

**“S., D. A. y P., D. A. s/ Divorcio art. 215 del Código Civil”. J.106 - Sala “G”.
RELACIÓN Nº 509.077.**

Buenos Aires,

5

de septiembre de 2.008.

Y VISTOS: Y CONSIDERANDO:

I. A fs. 21/23 la Sra. Juez de grado atribuyó la tenencia de los hijos exclusivamente a la madre y desatendió la voluntad de ambos progenitores que habían convenido compartirla. Contra tal decisión se alzan las partes. Es dable destacar que el pronunciamiento no cuenta con la adhesión de la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara, quien propicia su modificación.

Para así decidir, la “a quo” ponderó que -en líneas generales- el sistema de tenencia alternada no es recomendable desde el punto de vista de la dispersión del proceso de formación de los menores. Consideró el juego armónico de la preceptiva del art.206, párrafo 2º, en punto a que los menores de cinco años -exceptuando causas graves- deben quedar a cargo de la madre, con los principios sustentados en el fortalecimiento de los lazos fraternos mediante la reunión bajo un mismo techo de todos los hermanos, resaltando, a esos efectos, que la progenitora vive en el que fuera el último domicilio conyugal.

II. Principian los reproches de los recurrentes por conceptuar al “dictum” como una indebida introducción de cuestiones no propuestas a su juzgamiento, que importa una extralimitación en las facultades de la juzgadora. Luego, con apoyo en precedentes jurisprudenciales de esta Cámara, calificada doctrina, y convenciones internacionales, resaltan la importancia del derecho del niño separado de uno o ambos padres de mantener contacto directo y relaciones personales con los dos progenitores (en tanto no resulte contrario al interés superior del niño), como también, de la relevancia del derecho de los padres de tomar decisiones y distribuir equitativamente sus responsabilidades y deberes, según sus funciones, recursos, posibilidades y características personales. En ese plano de marcha reflexionan en que la Sra. Juez no comprendió el origen, alcance y los términos del régimen de convivencia pautado. Que de manera

alguna convinieron una alternancia en la tenencia, sino compartirla, es decir no de modo sucesivo sino, por el contrario, simultáneo. Denotan que la preferencia a favor de la madre en el fallo carece de prueba alguna que permita apartarse de lo libremente acordado, y que jamás pretendieron que los hermanos residan en domicilios distintos, como tampoco resulta una cortapisa la edad de la más pequeña que ya no es menor de cinco años. Sintetizan su posición poniendo de manifiesto que, ante la confluencia cultural de opiniones judiciales, doctrinarias, religiosas, que creen en la conveniencia de las decisiones conjuntas de los padres y de la activa participación de ellos en la vida de los hijos, la sentencia en crisis sobrepasó la petición conjunta de los progenitores para otorgar la tenencia a uno sólo de ellos.

La Sra. Representante del Ministerio Público de la Defensa, por su parte, enfatizó que lo acordado por los impugnantes favorece que los niños asuman su condición de hijos de padres separados, sin privilegiar a uno u otro en cuanto a los deberes y derechos que sobre ellos ambos tienen, especialmente cuando tal ejercicio compartido resulta del convenio referido, único supuesto en que puede aceptarse ese régimen excepcional al de los genéricos del art.264 del Código Civil. Recordó también, con citas de jurisprudencia, que si la ley reconoce a ambos padres la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, privilegia que se trata de una tríada, no de un vínculo diádico, y en consecuencia, no existe medio más bondadoso que el ejercicio en forma conjunta de ella, sin perjuicio de que, en algunos supuestos, ha de ser menester una debida adecuación a las particularidades del caso.

III. *Con relación al primer agravio, es dable recordar que si bien las partes están autorizadas por la ley para celebrar acuerdos de la laya del presentado en el “sub examine”, ello no obsta a la facultad del juez de objetar una o más estipulaciones de dichos convenios, en tanto a su criterio ellas afectaren gravemente los intereses de uno de los presentantes o el bienestar de los hijos. De manera que, más allá de lo que a continuación se decidirá en torno a la conclusión de la “a quo”, ésta contaba con la potestad de contrariar lo*

concordado (art.236, del Código Civil).

En cuanto al fondo de la decisión, cabe señalar inauguralmente , que cesada la convivencia de los cónyuges en ocasión del juicio de divorcio o de separación personal y aun cuando según los términos del art.264 del Código Civil ambos padres mantienen la titularidad de la patria potestad de los hijos menores, surge entonces la cuestión atinente a quién de ellos asumirá la guarda.

