

En Viedma, a los 22 días del mes de junio del año dos mil dieciséis, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en esta ciudad, para resolver en los autos recaratulados “G. S. E. c/ A. D. O. S/ TENENCIA”, en trámite por Expediente N° 8035/2016 del registro de este Tribunal, y previa discusión de la temática del fallo a dictar, se decide plantear y votar en el orden del sorteo practicado, la siguiente cuestión:

¿Resulta procedente el recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 251 de los presentes? Y, en su caso, qué decisión corresponde adoptar?

La Dra. María Luján Ignazi, dijo:

I. Que frente a la sentencia dictada por la Sra. Juez a quo el día 17.11.15 (ver fs. 228/237vlt.), mediante la cual, por un lado, se rechaza la demanda iniciada por la Sra. “S. E. G.” (Punto I), imponiendo las costas a la actora y declamado que no corresponde regular honorarios a las profesionales intervinientes (Punto II) y, por otro, se hace lugar a la reconvenición interpuesta por el Sr. “D. O. A”., otorgándole el cuidado unipersonal del adolescente “G. O. A.” (Punto III) y haciendo cargar con las costas a la parte reconvenida sin retribuir a las profesionales actuantes por las razones que expone (Punto IV), ello a más de disponer la asistencia a tratamientos psicológicos para las partes (Punto V), la actora, representada por la Defensora Oficial de Pobres y Ausentes N° 4, Dra. Mariela S. Pape, interpuso recurso de apelación (fs. 251), el que fuese concedido en relación y con efecto suspensivo (fs. 252).

II. Que la representación de la promotora de la acción al esgrimir a fs. 259/263 los agravios fundantes de la instancia recursiva llevada adelante contra la referida decisión, manifiesta que la misma se basa en “cuestiones formales que nada tienen que ver con el caso concreto”; en pruebas “que datan de mucho tiempo atrás...”, a más de haber tenido que enfrentar la pérdida del material probatorio, y su reproducción sólo parcial puesto que se vio impedida de recolectar nuevamente los testimonios en su oportunidad ofrecidos (ver fs. 259 anteúltimo párrafo).

A continuación, a más de poner de manifiesto que los términos de la sentencia dictada no hacen sino profundizar su situación de vulnerabilidad, al apartarla de su hijo “conforme su estado mental”, esgrime que por los nuevos paradigmas no debe excluirse la posibilidad de ejercer por sí el cuidado parental de su descendiente, compartido ello con el progenitor (ver fs. 260, 2do párrafo). Máxime, dice, cuando el mismo vive con su padre por el largo tiempo que demandó este proceso (anteúltimo

párrafo).

En definitiva, entiende que al sentenciar se debió “buscar una instancia intermedia” conforme al tiempo transcurrido, a la modificación de las circunstancias de hecho y a la mutación operada en el régimen legal, el cual tiende y propende a “consagrar el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental” (ver fs. 260 in fine/261). A lo que agrega que la sentencia viola la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los progenitores en la crianza y educación del hijo, pues desvincula al menor de edad de su madre perjudicando el interés superior del niño en contradicción al mandato del art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN).

Por todo ello, solicita se revoque la decisión adoptada y se otorgue a ambos padres el cuidado personal del hijo, es decir en forma compartida y alternada, siendo ello paulatino y con la intervención de la Consejera de Familia.

III. Que corrido traslado al demandado-reconviniente de los agravios de ese modo formulados, éste los contesta a fs. 265/266, representado por la Dra. Dolores Crespo, en su carácter de Defensora Oficial de Pobres y Ausentes, solicitando su rechazo. Para así posicionarse en esta instancia del proceso, aduce que el planteo respecto de la prueba deviene inoportuno, que el niño en cuestión quedó viviendo con su padre desde la separación, que la mala relación que el mismo mantiene con su madre se debe a la ausencia en que incurriese la actora-reconviniente y que sus hijos se adaptaron a las condiciones modestas de vida que pudo brindarles.

