tiempo la compartida para el caso de que la primera no se dispusiera por la justicia.

Empero, aun dejando de lado el encuadre formal, de todos modos considero que resulta harto viable que en cualquier instancia del juicio se formulen peticiones como las efectuadas por el actor en el escrito de fs. 551/557. Ello es así porque el principio dispositivo y las situaciones procesales en las que queden involucradas las partes adultas que litigan, tienen un valor muy limitado cuando se ventilan procesos en materia de tenencia. Es que cuando intervienen intereses de niños constituye una obligación prioritaria de la judicatura indagar a fondo la verdad de los hechos controvertidos y resolver aquello que resulte más conveniente a los intereses de aquéllos. Lo impone, entre otros preceptos, el art. 2, in fine, de la ley 26.061 que -al declarar de orden público sus disposiciones- obliga al juez a disponer de oficio todas aquellas medidas que entienda más positivas para el adecuado desarrollo y desenvolvimiento de los hijos. Son éstos los que resultarán principalmente afectados o beneficiados por las resoluciones a dictar, de manera que la cuestión trasciende con creces al mero juego de derechos personales y egoístas que invoquen las partes adultas en el proceso (Ver CCiv. y Com.San Nicolás, del 24/4/2003, LLBA, 2003-776).

Precisamente por lo que se acaba de expresar, creo oportuno destacar que en los procesos donde se discute la guarda de los hijos, la litis no sólo se integra con las pretensiones que esgriman los progenitores, sino que también comprenderá los intereses de otros -los niños afectados- que el magistrado, reitero, tiene la obligación constitucional y legal de amparar; y aunque formalmente se deje de lado la regla dispositiva propia de los juicios civiles.

En resumidas cuentas, para mi concepto cuando ambos padres reclaman para sí la tenencia exclusiva -o si pedida por una parte es resistida por la otra- la eventual guarda compartida que disponga el tribunal se encuadra, aunque no mediare petición subsidiaria alguna, en los hechos litigiosos a resolver y en la consecuente facultad del órgano jurisdiccional de aplicar el derecho; justamente por estar en tela de juicio los intereses de otros sujetos de derecho, los niños (ver CCiv. y Com. Azul, Sala I, del 8/5/2003, LLBA, 2003-997; íd, Sala II, del 4/6/2001, LLBA, 2001-1425; mi obra "Familia, matrimonio y divorcio", p. 622,645 y 646, 2 edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2006).

En función de lo delineado, entonces, corresponde analizar si resulta conveniente que en los presentes autos se disponga conferir la llamada tenencia compartida de los niños a ambos progenitores; anticipando desde ya que me pronunciaré en sentido favorable, con las precisiones que más adelante se dirán.

Empezaré por señalar, dado el tenor de la valiosa sentencia de fs. 523/527, que el principio de estabilidad o continuidad -el statu quo- apunta por definición a preservar situaciones de hecho, de forma tal que -si ese estado de cosas fáctico no se afecta (por no existir motivo para ello)- nada impide que se realice una adecuación de los encuadres jurídicos para que éstos respondan a lo que efectivamente acontece en el desenvolvimiento de las relaciones paterno-materno filiales. Más aún, debe estimarse altamente positivo la variación de esos encasillamientos jurídicos cuando tengan por finalidad evitar una falsificación de la realidad familiar.

En el caso de autos, y según la constancia de fs. 2 vta., punto 7, del expediente N 106.835/1999 ventilado entre las mismas partes (y que para este acto tengo a la vista), los ex-cónyuges pactaron que el Sr. O. dispondrá de "un amplio régimen de visitas", siendo de destacar lo acordado en el sentido de que "el papá dispondrá de 40 días de vacaciones con sus hijos"; y que la mamá "autoriza a sus hijos a viajar al exterior con el papá".

Ahora bien, antes de ahora, y en otro lugar, he sostenido que -más allá de las expresiones que se utilicen- la tenencia compartida se verifica cuando fácticamente se produce una alternancia en la guarda material y se brinda a los hijos -al menos en los tiempos que pasan con cada progenitor- la satisfacción de todas sus necesidades. Ello en la inteligencia de que en estos casos se excede con amplitud el mero contacto esporádico de una salida de esparcimiento como tiene lugar cuando se lleva a cabo la típica "visita"

paterno-filial. Y al respecto me pronuncié acerca de la licitud del planteo de uno de los progenitores para que las calificaciones legales guarden relación con lo que sucede en la vida diaria, de manera que el ejercicio de la patria potestad responda en los hechos a la directiva del art. 264, inc. 2, del Código Civil; vale decir que dicho ejercicio esté realmente a cargo de quien o quienes -de modo total o parcial- tuvieran los hijos a su cuidado (ver mi obra, "Familia, matrimonio y divorcio", p. 630/631, N 280, 2 edición, ed. Astrea, Buenos Aires, 2006).