Sobre el particular, sostiene Zannoni que al disgregarse el hogar común es inevitable atribuir los deberes de guarda a uno u otro, dado que se produce un verdadero desmembramiento del ejercicio de la patria potestad, y señala que es la convivencia paterno-filial la que hace posible la educación del hijo, supone su vigilancia y corrección. En ese orden de ideas entiende que la atribución de la guarda se logra mediante la llamada tenencia de los hijos menores que traduce, al decir de Busso, el elemento material de la guarda, consistente en la facultad de conservar consigo al menor bajo patria potestad. En suma, para el distinguido colega si la tenencia o convivencia del o los hijos menores con uno de sus progenitores es el elemento material de la guarda, ésta debe ser atribuida también en su contenido sustancial a ese progenitor, y por tal razón, a partir de la ley 23.264, el art. 264 del Código Civil atribuye el ejercicio de la patria potestad al padre o la madre que ejerza legalmente la tenencia. Claro está que el otro conserva la facultad de controlar el ejercicio de los poderes que la guarda otorga en lo relativo a educación, asistencia moral, corrección, etc. (art. 264, inc. 2º) (conf. aut. cit., “Derecho Civil - Derecho de Familia”, 4ª edición, Astrea, vol 2, p.192 y ss).

Es incuestionable que la tenencia compartida o una de sus variantes -la tenencia alternada- no fue contemplada por el legislador, no obstante tampoco fue prohibida expresamente, de donde podría sostenerse que los cónyuges están autorizados a efectuar acuerdos en tal sentido, en tanto no resultaren perjudiciales para los menores. Admitir esto plantea el siguiente interrogante: ¿Cuál es el límite de la actuación judicial en los juicios de familia?.

Sostenía Highton en un ensayo escrito hace ya diez años, que la

autonomía privada tiene un importante margen de acción en el derecho de familia, a pesar del predominio del orden público. Para la autora, el acto jurídico familiar no permite una autorregulación autónoma de intereses individuales desvinculados de estatutos legales imperativos, generalmente de orden público ya que estos intereses aparecen subordinados al concepto superior del interés familiar que inspira tal instituto, empero existe en la solución de los disputas familiares un ámbito de libertad reconocido a las personas para el ejercicio de sus facultades. Señalaba asimismo, con criterio que compartimos, que mucho más eficaz será lo que las partes en conflicto acuerden, que aquello que el juez pretenda imponer con su “imperium”; y aun cuando la jurisdicción disponga otra cosa, no se puede impedir que cumplan con su función paterna conforme su propia convicción (Highton, Elena I., “Pautas para mediadores: tenencia, guarda, visitas y la amplitud de posibilidades de la mediación”, en Revista Derecho de Familia, nº 12, Abeledo-Perrot, p.31 y ss.).

En ese plano de marcha cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pese a la preferencia legal en favor de la madre de un menor de cinco años (a la época del fallo art.76 de la ley 2393, actual art. 206 párrafo 2º del Código Civil), decidió que no había impedimento alguno para desconocer validez a un acuerdo de voluntades que confirió la tenencia al padre, si conforme las circunstancias del caso, no aparecía, objetivamente considerado, como contrario al orden público, ni hallaba impedimento alguno en lo prescripto por la normativa antes señalada (CS, abril 19-1983, M.O.R., LL, 1983-C-50).

También resulta oportuno memorar que la “Convención sobre los derechos del niño” (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20/11/89, y de raigambre constitucional), reconoce a los menores, entre otros derechos, el de ser cuidados por sus padres, a que se preserven las relaciones familiares, y a no ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos salvo cuando sea necesario en el interés superior del niño (conf. arts.7º, 8º y 9º).

La tenencia compartida ha sido descalificada como propuesta coherente partiendo del paradigma que el divorcio implica patología y

desorganización de la familia, y por tanto, la conducta de los cónyuges en su trato recíproco no es merecedora de confianza. Se razona entonces que no es posible pensar en una interacción de los progenitores separados si juntos no pudieron entenderse. Postura que ha sido replicada desde la circunstancia general de que acuerdos de tal naturaleza se formalizarán sin duda entre esposos que conservan una relación aceptable y que diferencian la interacción de la pareja conyugal de la interacción de la pareja parental a pesar del fracaso matrimonial. Y también se ha refutado la primera posición considerando que las presunciones sobre la probable conducta de los padres divorciados se sustentan en lo que acontece con la tenencia unipersonal, donde es dable observar -en numerosos casos- que el progenitor no custodio objeta permanentemente las acciones del tenedor. En razón de lo expresado, es evidente que el nudo del problema no se halla en el régimen elegido, sino en la dinámica existente entre los padres (conf. Grosman, Cecilia P., “La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia”, LL, 1984-B-806).