IV. Que otorgada la intervención pertinente a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces, la misma se expide a fs. 268/269 propiciando la desestimación del recurso. Así, por cuanto la parte fue consciente de la demora del expediente y sin embargo no instó el mismo. Además, resulta necesario preservar el interés superior del niño involucrado quien, debido a su escasa edad al tiempo de la separación, la familia que conoció es la que integraba con su padre y hermanas. Finalmente, agrega que sostener en el caso una responsabilidad parental compartida carece de sentido, a más que en principio debe otorgarse la custodia al progenitor que se ha implicado y responsabilizado del menor de edad.

V. Que en camino de evaluar la satisfacción en el caso de los requisitos formales que hacen al recurso de apelación planteado se impone recordar los términos de la resolución que la actora-reconvenida pone en crisis. Y en ese orden, ha de rescatarse que la Sra. Juez a quo tras considerar que la cuestión a resolver gira en torno al otorgamiento del cuidado personal del hijo menor de las partes (ver Cons. 1.), asumió

que correspondía aplicar a los presentes el Código Civil y Comercial que entró en vigencia durante el curso del proceso (Cons. 2); que el tema de los menores no puede ser tratado desde un punto de vista estrictamente jurídico, ya que cuando están en juego afectos, ellos deben ser considerados dentro de un marco social, político, económico y psicológico (Cons. 5.), y que en este tipo de causa la mira debe estar puesta exclusivamente en esa franja etaria dejando de lado las razones subjetivas que pueden asistir a los padres (Cons. 5.).

Así, señalando que el principio de estabilidad o continuidad es relevante para el adolescente (Cons. 6.), tras sopesar la prueba producida, en especial la pericial psicológica realizada el 26.12.07 y los informes socio-ambientales efectuados en los domicilios de las partes, como asimismo las expresiones del menor de edad involucrado, concluyó que no encontraba motivos para modificar la realidad que se forjó durante 11 años y que se viene sosteniendo desde el momento de la separación de los padres (Cons. 8). Ello, aun cuando apreció que la problemática existente en esta familia y en sus integrantes, sólo se resolverá en el ámbito de un buen abordaje terapéutico, donde los componentes de la misma puedan resolver sus conflictivas, por lo que así también lo ordenó (Cons. 8).

Resumida en esos términos la decisión, si al apelar en tiempo hábil (ver constancia de fs. 271) la quejosa endilga errores al fallo, en particular en cuanto considera un yerro resolver atendiendo constancias probatorias realizadas con manifiesta anterioridad al decisorio como así también no haber respetado el cambio de paradigmas acontecido en el ámbito normativo, ello en cuanto propende al ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, posible es concluir que se encuentra -al menos en forma inicial y no sin fuerte reparos- satisfecha la exigencia contenida en el art. 265 del CPCyC. Es que, por un lado, se verifica integrado el requisito de índole subjetivo -agravio-, demostrando la existencia de un interés jurídicamente tutelable (Cám. Nac. Com, Sala D en autos “CARGILL SACI C/ TALYMAN S.A. S/ ORDINARIO”, sentencia del 27/09/11) y, por otro, es necesario ponderar con cierta tolerancia y flexibilidad el cumplimiento de los recaudos legales que establece el aludido articulado, a través de una interpretación amplia que los tenga por satisfechos, aun cuando pueda visualizarse cierta precariedad en la crítica del fallo apelado (ver en igual sentido Cám. Nac. Civ, sala h, sentencia del 15.6.05, Cám. Nac. Com., Sala “e”, sentencia del 22/08/07). Ello principalmente en supuestos como los de autos, pues garantizar el derecho del menor de edad involucrado en una conflictiva familiar ha de ser el norte de toda decisión judicial de este tenor,

debiendo desterrarse, de ser necesario, exigencias meramente rituales.

VI. La admisibilidad formal declarada, exige determinar que el conflicto en esta instancia gira en torno a dos aristas claramente diferenciadas. Una, orientada a la crítica del plexo probatorio fundante de la decisión de grado y, la otra, dirigida a cuestionar la solución misma adoptada.

