

Comentario a fallo.

Sentencia N° 58 23/11/2011, Autos “P., J. C. c/ P., M. A.- Tenencia”, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y Contencioso Administrativo de la Cuarta Circunscripción Judicial con sede en la Ciudad de Villa María, Provincia de Córdoba.

“LA DIFÍCIL TAREA DEL JUZGADOR FRENTE A LA CONFLICTIVA PARENTAL. CUANDO LA LÓGICA DE “VENCEDORES Y VENCIDOS” ES LA QUE RIGE EN UN PROCESO DE FAMILIA”.

1. Introducción.

Sin lugar a dudas, la revinculación entre padres/madres e hijos/as no convivientes, traducida su solicitud en el marco de un juicio contencioso es una de las problemáticas que mayor conflictiva presenta en materia de derecho de familia.

Lógicamente, esta afirmación no pretende generalizar una situación en tanto que numerosas familias logran atravesar de manera saludable las desavenencias propias de la vida, pudiendo reordenar la nueva dinámica familiar sin transitar por el doloroso camino de la judicialización y la hiperinstitucionalización.

El derecho a la debida comunicación¹ con el padre/madre no conviviente, se erige hoy como un derecho humano básico de los niños y niñas enrolado en el derecho a la coparentalidad, reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes.

El objetivo del presente comentario a fallo, es abordar de manera acotada las dificultades que se evidencian en este tipo de conflictiva cuando los caminos se reducen a una praxis tradicional adversarial y por otro lado, ahondar en la delicada senda de un tema por demás sensible como es la relación parental/vincular entre padres/madres e hijos/as, cuando la misma está atravesada circunstancias particulares como problemas relativos a salud mental, divorcios o separaciones mal avenidos o destructivos, o posiciones antagónicas por parte de los progenitores las que repercuten de manera directa o indirecta en los hijos/as.

Advirtiendo la profunda complejidad que se evidencia en casos con éstas características, este trabajo pretende aportar una reflexión tendiente a sumar ideas frente a realidades penosas cada vez mas instaladas en los estrados judiciales.

2. El caso. Motivos del recurso de apelación.

En el marco de una acción de cambio de tenencia, la Jueza de primera instancia, hace lugar a la demanda impetrada por el progenitor –quien solicita la guarda de sus tres hijos-, estableciendo asimismo, un régimen comunicacional a favor de la madre no conviviente bajo la modalidad de un régimen de visitas controlado o supervisado por el Equipo Técnico de la Ciudad de Córdoba.

El progenitor de los niños apela la decisión, no conforme con el régimen comunicacional ordenado. Sostiene que no se ha efectivizado el principio de inmediatez que rige en los asuntos de familia ya que la causa se ha iniciado en el año 2005 interviniendo en la misma la jueza actuante en el año 2009. En esta línea argumental, expresa que Su Señoría no ha tomando contacto directo con las partes ni con los niños. A su vez, el quejoso argumenta la falta de valoración de su accionar a lo largo de estos años procurando el bienestar tanto físico como psíquico de sus hijos; que la resolución se extralimita al estricto objeto de la pretensión (cambio de tenencia); cuestiona la interpretación y valoración de dictámenes que dan cuenta sobre la capacidad de la demandada.

¹ Compulsar Lloveras, Nora “El régimen de comunicación y el ejercicio abusivo de las funciones del progenitor ‘custodio’”, en Faraoni, Fabián Eduardo- Ramacciotti, Edith Lelia-Rossi Julia (directores) “Régimen comunicacional- Visión doctrinaria”, Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba 2011, pag. 86 y ss; Tavip, Gabriel Eugenio “La adecuada comunicación. Un derecho en cabeza de los hijos”, en Faraoni, Fabián Eduardo- Ramacciotti, Edith Lelia-Rossi Julia (directores) “Régimen comunicacional- Visión doctrinaria”, Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba 2011, Pág. 336 y ss.

En este sentido, la Cámara de Apelaciones rechaza el recurso interpuesto, fundando la sentencia en valiosos argumentos que dan cuenta de la mirada correcta sobre el derecho de niñas y niños a la coparentalidad, en consonancia con los estándares que emanan de la Convención sobre los Derechos del Niño².

