

## Voces:

GUARDA DEL HIJO ~ GUARDA EN LA ADOPCION ~ HIJO ~ INTERES SUPERIOR DEL NIÑO ~ PERSONA MENOR DE EDAD ~ RESPONSABILIDAD PARENTAL ~ TENENCIA COMPARTIDA ~ TENENCIA DEL HIJO ~ TENENCIA DEL MENOR

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H(CNCiv)(SalaH)

Fecha: 31/05/2010

Partes: V. Q., M. E. c. K. N. A.

Publicado en: La Ley Online;

Cita Online: AR/JUR/28227/2010

## Hechos:

La sentencia de grado rechazó la demanda por tenencia de hijo incoada por la progenitora que reside en Perú, y acogió la reconvención deducida por el padre, que vive en la República Argentina junto al niño. Contra dicha resolución, la actora interpuso recurso de apelación. La Cámara hace lugar al recurso deducido.

## Sumarios:

1 . Corresponde establecer la tenencia definitiva de un menor en forma compartida y alternada a favor de su madre, que reside en el extranjero —en el caso, en la República del Perú—, durante el período escolar y de su padre, que reside en nuestro país, durante el receso vacacional, pues si bien dicha decisión implica que el niño mude su residencia de un país a otro, no se avizora que ello pueda causar un drástico cambio en su situación, dado que nunca perdió el vínculo con su progenitora ni dejó de visitarla, máxime cuando aquél ha expresado su firme voluntad de convivir con ella y su nuevo grupo familiar.

## Jurisprudencia Relacionada(\*)

## Ver Tambien

[Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B. "O., J. M. c. V., M. P.", 28/11/2007, La Ley 21/02/2008, 21/02/2008, 6 - La Ley 2008-B, 29 - DJ 28/05/2008, 251 - DJ 2008-II, 251, AR/JUR/7881/2007.](#)

(\*) Información a la época del fallo

## Texto Completo:

2ª Instancia. — Buenos Aires, mayo 31 de 2010.

La doctora Abreut de Begher dijo:

I- Vienen los autos a este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia dictada a fs. 552/6.

Expresa agravios la actora a fs. 596/601, siendo contestados por el accionado reconviniendo a fs. 607/615. A fs.617 y fs.640 obran dos dictámenes diferentes de la Sra. Defensora de Menores, y a fs. 639 luce el acta de la audiencia en los términos del art. 36 CPCC, celebrada ante este Tribunal con la presencia de los padres y el menor.

## II- La sentencia

La Magistrado de la anterior instancia rechazó la demanda interpuesta por la madre y acogió favorablemente la contrademanda interpuesta por vía reconvenional por K., otorgando la tenencia definitiva de A. a su padre, a quien le corresponde el ejercicio exclusivo de la patria potestad del menor.

## III- Antecedentes

El niño A. nació en la Argentina el 20 de febrero de 2000, fruto de la unión de hecho de K. con V., esta última de nacionalidad peruana. Fue inscripto en el Registro Civil como hijo de la madre y reconocido un año después -mayo de 2001- por el padre, luego de un estudio de ADN. De allí en más, después del reclamo por alimentos efectuado por la actora y un acuerdo provisorio sobre su tenencia, vivió los últimos años en ambos países, alternando los periodos del ciclo lectivo escolar en la Argentina con su padre y las vacaciones correspondientes al receso colegial de verano e invierno con su madre, ya radicada en Perú, donde formó una nueva familia, casada y con dos pequeñas hijas, una de 3 años y otra de dos meses de vida, con quien concurrió a la audiencia fijada por el Tribunal de fs. 639.

## IV- Agravios de la actora

IV-1) Se agravia la actora por el rechazo de la demanda y el acogimiento favorable de la reconvención, al otorgar la tenencia definitiva del menor a su padre, quien vive en la Argentina, donde reside la mayor parte del

tiempo A. y concurre al colegio, ya en quinto grado del ciclo primario. Muchos son los motivos que esgrime la apelante, en especial, la incorrecta valoración de la prueba, a lo cual se opone el accionado en su contestación de agravios.

IV.2) Es evidente que este pequeño se encuentra tironeado por ambos padres: su madre quien reside en su país natal, Perú, donde quiere llevarlo a vivir juntamente con la nueva familia formada con su actual cónyuge, D., y dos pequeñas hijas, rodeado de su parientes más cercanos -abuelos y tíos-, mientras que su padre, en idéntica postura, pretende que se mantenga el statu quo y que A. continúe viviendo con él y yendo al colegio en la Argentina, no oponiéndose a que durante los recesos escolares pueda ir a visitar a su madre.

La CSJN ha tenido oportunidad de expedirse en casos similares, al decir que los jueces deben pesar las consecuencias futuras de sus decisiones, sobre todo cuando los destinatarios son los niños (CSJN in re "A. F.", ver elDial - AA3BDB, 13/3/2007, con cita de Fallos 312-371 consid. 61 y 71, del dictamen del señor Procurador General, compartido por la CSJN en mayoría).