Conforme a los parámetros indicados he de analizar los elementos probatorios colectados en los presentes actuados. En primer lugar, diré que ha quedado suficientemente acreditado en la causa la idoneidad del Sr. O. para el ejercicio de la guarda de los hijos. Lo reconoce sin vueltas la propia encartada (ver fs. 562 vta., tercer párrafo), y así lo puntualiza el magistrado anterior al hacer referencia al "cúmulo de tareas que el padre ha demostrado cumplir en tal carácter en el cuidado y atención de sus hijos" (ver fs. 525 vta., último párrafo, y fs. 526, primer párrafo). Por lo demás, esta eficiencia paterna en la atención de los hijos se certifica con el informe sobre la situación familiar de fs. 33/35 y con la declaración de los testigos de autos, en particular las deposiciones de Hunter (fs. 83 y sigtes.), Puches (fs. 90/91) y Lagorio (fs. 93).

En segundo lugar, también se probó en este expediente que alrededor de la mitad de la semana (en todo caso, no menos de tres días) los hijos permanecen con el padre. Véase, en tal sentido, lo que se señala en el antes citado informe sobre la situación familiar acerca de los tiempos que los niños están con el padre; y específicamente cuando se puntualiza que ellos "tienen su lugar en el hogar paterno, no sólo en la vivienda, sino como familia" (ver fs. 34, octavo párrafo). La cuestión igualmente se corrobora con la prueba testimonial, a la luz de las declaraciones de Suárez (fs. 81/82), Hunter (fs. 83 y sigtes.), López (fs. 87/88), Puches (fs. 90/91) y Perlender (fs. 102/103). El Sr. Juez que tuvo a su cargo la causa, en fin, y tras el puntilloso estudio del presente juicio, concluyó que durante las ausencias de la madre "las necesidades de los niños, de todo orden, han sido cubiertas sin dificultad por el actor" (ver fs. 526, segundo párrafo), destacando asimismo "el excelente resultado que la educación conjunta de ambos progenitores a través de la organización vigente ha logrado" (ver fs.526 vta., tercer párrafo).

A esta altura de mi relato, diré que en casos como el de autos -con niños que hoy cuentan ya con doce y trece años (ver partidas de fs. 3/4 del expediente N 14.709/1998 que tengo a la vista)- la tenencia compartida alternada debe

ser alentada desde la magistratura; tipo de guarda que es factible disponerse en nuestro derecho en atención a que no resulta indispensable una expresa norma autorizante (ver sobre el punto mi obra "Familia, matrimonio y divorcio", p. 629, N 279, antes citada, y la abundante doctrina y fallos mencionados en la nota 103 de ese lugar, que se pronuncian en el mismo sentido). Es que, precisamente con esta clase de tenencia, resulta posible neutralizar en gran medida uno de los efectos negativos emergentes de la quiebra de la convivencia, como es el sentimiento de "pérdida" que, con la guarda unipersonal, padecen los hijos y el progenitor no custodio. La tenencia alternada, por lo tanto, promueve e incita a ambos padres a seguir atendiendo las necesidades de los niños y a interiorizarse de sus problemas e inquietudes; sin perjuicio de destacar que este sistema se compadece más con el intercambio de roles propio de nuestra posmodernidad jurídica (ver los autores y fallos citados en la nota 111 de mi obra "Familia, matrimonio y divorcio", ya referida, p. 632). Agregaré, en fin, que la tenencia compartida alternada se ha previsto en las legislaciones más modernas, como la ley francesa de 2002 (actual art. 373-2-9 del Code) y la ley española de 2005 (actual art. 92, inc. 5 y 8 del Código civil de ese país).

Lúcidamente percibió el Sr. Juez en esta causa "el excelente resultado" que ha dado "la educación conjunta de ambos progenitores" (ver fs. 526 vta.), por lo que se torna indispensable seguir ahondando por el mismo camino. En este sentido, la tenencia compartida que se ha de propiciar en este voto no ha de ser interpretada por la demandada como una derrota de su parte, o que comporte una resolución adversa a sus requerimientos. Más allá que las nociones de "vencedor" y "vencido" de ninguna forma se corresponden con la naturaleza de estos procesos, la realidad es que tal tipo de guarda que se ordenará -y el ejercicio conjunto de la patria potestad que ese régimen de tenencia ha de significar (ver art. 264, inc. 2, Cód. Civil)- permitirá aligerar jurídicamente las cargas que hoy sustancialmente pesan sobre la madre de los niños, al incorporar al padre como co-responsable visible en el manejo de todo lo que hace al quehacer diario de los hijos comunes. Y sobre el punto es dable remarcar que tampoco será indispensable un "código común de educación" entre los padres, bastando a tal efecto que medie un mínimo de compatibilidad entre los distintos puntos de vista; compatibilidad que -como fue precisado por el sentenciante anterior- surge nítida tan pronto se compruebe el éxito logrado por los progenitores en la gestión conjunta de los asuntos referidos a los niños (ver CNCiv., Sala J, del 24/11/1998, LL 1999-D-477; Famá, María V., "Nuevamente en tela de juicio los acuerdos sobre

tenencia compartida", en "Derecho de Familia", bajo la dirección de Cecilia Grosman, N 25, p. 190).