3. La Sentencia de la Cámara de Apelaciones.

La Cámara rechaza el recurso interpuesto por el progenitor confirmando la decisión del juez a quo. Reproduce los argumentos vertidos por la jueza de grado inferior aunque sugirió *“se evalúen tanto la conveniencia, cuanto la mejor oportunidad, posibilidades, condiciones y plazos, para lograr una adecuada revinculación de madre e hijos; informándose al tribunal (en períodos que nos se extiendan mas allá de treinta días), respecto a la marcha del espacio terapéutico de revinculación, con un detalle puntual acerca del cumplimiento de los deberes de los progenitores...”*³

Es importante reseñar algunos de los puntos principales que se extraen de la causa. Entre ellos, algunas sus características. Expresa la Cámara que la causa es compleja, plagada de múltiples incidentes y denuncias recíprocas, que se inicia en el año 2005 y llega a conocimiento de la jueza actual en el año 2009, encontrándose diligenciada toda la prueba ofrecida. Además, se ha dispuesto de múltiples medidas tendientes a ilustrar adecuadamente la situación de hecho.

En este sentido *“el abundante material probatorio acumulado, la hiperactividad y la altísima conflictividad exteriorizada por las partes y los profesionales intervinientes (...) sumadas a la prolongada tramitación de un proceso que involucra a tres menores (...) ha llevado a la señora jueza al convencimiento de que contaba con elementos de juicio suficientes para sentenciar.”*⁴

La sentencia que se analiza en el presente comentario, ahonda sobre el derecho de los niños, niñas y adolescentes a la coparentalidad, al debido ejercicio de la responsabilidad parental, indaga sobre el rol de los profesionales que intervienen en un proceso de familia y en los principios procesales que rigen en materia familiar, en particular el principio de inmediatez el que se cuestiona a través del recurso interpuesto.

4. El principio de inmediatez en el proceso de familia y el delicado equilibrio a fin de evitar la revictimización de niños y niñas.

La doctrina procesalista⁵ moderna es conteste en afirmar que el procedimiento en materia de derecho de familia, esta teñido de particularidades y especificidades lo que lo hacen único y diferente del proceso ordinario civil.

Es decir, los principios de celeridad, inmediatez, oralidad, oficiosidad, reserva, conciliación entre otros, toman una dimensión relevante en virtud de la materia particular que hace al objeto del proceso que es la conflictiva de las relaciones familiares.

En el caso que comentamos, se cuestiona y se problematiza respecto a una posible no efectivización del principio de inmediatez. Argumento que es rechazado por la Cámara, al entender que, citar a los niños una vez mas –luego de haber transitado durante años por Juzgados, Policía, Consultorios de equipos técnicos- generaría una revictimización en atención al padecimiento sufrido a lo largo de estos años de intervención judicial e institucional.

En este punto, resulta fundamental resaltar la difícil tarea del juzgador y la importancia de ponderar los derechos y garantías en juego. Si bien el derecho de los niños a ser escuchados forma parte del cúmulo de garantías mínimas de procedimiento⁶ establecidas por el sistema de

² En adelante CDN.

³ Extracto de la sentencia N° 58.

⁴ Extracto de la sentencia N° 58.

⁵ Compulsar Ferreyra de De la Rúa, Angelina- Bertoldi de Fourcade, María Virginia “Régimen Procesal del Fuero de Familia”, Ed. Depalma, Bs. As. 1999; Ossola, Alejandro “Fuero de Familia de Córdoba”, Ed. Advocatus, Córdoba 2007; Bergoglio, María Teresa- Grosso, Rodolfo Rolando “La Mediación en los Tribunales de Familia”, Ed. Alveroni, Córdoba 1995, pág. 25 y ss.;

⁶ Art. 27 de la ley 26061. Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la

protección integral, ningún derecho puede ser valorado en abstracto, sin contextualizar su oportunidad y conveniencia. En el caso de autos, aparece palmaria la hiperactividad e hiperjudicialización a la que han sido sometidos estos niños, debiendo la judicatura dar una pronta respuesta a fin de evitar una iatrogenia⁷ judicial.

