

Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA G

Libre 13148/2008/CA.- "R. L. N. G. C/ N. W. A. C. S/ TENENCIA DE HIJOS".- EXPEDIENTE N° 13.148/2008.- JUZGADO N° 77.-

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 29 días del mes de septiembre de dos mil catorce, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la sala "G" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados: "**R L N G C/ N W A C S/ TENENCIA DE HIJOS**", respecto de la sentencia de fs. 628/636, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores: **CARLOS ALFREDO BELLUCCI- CARLOS A. CARRANZA CASARES- BEATRIZ A. AREÁN.-**

A la cuestión planteada el Señor Juez de Cámara Doctor Bellucci dijo:

I.- La sentencia de fs. 628/636 determinó que la tenencia del menor A. sea ejercida en forma conjunta y alternada por ambos progenitores. Dispuso que el niño permanezca con cada uno de ellos por una semana a partir de los días viernes a la salida del colegio y, en caso de receso escolar, sea retirado de la casa en la que se encuentre. Exhortó a los padres a encaminar los tratamientos necesarios para sortear las dificultades personales que le han causado perjuicio a su hijo y les permitan afrontar una nueva etapa en la que puedan consensuar pautas comunes de crianza. Impuso las costas en el orden causado y estableció los emolumentos de los profesionales que dieran asistencia en la lid.- Omitió disponer expreso plazo en que aquéllos debían serles honrados.-

II.- A ninguno de los interesados satisfizo el fallo, ya que ambos pretenden ejercer la tenencia en forma exclusiva y la fijación de un régimen de visitas a favor del niño con su contrario.- La actora reconvenida a fs. 680/685, con repulsa a fs. 695/696, se agravia porque entiende que la solución impone un cambio violento en la vida del niño que atenta contra su superior interés, en tanto afirma que la tenencia siempre fue ejercida por ella en forma exclusiva y que comparte con él un fuerte vínculo físico y emocional, mientras que asegura que su padre nunca ejerció la crianza quedando sus encuentros circunscriptos a las visitas pautadas en el expediente conexo n° 2507/2010. Se queja también porque entiende que la "a quo" no valoró en forma adecuada las pruebas que obran en la causa penal y en el mencionado expediente, de donde surgirían malos tratos recibidos por el niño por parte de su padre.-

A su turno el demandado reconviniente a fs. 670/675, con respuesta a fs. 687/690, se enstía también porque considera inadecuada la valoración probatoria realizada por la "iudex". Da cuenta de las periciales rendidas en autos que determinarían la necesidad de que la Sra. R. realice un tratamiento terapéutico para encontrarse en condiciones de ejercer su rol materno. Destacó que la madre realizó una denuncia por abuso sexual contra él que resultó falsa, y que constantemente pretendió entorpecer su vinculación con el hijo en común.-

La Defensora de Menores de Cámara a fs. 703/705 propicia la confirmación de la sentencia ya que entiende que la modalidad establecida es la más beneficiosa para su representado promiscuo.- Puso de resalto que las quejas de los progenitores evidencian la reproducción de las posturas subjetivas que tuvieron durante la tramitación de este proceso y otros conexos, pero que no constituyen una crítica concreta y razonada del fallo en crisis. Tal dictamen fue contestado a fs. 707/708 y 709/711.-

III.- Liminarmente, destaco que en la mayoría de los supuestos de conflictos de familia, el rol de juez no es el de resolver el litigio dando razón a una parte y declarando culpable al otro; el objetivo del juicio no es fijar quien es el ganador o perdedor en la contienda sino, que la labor judicial debe intentar eliminar el conflicto por una actividad preventiva y dinámica del interés protegido por la ley, ayudando a la familia a encontrar un nuevo orden en la estructura familiar (Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída "Principios procesales y tribunales de familia" en LA Ley 1993-IV-676).-

Así es que el trabajo de los juzgados de familia se ha dado en llamar "justicia de colaboración" o "acompañamiento", en tanto la función del juez consiste en acercarse a las partes orientándolas a buscar salidas que contemplen los intereses de todos los involucrados en la situación conflictiva, e incluso de aquellas personas que se ven afectadas por la vida familiar y no son parte en el proceso (Guahnon, Silvia "Peculiaridades de las medidas cautelares en los procesos de familia" RDF n° 28, Lexis -Nexis. Abeledo -Perrot, 2004, pág. 63).-