Por otro lado, para decidir de la manera que se hará, se tiene en cuenta -incluso- las necesidades específicas de la progenitora; habida cuenta su vínculo con otra persona radicada en el exterior y la existencia de un nuevo hijo de esa unión. Resaltaré, asimismo, que es un error que estos juicios se transiten como una lucha por la conquista de trofeos personales. De modo diferente, deben emprenderse -de ser necesario acudir a la justicia- como una loable labor que los adultos realizan para otros -los hijos- que son auténticos terceros y que -por tal condición- no tienen porqué resultar víctimas de los orgullos, rencores, rivalidades, frustraciones y resentimientos que suelen vislumbrarse tras el fracaso de la pareja conyugal.

No he de cerrar este pronunciamiento sin advertir expresamente que conferir en estos autos la tenencia compartida no significa viabilizar imprudentes cambios en la situación de hecho en la que se hallan inmersos los hijos de las partes, sino que -en todo caso- la medida que se dispondrá tiende a consolidarla, a mérito que el criterio directriz que me ha guiado es revestir a los vínculos paterno-materno filiales -tal como se desenvuelven en la actualidad- del marco jurídico adecuado y real. Sin embargo, esa consolidación no tiene que significar un congelamiento, pues la dinámica de las relaciones y las nuevas necesidades y deseos de los niños pueden demandar la conveniencia de realizar modificaciones y ajustes en el modo y en la intensidad con que se han de desplegar esas relaciones.

En atención a lo precisado, desde el tribunal se apela a la responsabilidad parental del actor y de la demandada para que -deslindando y apartando cuidadosamente los conflictos y rencillas que son un emergente del vínculo conyugal que los uniera- puedan tener, sin necesidad de acudir al auxilio jurisdiccional, la plasticidad necesaria para adaptarse a las nuevas situaciones que se planteen, enfocando el objetivo primordial en respetar la autonomía progresiva de los hijos comunes, priorizando -desde luego- sus intereses esenciales. Al respecto se destaca que una función central en el accionar de los progenitores ha de ser, sin duda, desentrañar los genuinos deseos de los niños, los que han exhibido -a la luz de lo que hace saber el Sr. Juez a fs.526 vta.- "madurez, actitud y convicción". Y este dato no es menor sino que tiene una trascendental importancia dado que -como se ha dicho desde el análisis doctrinario- a mayor desarrollo y madurez del niño, mayor ha de ser el "peso" que tendrá su opinión para que los adultos puedan determinar cuál es en verdad su interés superior (ver Gil Domínguez, Andrés,

Fama, María Victoria y Herrera, Marisa, "Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho constitucional de familia", p. 94, ed. Ediar, Buenos Aires, 2007).

V. Conclusión

Por las consideraciones fácticas y jurídicas expuestas a lo largo del presente voto, y oída a la Sra. Defensora de Menores ante esta Cámara, propongo al Acuerdo: **a)** Revocar la sentencia de fs. 523/527 en cuanto rechaza la demanda de autos e impone las costas al actor, sin perjuicio de mantenerse la inadmisibilidad de conferir al padre la guarda exclusiva de los hijos comunes. **b)** Conferir a J. M. O. y M. P. V. la tenencia compartida alternada de sus hijos A. O. y M. B. O., la que se ejercitará conforme a lo precisado en los considerandos. **c)** Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado, dada la naturaleza del presente juicio y el modo en que se resuelve.

Los Dres. Sansó y Ramos Feijóo, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Mizrahi, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Con lo que terminó el acto: MAURICIO LUIS MIZRAHI GERONIMO SANZO
CLAUDIO RAMOS FEIJOO Es fiel del Acuerdo

Buenos Aires, 28 de noviembre de 2007.-

Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, I) Se revoca la sentencia de fs. 523/527 en cuanto rechaza la demanda de autos e impone las costas al actor, sin perjuicio de mantenerse la inadmisibilidad de conferir al padre la guarda exclusiva de los hijos comunes. II) Se confiere a J. M. O. y M. P. V. la tenencia compartida alternada de sus hijos A. O. y M. B. O., la que se ejercitará conforme a lo precisado en los considerandos. Con costas de ambas instancias en el orden causado, dada la naturaleza del presente juicio y el modo en que se resuelve.

Notifíquese y devuélvase.-