De los fundamentos de la sentencia se extrae *“estamos persuadidos de que el proceso contencioso tiene debilidades para alinearse con el ‘mejor interés familiar’, ya que las decisiones judiciales en este campo ponen punto final a una contienda pero fracasan para satisfacer las necesidades y deseos de todos los miembros de la familia y menos aún de los niños.”*⁸

Por lo expuesto, y considerando también una excesiva actividad profesional –tanto en la defensa del actor como en la de la demandada-, surge de manera imperiosa la necesidad de una solución que intente acotar la alta conflictividad que se traduce en miles de fojas judiciales. En este sentido, resulta sensato poner un coto a la praxis litigiosa traducida en numerosos cuerpos que se suman en el expediente.⁹

5. El derecho a la coparentalidad. El debido ejercicio de la responsabilidad parental y la correlativa idoneidad para detentar el cuidado de los hijos/as.

El derecho a la coparentalidad y a mantener un adecuado contacto con el progenitor/a no conviviente surge del plexo normativo constitucional y del sistema de Protección Integral.¹⁰

Si bien de la plataforma fáctica del caso en cuestión, surge la imposibilidad del ejercicio compartido de la responsabilidad parental, es válido mencionar que “la tenencia uniparental de nuestro código ha demostrado en la experiencia cotidiana que el someter al hijo a una sola manera de ‘ver las cosas’ en cuanto a educación, formación, etc., en gran cantidad de casos hace que el progenitor con el que no convive disminuya el contacto con sus hijos, escatime el cumplimiento de sus obligaciones parentales, hasta hacerlas, a veces, cesar por completo. Por otro lado, el que convive con ellos se siente ‘dueño’ de los niños, quienes vislumbran que de

Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine. d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el Superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

⁷ Si bien el término iatrogenia se utiliza en el marco de las ciencias de la salud, nos permitimos utilizarlo en el ámbito jurídico, ya que evidencias pragmáticas nos permiten sostener que la innecesaria intervención judicial y hasta la hiperjudicialización produce los mismos efectos negativos sobre las personas similares a los producidos en el ámbito de la salud.

⁸ Extracto de la sentencia, cita de Waigmaister, Adriana “Acceso a ambos progenitores como un derecho humano de los niños”, Sup. Const. Esp. 2003 (abril), 134- La Ley 2003- C, 1212).

⁹ Vale destacar en este aspecto, la importancia del rol y función que cumplen los profesionales que ejercen la actividad en materia de familia. Es imposible sostener una praxis ética, que se aleje de los principios que rigen el proceso de familia. La especificidad del fuero, sumado a la delicada materia objeto del litigio (relaciones familiares), hacen que la mirada del operador jurídico deba alejarse de las viejas nociones tradicionales-adversariales que fundan el proceso ordinario civil.

¹⁰ Art. 9 inc.3 de la CDN establece “los Estados parte respetarán el derecho del niño que está separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si es contrario al interés superior del niño”; art. 11 de la ley 26061 “...mantener en forma permanente y regular el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley...”; ver Rossi, Julia- Theaux, María Denise “El Interés Superior del Niño y su derecho a mantener una adecuada comunicación con ambos progenitores, parientes y terceros con interés legítimo” Breves nociones y su evolución jurisprudencial, en Tagle de Ferreyra, Graciela “El Interés Superior del Niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios, Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba 2009, pág. 181 y ss.

alguna manera ‘pierden’ generalmente al padre, que deja de cumplir su rol, en detrimento del principio de que debe prevalecer, como es el del interés superior del niño”.¹¹

En este sentido, los tribunales argentinos han expresado que “ambas figuras parentales resultan imprescindibles en la crianza, formación y educación del hijo, lo que no puede variar por la falta de convivencia de los progenitores. La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su art. 2º, que todos los niños tienen los mismos derechos sin distinción alguna, por lo que los hijos de padres separados o divorciados tienen los mismos derechos que todos los niños”.¹² Este derecho ha sido resignificado por el tribunal, exhortando a los adultos a superar la deficiente relación que los une y de la que no pueden sobreponerse en beneficio de los hijos de ambos. Así, la Cámara ha afirmado “*el distanciamiento puede ser revertido si los padres (respaldados convenientemente por sus asesores letrados y demás profesionales que los asisten) son capaces de resolver las causas que provocaron la disfuncionalidad del alejamiento, y que ningún tribunal puede ni debe cejar en el intento de que un menor se encuentre privado definitivamente de reconstruir su vínculo filial, sea con la madre (como en autos), con el padre, o con la persona que haya hecho sus veces en su primera infancia...*”¹³