En función de eso no puedo silenciar que, como otrora dijo Rosalía Bikel, "un niño pueda sentir que tiene una familia cuando sus padres se han separado, reside en su posibilidad de que mantenga con ambos una comunicación sincera, la libertad para compartir sus necesidades y preocupaciones, la creación de rutinas que sostengan con continuidad (de allí la importancia de la circunstancias de lugar tiempo y modo), y que sienta que sus padres aunque separados siguen asociados a la toma de

decisiones” (en “Vicisitudes de la responsabilidad parental a partir del proceso de divorcio. Tenencia y régimen de visitas” RDF, Lexix Nexis 2004, pág. 34).-

El estudio pormenorizado de las farragosas actuaciones cumplidas en este proceso y sus acollarados me lleva a la convicción que ambos progenitores, en una postura que respetuosamente califico de huera de objetividad y con base en un exacerbado egoísmo, en un evidente “pase de facturas”, han descuidado el interés mayor del niño, que se traduce en la necesidad de garantizarle su contacto regular con ambos ya que el quiebre de la unión parental no debe impactar en el desarrollo de funciones primordiales ya que son independientes y refieren a dos ámbitos personales diferentes en su composición y dinámica.-

Los principios de la Convención sobre los derechos de los niños requieren el pleno reconocimiento del hijo como un individuo autónomo, que independientemente de las vicisitudes de las relaciones que sus padres mantengan entre sí tiene derecho a acceder, a ejecutar y a obtener la ayuda y colaboración necesarias para mantener y preservar el vínculo paterno-filial con cada uno de aquellos que le dieron vida. Como éste es un derecho primordial y humano del niño que posee rango constitucional me cabe, como uno de los departamentos del estado de derecho, preservarlo tanto en forma directa como indirecta proveyendo a su ayuda y colaboración.-

La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponde a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos, para su formación y protección integral (art. 264 C.C.). Su finalidad se visualiza en la norma que antepone los deberes a los derechos, demostrando que el manto protector está destinado a los hijos.- (Conf. Zannoni, Eduardo “Derecho Civil. Derecho de Familia.” T.II, 4º edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2002, pags. 689 y ss.; D’Antonio, Daniel H. “De la patria potestad” en Ferrer, Francisco A. M. – Medina, Graciela, Mendez Costas, María Josefa (dirs) “Código Civil comentado. Derecho de familia”, TºII, Rubinzal – Culzoni Santa Fe, 2004, págs. 129 y ss.; Aspíri, Jorge “Juicios de filiación y patria potestad”, Hammurabi, Buenos Aires, 2001; Lloveras, Nora, “Patria potestad y filiación. Comentario analítico de la ley 23.264”, Depalma, Buenos Aires, 1986; Bossert, Gustavo A. – Zannoni, Eduardo A., “Régimen legal de filiación y patria potestad”, Astrea, Buenos Aires, 1985; Bísvaro Beatriz, “Patria Potestad” en “Enciclopedia de derecho de familia” T.III, Universidad, Buenos Aires, 1994, págs. 227 y ss; Bísvaro, Beatriz R. – García Ghigliano, Silvia S. “Régimen de filiación y patria potestad. Ley 23.264”, Astrea, Buenos Aires, 1990).-

La palabra “Tenencia” está definida en el diccionario como “ocupación y posesión actual de una cosa”. No me parece necesario ahondar en explicaciones para afirmar que no es procedente recurrir a palabras que no responden a la consideración de un hijo como sujeto de derecho, quedando atrás la idea de asimilarlo a un objeto necesitado de custodia y protección. Por ello, estimo adecuado su reemplazo por cuidado, guarda convivencia o custodia (conf. art. 264 inc. 5, y Krasnow, Adriana “Un cambio de guarda cuando el interés del hijo lo exige. Beneficios de un régimen de cuidado provisorio compartido” en RDF 2010-11, Abeledo Perrot, págs. 146 y ss.)