En esa línea de trabajo diseñada, debe recordarse que el primer reproche formulado al fallo por la actora-reconvenida reside en que la prueba rescatada en su fundamento no refleja la situación actual tanto respecto a su salud mental cuanto al estado económico de los sujetos involucrados. Pues, a criterio de la apelante, atiende informes periciales y producto de trabajo de campo que datan del año 2007 (ver fs. 259/260).

Así expuesto el inicial agravio enrostrado al decisorio en examen, por operatividad del principio de contradicción, debe recordarse que el demandado-reconviniente no duda en afirmar que si su contraria "... estimara que la prueba sobre la que se cimentó la decisión no resultaba adecuada para resolver debería haberlo planteado en el momento oportuno". Y, anclado en ese razonamiento, concluye que por encontrarse la misma debidamente incorporada al proceso precluyó la posibilidad de su cuestionamiento (ver fs. 265).

Presentados de ese modo el planteo recursivo y su refutación ha de refrendarse la valla erigida para su tratamiento. Pues, su introducción si bien pareciera girar sobre la decisión adoptada, en rigor de verdad objetiva, por no idóneo, el plexo probatorio recolectado en la causa en forma previa al fallo dictado (ver fs. 233vlt. in fine).

Acorde con esa definición de los términos del conflicto mantenido en esta instancia debe apuntarse que la colocación de los autos para sentencia no sólo sana nulidades "in procedendo" (conforme lo señalara esta Cámara en autos "UROZ JORGE DANIEL C/ MUNICIPALIDAD DE SAN ANTONIO OESTE S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO", sent. 25.08.14; a más de CAM. Civ y Com. Fed., Sala II, CAUSA 1113/97, del 10.2.98; Maurino A.L., "NULIDADES PROCESALES", ED. ASTREA, 1992, PAG. 62; Sala I CAUSA N° 24.754/95., sentencia del 5/11/98; Sala 4 en autos MASTROIACO, GILBERTO c/ SANTORO, ALBERTO s/ PROCESO EJECUTIVO-NULIDADES, sent. del 26.02.87) sino que tiene por fin último concluir el debate para las partes, en la medida en que el recurso de apelación no es un nuevo juicio al erigirse sólo como una revisión de la sentencia impugnada.

Ello, es así por dos razones que a su vez sirven de sustento a cada una de esas conclusiones. La primera, porque la vía impugnatoria en tratamiento desde su

regulación ha sido concebida para corregir los errores in iudicando. Es decir, los yerros de juicio que pudieran haberse cometido en la sentencia recurrida, habida cuenta que los vicios in procedendo están fuera del ámbito de conocimiento del recurso de apelación. La segunda, porque, por principio, el tribunal de alzada está limitado a pronunciarse sobre los capítulos propuestos a decisión del juez de primera instancia, tal como expresamente lo dispone el art. 277 del CPCyC, salvo las excepciones que contempla la citada norma, las que -valga señalar- no se constatan en el caso de autos.

Además, el encorsetamiento propio del proceso revisor a la prueba producida y a los planteos esgrimidos en primera instancia es más riguroso en supuestos como el presente, ya que el recurso fue concedido en relación (ver fs. 252). De allí que los agravios esgrimidos al apelar, apoyados en el significativo tiempo transcurrido entre el fallo y la realización de los estudios médicos e informes de estado de situación económica que -al decir de la quejosa- dan sustento al mismo, no pueden ser receptados como tales, toda vez que hacen al trámite tácita o expresamente consentido.

En el caso esa solución debe suscribirse especialmente siempre que su formulación resulta contraria tanto a la doctrina de los actos propios, que impide a quienes participan de un proceso cambiar a discreción la postura exteriorizada en el mismo, como al principio de preclusión, ínsitamente anclado en la seguridad jurídica y en la preservación del debido proceso adjetivo. Aunque, y principalmente, debe adoptarse en la advertencia que la dilación de este proceso, iniciado en nov/2006 y sentenciado recién en nov/2015, con la consecuente ausencia de correlato temporal entre parte de la prueba recolectada y el fallo, no resulta ajena a la conducta asumida por la quejosa en el curso de la causa. Por el contrario, con su proceder colaboró activamente a ese resultado, pues no solo incumplió con el deber procesal de mantener actualizado su domicilio real (art. 41, 2do párrafo del CPCyC), conforme surge de las diligencias de fs. 157vlt. y 162vlt. labradas con motivo de notificar la audiencia fijada a los fines instituidos por el art. 9 de la Ley 3934 para el día 04.09.08, sino que se mantuvo en esas condiciones hasta que en marzo/2014 denunciase nuevo domicilio (ver fs. 189), provocando que la Sra. Juez titular apreciase necesario actualizar el informe socio ambiental realizado a cada parte (fs. 190).