Por otra parte, el fallo bajo análisis enfatiza en la idoneidad que debe detentar el progenitor a quien le sea asignado el cuidado de los hijos/as. En este aspecto, menciona una de las condiciones que debe evaluar el juzgador al momento de discernir la guarda y es la de facilitar, promover e impulsar las visitas con el padre/ madre no conviviente. En síntesis, el progenitor que detenta el cuidado de los hijos, debe mantener una actitud “proactiva” a fin de que se efectivice un derecho humano básico de niños y niñas que es el derecho a la coparentalidad.¹⁴

6. El régimen comunicacional supervisado. Una medida garantista frente a la profunda conflictiva familiar y vincular.

Sería necio pensar que luego de seis años de litigio, una decisión judicial podrá mágicamente solucionar desde el plano fáctico la vida de las personas. La imposibilidad por parte de los adultos¹⁵ de sobreponerse a sus intereses personales, salvaguardando a sus hijos del intervencionismo judicial e institucional, o procurando aportar los máximos recursos personales posibles a fin de que la intervención sea acotada en el tiempo y no implique una injerencia arbitraria en la intimidad de personas menores de edad, ha generado una grieta profunda muy difícil de recomponer.

En este contexto, la medida adoptada por la jueza de grado y confirmada por la alzada representa un acierto tendiente a revincular y reestablecer el vínculo materno-filial.

Este espacio terapéutico, debe leerse como una instancia positiva la que garantizará el mejor interés de los niños. La supervisión se proyecta no solo a la revinculación, sino que puede aportar elementos significativos tendientes a establecer el beneficio o perjuicio de la misma.

Asimismo, el equipo técnico deberá informar al tribunal de manera detallada el cumplimiento de los deberes de los progenitores, lo cual representa un auxilio imprescindible a la función jurisdiccional.

7. Conclusiones

1. Resulta acertada la decisión de grado, confirmada por la alzada, en el sentido de que “*la solución intentada transita por el camino que se presenta como el más adecuado a las*

¹¹ Conf. Ilundain, Mirta “Responsabilidad Parental”, en Revista Derecho de Familia N° 57, Directoras: Grosman, Cecilia P., Kemelmajer de Carlucci, Aída, Lloveras, Nora, Ed. Abeledo Perrot, noviembre de 2012, Pág. 314.

¹² Juzgado de Familia de 4º Nominación de Córdoba, 08/02, “S. C. A. y G. M. F. – Divorcio Vincular; Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad, vol. 1, mayo de 2004, Pág. 43.

¹³ Extracto del fallo.

¹⁴ Compulsar Gil Domínguez, Andrés-Famá, María Victoria-Herrera, Marisa “Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia”, Ed. Ediar, Bs. As. 2007, pág. 149 y ss.

¹⁵ El art. 7 segundo párrafo de la ley 26061. Responsabilidad familiar. “...El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos...”

circunstancias de este largo, complejo y penoso proceso, pues intenta poner en acto el ‘mejor interés de los niños’”;

2.La medida dispuesta –atribuir provisoriamente la tenencia de los niños al progenitor y ordenar un régimen comunicacional supervisado por el equipo técnico de la ciudad de Córdoba- recoge los fundamentos que emanan de los estándares constitucionales y de la calificada doctrina moderna en materia de derecho de familia.

3.La sentencia en cuestión aborda el derecho humano básico de los niños a mantener un contacto adecuado con el progenitor/a no conviviente, aunque consciente de la profunda conflictiva familiar y vincular, debe efectivizarse tal derecho a través de vías o medios idóneos que puedan lograr una revinculación saludable;

4.De los elementos probatorios arribados a la causa, se desprende una “altísima conflictividad, hiperactividad, abundante material probatorio, numerosos incidentes y denuncias recíprocas”, lo que revela también una praxis profesional alejada de los principios no adversariales que impone el proceso de familia.

5.En definitiva, luego de un penoso proceso donde “nadie gana, ya que la familia ha perdido”, se alza una esperanza, al haber intentado desde la actividad jurisdiccional otorgar respuestas al justiciable, interpelando a las partes a recuperar el papel protagónico en la escena familiar siendo únicos y exclusivos conductores de su bienestar.