Debo preservar la idea de participación y colaboración que implica para el hijo no perder su derecho a ser cuidado y educado por ambos padres (art. 7 y 18 CDN).-

IV.- Sentando ello, permito que las encontradas quejas de los progenitores no tendrán favorable acogida, en tanto sus recíprocos esfuerzos discursivos por descalificar la función y capacidades del otro para ejercerla no encuentran correlato en las pruebas rendidas en autos.-

Debo señalar que así como la magistrada de grado no debe expedirse sobre todas las pruebas producidas, sino sólo sobre aquéllas que resulten conducentes a la solución del litigio, el tribunal de alzada tampoco está obligado a pronunciarse sobre cada uno de los pretendidos agravios, sino sobre los que resulten fundamentales para la revisión del pronunciamiento de grado.-

La actora afirma que fue ella quien ejerció en forma exclusiva el cuidado del menor, mientras que su padre no se ocupó de su crianza.-

Tal afirmación no puede considerarse cierta cuando ella misma expresó, en oportunidad de absolver posiciones, que A. permanecía con su padre todos los días de semana de 9 a 16 hs. y un domingo por medio (ver fs. 133 y 136). Además, del expediente n° 2507/2010 se desprende que el Sr. N W, dio cumplimiento al régimen de visitas que dispusiera la “a quo”, tal como dan cuenta los informes de los asistentes sociales que acompañaran dichos encuentros.-

El último informe agregado por el Lic. L, concluye que A “durante el régimen de visitas imperante se relaciona de forma muy positiva con el padre quien cumple eficientemente su rol. El menor manifiesta su deseo de estar más tiempo con el padre y accede a mantener una convivencia más extensa mostrándose de acuerdo con el lugar que podría tener en el hogar paterno” (ver fs. 682 vta. de los autos mencionados).-

De ello se sigue que la modalidad en la convivencia que se dispuso en la instancia de grado que, sin dudas, representará un cambio en la rutina del niño, no necesariamente resulta un hecho traumático ni violento, como propone la actora.-

La progenitora también afirma que resulta peligroso que el niño permanezca al cuidado de su padre en orden a los hechos que se denunciaran en la causa n° 13659/2010. El sobreseimiento -cuya copia certificada obra a fs. 602/616 de estos autos- decidido en tal sede se encuentra firme (conf. rechazo del recurso de casación de fs. 463, rechazo queja de fs.

518/519 y recurso de queja de fs. 566/567 y rechazo del recurso extraordinario de fs. 586/vta. y denegación de la queja deducida ante la CSJN fs. 609/610 y sobreseimiento de fs. 679/684 y orden de archivo dictada a fs. 726/727 todas de la causa penal), me eximen de mayores comentarios al respecto.-

Es que nada de tamaña diatriba se demostró. Por el contrario, las sucesivas resoluciones a las que hice referencia ponen al descubierto una actividad estéril y a la vez impropia de seres que, en algún tiempo, supieron prodigarse relación de afecto y amor.-

Con relación a los agravios vertidos por el demandado reconviniente, quien indica que la personalidad de la S. R. resulta peligrosa para su hijo, me permito destacar que los peritos intervinientes han sido contestes en destacar el buen vínculo que tiene A. con su madre (ver informe socio ambiental de fs. 215/216, peritaje psicológico de fs. 260/263).-

Rasgos histriónicos que presenta su personalidad, según la descripción que realiza a fs. 206 del expte. n° 2507/10 la licenciada Estrada del Cuerpo Médico Forense y que el demandado indica que la descalifican como madre, no tienen tal repercusión a mi criterio, en orden a que el niño siempre ha expresado que quiere tanto a su mamá como a su papá.-

De los informes presentados por la licenciada G surge que A. se siente querido por su madre conforme surge de la transcripción efectuada a fs. 342 vta. cuando, ante un comentario de su padre, el respondió "mi mamá también me extraña cuando estoy con vos", y a fs. 333 vta. surge que le respondió a su padre que él también lo quería mucho, pero también quiere a su mamá.-

Ello se refuerza a poco que se repare en las constancias de la entrevista personal que el niño mantuvo con la "a quo" (ver fs. 580).- Asimismo, de la entrevista mantenida en cámara "" cuya transcripción luce a fs. 126/141 de la causa penal, así como las consultas que los padres tuvieron en forma posterior junto con la licenciada E. del CMF (fs. 203/212 de los autos sobre régimen de visitas), surge que el niño juega con ambos y se relaciona bien con ellos, recibiendo afecto y contención.-