Por ello, y siempre que nadie puede buscar amparo de su propia torpeza máxime cuando, como en el caso, el alzamiento del principio de preclusión no produce el efecto de legitimar situaciones inconciliables con el orden público, el recurso formulado debe desestimarse. Es que a más de no resultar la apelación la vía para subsanar la omisión en

que incurriese determinada parte de hacer algo que le incumbía para su beneficio en el trámite de un determinado proceso, el joven prácticamente adolescente fue oído en forma contemporánea al fallo (ver constancia de fs. 222) y la decisión que este último trasunta ha respetado lo expresado por aquél, según se manifiesta al sentenciar y no se objeta al apelar.

VII. Que al desestimarse a cubierto de los principios procesales el primer agravio formulado contra la sentencia que, dictada el 17.11.15, luce glosada a fs. 228/237vlt., corresponde tratar el reproche dirigido contra la decisión adoptada por considerar la quejosa que contraría los nuevos parámetros instituidos por el Código Civil y Comercial, propendientes al ejercicio de la responsabilidad parental compartida (ver fs. 261). Hacer en el que indefectiblemente debe tenerse en cuenta que para el demandado-reconviniendo la mala relación y la distancia que existe entre la madre y su hijo se debe a la ausencia de la actora en la vida de ellos, en el abandono incurrido por ésta, pues si durante siete (7) años siquiera propició un régimen de comunicación mal puede pretender hoy una responsabilidad parental compartida (ver puntualmente fs. 265vlt./266).

Con la finalidad de afrontar este desafío resulta pertinente señalar que mientras la responsabilidad parental se rige, a modo de principios generales e ineludibles, cuan conformadores del orden público en el marco del derecho de familia, por: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, determinando que a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos, y c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (art. 639 del CCyC), su titularidad y ejercicio por parte de ambos progenitores en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio (art. 641 inc. b) no recibe igual trato legal protectorio. Por el contrario, este último axioma se observa constituido como ideal, como la solución querida por el codificador, pero no como parámetro de ineludible respeto.

Ello, habida cuenta que esa pauta inicial determinada desde el ordenamiento por propia disposición normativa ha de ceder, en el caso concreto, frente al interés superior del niño, visto como la necesidad de resguardo del desarrollo y del ejercicio pleno de sus derechos en todos los órdenes de la vida. O dicho de otro modo aun cuando para el ordenamiento esa alternativa puede presentarse como la más querida, llegados a la necesidad de resolver un supuesto particular, su solución puede ser dejada de lado en la

medida en que no se manifieste como la más beneficiosa para el menor de edad de que se trate.

Lo dicho máxime cuando en todo proceso de este orden, en el que se encuentran especialmente niños o adolescentes involucrados, se modifican los conceptos tradicionales del derecho procesal, entre ellos, especialmente, los de cosa juzgada; o sea, predomina el principio de la permanencia de la decisión sólo si "rebus sic stantibus", toda vez que lo decidido hoy puede no resultar conveniente mañana.

Y, fundamentalmente, por la edad del joven involucrado en el caso, pues no es posible desconocer que a nov/2014 (ver fs. 222) contaba con más de 12 años de edad, en tanto nacido en mar/2002, detentando por esa razón un determinado grado de desarrollo físico e intelectual, que obliga a ajustar razonablemente el alcance de su intervención en el proceso, teniendo en cuenta que ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses del joven, respecto de otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. Ello, en la medida en que la preservación del Interés Superior del Niño, asumido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado en determinado momento, se constituye en una verdadera regla de la que no es posible sustraerse ni confundirse con el interés de sus progenitores aun cuando éstos en el ejercicio de la responsabilidad parental sean quienes, en principio, puedan determinarlo.