Abundantes son las razones prácticas que se esgrimen en favor o en contra de un régimen como el que las partes acordaron en la especie, y que nos permitimos no detallar por razones de brevedad (los trabajos de las Dras. Highton y Grosman, citados anteriormente, cuentan con enunciaciones de las ventajas e inconvenientes y el desarrollo de ellas, a los que remitimos), pero no podemos soslayar que tales reflexiones no dejan de ser empíricas y que la magnitud del tópico y las particularidades que pueden presentar las relaciones de cada familia exige que se analice desde la óptica del supuesto en debate; no se deben adoptar conceptos rígidos y generalizados sobre el tema. Y no puede perderse de vista que en definitiva, el principio general que surge de la convivencia matrimonial es la tenencia compartida, y que en definitiva, el acuerdo de autos, ya separados los cónyuges, tiende a mantener ese principio primigenio. Como tampoco la realidad que indican los innumerables conflictos en los que los jueces disponen terapias de re-vinculación para tratar de restablecer los lazos familiares desmembrados.

Sentado todo lo anterior, corresponde señalar que les asiste razón a los apelantes en cuanto a que la “a quo” confundió la tenencia compartida con la tenencia alternada (una de sus variantes como ya dijimos). Esta última es la que mayores reparos presenta y no somos extraños a las objeciones que amerita.

Por lo demás, si como se dijo precedentemente, las estipulaciones de la índole de la impugnada por la sentencia recurrida no pueden ser invalidadas “ab initio” y merecen apreciarse desde la óptica de cada caso, no se observa en el presente circunstancias que permitan considerar que aquello que libremente convinieron los progenitores no resulta adecuado para sus hijos o comprometa de alguna manera el interés de los menores, no hay ninguna evidencia que arroje sombras sobre la utilidad del régimen voluntariamente escogido en este supuesto particular, ni lo ha puesto de manifiesto la Sra. Juez, más allá de los criterios genéricos en los que se fundó. Lo cierto es que, se adopte una u otra posición sobre el tema, tal como se presentan los hechos en la especie, sólo el tiempo dirá cuál de las posturas era errónea y hasta qué punto la interacción familiar de esta progenie y su padres fue positiva, teniendo en cuenta, además, que la atribución de la tenencia tiene siempre un carácter provisional y puede ser modificado por el juez siempre que el interés de los menores así lo exija.

No resulta un dato menor, a la hora de tomar una prudente decisión, que los padres han optado por una clase de juicio que se compadece con la estipulación impugnada por la Sra. Juez, su mancomunada demanda presupone tanto dejar de lado la contienda, como un grado de madurez y de mutua comprensión y respeto, a la vez que una voluntad coincidente en asumir y ejercer en conjunto los deberes que les impone la ley en pro de la integración familiar aún luego de la ruptura del vínculo conyugal. De todos modos, no escapa al Tribunal que más allá de los auspiciosos términos del convenio, lo trascendente es, por sobre las intenciones enunciadas, la real cooperación de los padres a través de conductas positivas, empresa que muy especialmente a los recurrentes encomendamos.

En atención a todo lo anteriormente expuesto y los limitados

elementos reunidos en la especie, nos inclinamos por la modificación del decisorio en aquello que ha sido materia de reproche.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por las Sra. Representante por ante este colegiado del Ministerio Público de la Defensa, **SE RESUELVE:** *Modificar el pronunciamiento de fs.21/23, en cuanto otorga la tenencia de los hijos menores únicamente a la madre, y en su mérito homologar lo convenido por los apelantes sobre el particular. Sin costas por no mediar contradicción. Regístrese, notifíquese a la Sra. Representante del Ministerio Pupilar en su público despacho y oportunamente devuélvase, encomendándose a la Sra. Juez la notificación del presente a las partes.*

Carlos A. Bellucci

Beatriz Areán

Carlos A. Carranza Casares