Por lo demás, de todos los informes de los asistentes sociales mencionados se desprende que valora su relación con la familia ampliada tanto del Sr. N. W., como de la Sra. R., valorando a sus primos, abuelos, tíos, así como a la actual pareja de su padre y su hija.-

Considero importante destacar que el último tiempo, las partes han logrado establecer algunos acuerdos mínimos para la crianza de su hijo, como dan cuenta los informes del licenciado L. de fs. 650 y 680/680, y en ese derrotero deberían, sin duda alguna, intentar continuar.-

No veo entonces que ninguno de ambos progenitores se vea disminuido en su aptitud a los fines de llevar adelante- con las limitaciones propias que cada uno de los seres humanos tenemos- con responsabilidad y denuedo, sus respectivos roles naturales; y como contratara, tampoco que alguno se vea por encima del otro respecto a lo que les es propio e indelegable en la guarda del vástago, en una disputa que a la luz de todo lo meritado, aparece francamente como estéril (arts. 163, 386, 456, 477 y cc. de la ley de forma; 264, inciso 5° del código civil, TO ley23.264; arts. 7° y 18 de CDN).-

En razón de las consideraciones de hecho y derecho aprehendidas en las premisas que anteceden, y sobre las que asiento y fundo mi voto afirmativo, no puedo callar una fuerte y encendida exhortación a ambos progenitores en el sentido y con el alcance de deponer viejas y notables rencillas personales, que en modo alguno favorecen el crecimiento y desarrollo normal y necesario de lo más valioso que tienen que es su propio hijo, quien además, con el correr de los años, seguramente, de no avenirse a tal invitación, se convertirá en su más severo y draconiano inquisidor.-

Créame ambas partes que dejar de lado las seguramente gravosas y dolorosas vicisitudes por las que debieron atravesar, son igualmente –en contraste- fácilmente desechables en aras a la consecución del mayor y mejor bienestar, desarrollo y felicidad del vástago que concibieron y trajeron a este mundo.-

En la seguridad que tal apelación encontrará eco en la paterno materno filiación, así como también, en la natural propensión al logro del bienestar general de un hijo, asentada en lo más íntimo de cada uno de sus padres, con desapego, en lo posible, del egoísmo personal que ha de dejar necesariamente paso a la objetiva propensión aludida, respondo afirmativamente al interrogante copete de este acuerdo.-

Creo convencido que deberá cesar sin más el hiriente pase de facturas entre los contendientes, en la convicción que cada uno ha podido, a su manera rehacer su vida, y no cabe lastimar al fruto querido de su otrora unión.- El tiempo que ha pasado, necesariamente, debe llamarlos a la madura reflexión y a deponer actitudes que sólo perjudican al niño que ambos dicen amar.-

En orden al resultado de los encontrados agravios que considero inanes a los fines de corroer la decisión de mérito, propicio que las costas de alzada sean cargadas en paritaria repartija (arts. 68, 71 y cc. de la ley del rito)

Tal es mi voto.-

Los señores jueces de Cámara Doctores Carlos A. Carranza Casares y Beatriz A. Areán votaron en igual sentido por análogas razones a las expresadas en su voto por el Doctor Bellucci. Con lo que terminó el acto.-

Buenos Aires, 29 de septiembre de 2014.-

Y VISTOS

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por la Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, **SE RESUELVE: I.-** Confirmar la sentencia en todo lo que decidió y fue motivo de no atendibles quejas. **II.-** Imponer las costas de alzada en el orden causado (arts. 68 y 71 del Código Procesal).- **III.-** Se fija el plazo de diez días para el pago de los emolumentos.- Una vez establecidos los estipendios devengados por las tareas profesionales llevadas a cabo por los letrados intervinientes en la anterior instancia, serán fijados los pertenecientes a las aquí desarrolladas.- **IV.-** Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sujeta a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal.

Regístrese, notifíquese por secretaría al domicilio

electrónico denunciado o en su caso, en los términos del art. 133 del CPCC, conforme lo dispone la Ley 26.685 y acordadas 31/11 y 38/13 de la CSJN, y a la Defensora de Menores en su Público Despacho, y oportunamente cúmplase con la acordada 24/13 de la CSJN y devuélvase.-

Carlos A. Bellucci - Carlos A. Carranza Casares - Beatriz A. Areán