Es difícil la tarea para un Juez al deber decidir sobre la vida de una persona, y más, sobre la de un niño, por lo que la decisión que se adopta en este fallo, se hace con el pleno convencimiento que es lo mejor para el menor en este momento de su vida.

IV.3) En principio, puedo decir que entre las pautas para tener en cuenta para definir la tenencia de un hijo, se pueden señalar como principios el de mantenimiento de la situación existente, la improcedencia de innovar sobre estados de hecho consolidados de alguna manera por diversos motivos respecto a la tenencia, salvo razones de real importancia; la preservación de la convivencia de los hermanos; la incidencia de factores económicos; la edad; el cumplimiento de las obligaciones del progenitor no ejercitante; la opinión del Ministerio Público; el informe del equipo interdisciplinario, y por último, y no por ello, menos importante, la opinión del menor (Lloverás, Nora, Tenencia de Menores, en "Enciclopedia de Derecho de Familia", dir. Lagomarsino y Salerno, t. III, p. 749; Wagmaister, Adriana, "Acceso a ambos progenitores como un derecho humano de los niños", LA LEY, 2003-C, 1212; Grosman, Cecilia P., "La opinión del hijo en las decisiones sobre tenencia", en ED 107-1011 y "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", LA LEY, 1984-B, 806; en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia (Mendoza, 1998) -Comisión n° 2- se afirmó que el interés superior del niño es el reconocimiento pleno de sus derechos, destacándose por unanimidad su carácter de principio general del derecho, en "X Congreso Internacional de Derecho de familia: El derecho de familia y los nuevos paradigmas, Mendoza, 20al 24 de septiembre de 1998", JA,1999-I-1025).

IV.4) Resultó intensamente ilustrativa y concluyente la profunda audiencia celebrada el 21 de mayo del corriente ante esta Sala, en presencia de los padres, sus letrados, el menor y la Sra. Defensora de Menores, por cuanto se tuvo un conocimiento directo de las circunstancias del caso, en especial del "interés del menor" (conf. art. 75 inc.22 C.N).

Acorde a su edad de 10 años, supo transmitir sus sentimientos de cariño hacia ambos progenitores y el firme deseo de vivir con su madre. Resulta claro que su aspiración, difícil de satisfacer para cualquier Juez, por cuanto implica un cambio importante y decisivo en su vida, al deber dejar a su padre y el colegio al que concurre en la Argentina para integrarse a la familia que formó su madre, ahora casada, con dos nuevas hijas -hermanastras-, y residir la mayor parte del tiempo en un país extranjero, la República de Perú, no por ello debe ser desatendida

En tal orden de ideas, debo expresar que aun cuando puedan ser legítimas y sinceras las aspiraciones de ambos progenitores orientadas a lograr la tenencia definitiva de A., que en este caso, conllevaría el cambio de residencia de Argentina a Perú, o en su caso, mantener el estado actual -vgr. residencia habitual en Argentina- lo cierto es que ellas deben ser en cierto punto dejadas de lado para atender un aspecto mucho más importante, que es el interés superior del niño, quien tiene el derecho a ser oído; y de este modo, el Tribunal pueda evaluar todas las opciones, y poner en perspectiva la prueba incorporada al proceso.

Es cierto que A. vivió los últimos años en la Argentina con su padre, yendo a un colegio primario estatal, pero lo cierto es que nunca perdió un estrecho vínculo con su madre, al ir de vacaciones durante largo tiempo a Perú, donde reside su familia materna y donde también están "sus amigos", con quienes iría al nuevo colegio de receptarse favorablemente la demanda.

La Sra. Defensora, luego del conocimiento directo de los hechos a través de la entrevista personal realizada en la audiencia cuya acta luce a fs. 639, no dudó en cambiar su dictamen previo de fs.617, y solicitar la revocación de la sentencia de grado, y el otorgamiento de la tenencia definitiva a su madre, por entender claramente que ello contempla mejor el superior interés del niño, frente al presunto interés del adulto.

En atención a ello, dejaré de lado los anteriores dictámenes de la defensoría (fs. 549/50 y fs. 617), por haber sido brindados antes del conocimiento directo y personal con el niño efectuado por la Sra. Defensora de Cámara.

V- Ahora bien, los informes periciales de fs. 426/7 y fs. 435/6, y fs. 445/6 realizados por la perito psicóloga Correa a ambos progenitores y al menor a principios del año 2007, dan cuenta de los problemas emocionales y afectivos que aquejan a este grupo; no obstante lo cual, no dudo en comprender que la madre del niño es la persona indicada para continuar con su crianza, tal como lo indicó lapidariamente la Sra. Defensora en el último dictamen de fs. 640.

Arribo a esta conclusión, no solo por el deseo expresado por el hijo, sino también por la impresión ofrecida por ambos ascendientes, quienes pudieron explayarse sobre su situación familiar actual, y que concuerda con el informe social realizado en Lima, a través de la Corte Superior de Justicia en mayo de 2008 (ver fs. 268/273) a la madre, y el de la asistente social de la Argentina efectuado al grupo familiar en noviembre de 2006 (fs. 369/379).