Bajo esos parámetros, y sin dejar de reconocer que al amparo de la necesidad de dar una adecuada valoración a la voluntad del niño, no se puede reconocer, en principio, la vinculatoriedad jurídica de esa voluntad (conf. "Tratados de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes", T 1, pág. 108, Abeledo –Perrot, edic. abr/2015), pues siempre el poder de su determinación ha de recaer sobre un tercero capaz y responsable, asumo que la solución brindada por la Sra. Juez a quo es la que más se ajusta a la realidad que vive el joven afectado por el decisorio en revisión.

Ello, aun cuando soy consciente que, como lo ha dicho con claridad la sala H de la Cám. Nac. de Apel. en lo Civ. en autos "I.S. c/ F.J. s/ REGIMEN DE VISITAS" (sent. del 17.07.15 "el problema que presenta la familia en crisis difícilmente halle solución en el proceso contencioso tradicional, que sólo pone punto final a una contienda, fracasando a la hora de satisfacer las necesidades y deseos de los miembros del grupo involucrado", pero persuadida que el propio devenir de la causa es demostrativo de la falta de relación vincular del niño en cuestión con su mamá, y la respuesta diseñada se muestra como una alternativa idónea para conformar, finalmente, el rol parental cuyo

reconocimiento normativo se busca desatendiendo, de momento, la realidad.

Por lo expuesto, porque cuando, como en el caso, se encuentran involucrados los derechos de un menor de edad, éste debe ser oído pudiendo expresar su opinión dentro del grado de madurez que le impone su edad (conf. art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación, arts. 3, 5 y 12 de la Convención sobre Derechos del Niño y arts. 3, 24 y 27 de la Ley 26.061), tal como aconteció en autos según constancia de fs. 222, con la expectativa que ésta sea meritada, pues de lo contrario se trataría sólo del cumplimiento de una normativa ritual, y siempre que la solución propiciada desde la magistratura se muestra como la más idónea para atender el "interés superior del niño" involucrado, cuan regla infranqueable en el diseño normativo de la responsabilidad parental y demarcado en el caso a partir de una relación familiar ligada exclusivamente a su progenitor y hermanas mayores por los avatares propios de la vida a los que la impugnante no fue ajena, propicio al Acuerdo: I. No hacer lugar al recurso articulado por la actora reconvenida y, en consecuencia confirmar la decisión adoptada el 17.11.15., con costas por vigencia del principio general de la derrota (art. 68 del CPCyC), sin proceder a regular honorarios atento la participación de representantes del Ministerio Público de la Defensa por ambas partes. ASÍ VOTO.

El Dr. Ariel Gallinger dijo:

Por compartir los argumentos expuestos por la Sra. Juez que me precede en orden de votación, adhiero a la solución propuesta sufragando en igual sentido. MI VOTO.

La Dra. Sandra Filipuzzi de Vázquez dijo:

Atento a la coincidencia de criterios de los Sres. Magistrados que me preceden en orden de votación, me abstengo de sufragar.

Por lo expuesto, y en base al acuerdo que antecede el TRIBUNAL RESUELVE:

I. No hacer lugar al recurso articulado por la actora reconvenida y, en consecuencia confirmar la decisión adoptada el 17.11.15.

II. Imponer las costas a la actora reconvenida (art. 68 del CPCyC).

III. No regular honorarios, atento la participación de representantes del Ministerio Público de la Defensa por ambas partes.

Regístrese, protocolícese y notifíquese. Cumplido y firme vuelvan los autos al Juzgado de Origen. ARIEL GALLINGER - JUEZ DE CAMARA, SANDRA E. FILIPUZZI DE VAZQUEZ-JUEZ (EN ABSTENCION), MARIA LUJAN IGNAZI-JUEZ. ANTE MI, ANA VICTORIA ROWE - SECRETARIA