VI- No avizoro en este caso un cambio drástico en la situación del menor, dado que él no lo percibe así, y en tanto es lo que él quiere, sin descuidar el vínculo paterno-filial. Habría en todo caso una continuidad social y espiritual.

Además, no puedo señalar con certeza que su centro de vida sea la Argentina, por cuanto en Perú el niño se siente muy a gusto, dentro de una “familia”, con su madre, su cónyuge, y dos hermanas fruto de la nueva unión de su progenitora. Se advierte allí estabilidad y contención, necesarios para su desarrollo.

Es paradójico, pero al revés de lo que acontece en la actualidad, el menor quiere estar la mayor parte del tiempo con su madre, y por ende, los períodos vacacionales con su padre. El menor no advierte el cambio como un atentado a su seguridad y al entorno físico donde se desenvuelve, sino por el contrario, como la solución más apropiada y natural, estando gozoso de continuar allí sus estudios con “sus amigos”. Ese camino respetaría el interés del niño (ver sobre el tema Gil Domínguez, Andrés, Fama, María Victoria y Herrera, Marisa, Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho constitucional de familia, ed. Ediar, Buenos Aires, 2007, pág. 94).

A mi entender, resulta notorio que el niño tiene dos “centros de vida”, posibles y seguros, pero que el que mejor resguarda el “interés superior del menor” en el sub-judice (conf. art. 31 inc. f ley 26.061 y art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) es junto a su madre la mayor parte del año.

Nuestro Máximo Tribunal en el expediente S.1801.XXXVIII “S.C. s/ adopción” (Fallos: 328:2870), fallado el 2 de agosto de 2005, con el voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay, consideró que la regla del artículo 3.1 de la CDN que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene -al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias-, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. “Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto.” (Dr. E. Raúl Zaffaroni, según su voto) ver también en idéntico sentido CSJN, in re “M.D.H. c/ M.B.M.F”, del 29/4/2008, ver elDial- AA4784).

VII- Así, lo claro y concreto en este conflicto es que el niño quiere vivir junto a su madre, y que esta justificó convenientemente la necesidad de su hijo de vivir la mayor parte del año junto a ella, contando con medios adecuados para satisfacer sus necesidades. Ello consagraría la estabilidad a que se refiere a fs.379 la perito designada de oficio, Lic. S.

En el caso, considero que corresponde establecer la tenencia compartida alternada de ambos progenitores, de modo que durante el año escolar sea su madre, con residencia en Perú, quien tenga el ejercicio de la patria potestad, y durante los períodos de receso escolar, sea su padre, con residencia en la Argentina, quien la ejerza (ver postura en torno a este tema Dr. Mizrahi, Familia, matrimonio y divorcio, Astrea, 2da.ed.2006, pág. 629, n° 279, y la abundante doctrina y fallos mencionados en la nota 103 de ese lugar, que se pronuncian en el mismo sentido; conf. CNCivil sala B, in re “O. J. M. c/ V. M. P. s/ tenencia de hijos” del 28/11/2007, ver elDial - AA4452).

VIII- Lo dispuesto, no impide que ambos ascendientes coadyuven y realicen grandes esfuerzos para mantener muy cercano el vínculo parental con cada uno de ellos cuando el menor se encuentre en el país del otro progenitor, de modo que deberán facilitar el contacto telefónico e informático, adquiriendo los recursos informáticos necesarios para su estricto cumplimiento, de acuerdo a lo pactado en la audiencia de fs.639.

IX- Colofón. En consecuencia, a mérito de todo lo hasta aquí expuesto, hace que proponga al Acuerdo de Sala de mis distinguidos colegas que se revoque la sentencia de grado, y se establezca: I-Otorgar la tenencia definitiva del menor A. B. K. V. en forma compartida y alternada, a favor de su madre E. M. V. Q., con residencia en la República de Perú durante el periodo escolar, mientras que durante el receso escolar de verano e invierno, es a favor de su padre. II- Disponer la homologación del acuerdo formulado por sus progenitores a fs. 639 en torno a la autorización de viaje del niño durante los recesos escolares del 15 de diciembre al 28 de febrero, y una quincena en julio (o cuando se disponga por calendario escolar) para visitar a su padre en la República Argentina. Las costas se deben imponer por su orden en ambas instancias (conf. art.68 CPCC).

Así, es mi voto.

Los doctores Mayo y Kiper, por las consideraciones expuestas por la doctora Abreut de Begher, adhieren al voto que antecede.

Y visto, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide I- Otorgar la tenencia definitiva del menor A. B. K. V. en forma compartida y alternada, a favor de su madre E. M. V. Q., con residencia en la República de Perú durante el periodo escolar, mientras que durante el receso escolar de verano e invierno, es a favor de su padre. II- Disponer la homologación del acuerdo formulado por sus progenitores a fs.639 en torno a la autorización de viaje del niño durante los recesos escolares del 15 de diciembre al 28 de febrero, y una quincena en julio (o cuando se disponga por calendario escolar) para visitar a su padre en la República Argentina. Las costas se deben imponer por su orden en ambas instancias (conf. art.68 CPCC).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, archívese. — Jorge A. Mayo. — Liliana E. Abreut de Begher. — Claudio M. Kiper