

Dictamen del Procurador General, Expte. N.º C 123.064 “A. Ch. S. `E. A. c/ G. R. E. s/ incidente de modificación de tenencia de hijos”.

FECHA | 23 de abril de 2019.

ANTECEDENTES | La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del departamento judicial de Bahía Blanca con fecha 28 de marzo de 2018 revocó el decisorio de primera instancia que, a su turno, estableció un régimen de cuidado compartido bajo modalidad indistinta –con residencia principal en el domicilio materno–y, en su lugar, dispuso la atribución del cuidado personal unilateral de los niños F. y Y. A. a su progenitor con un amplio régimen de comunicación a favor de la progenitora.

SUMARIOS | **Prueba. Absurdo.** De conformidad con inveterada doctrina de la Suprema Corte, “La apreciación de las circunstancias del caso para determinar la custodia personal de los menores de edad, en función del interés de los mismos y de la idoneidad de los padres, es una cuestión de hecho, privativa de las instancias ordinarias, cuya decisión solo puede ser revisada en el caso de que se hubiera configurado absurdo” (SCBA; C 121539, sent. del 25 de abril de 2018).

Cuidado personal de los hijos. Modalidades. Regla. La decisión impugnada evidencia el vicio de absurdidad endilgado en virtud de apartarse de las normas que establecen la prioridad del cuidado personal compartido –con independencia de la convivencia o no de los progenitores– sin justificar los extremos requeridos para la aplicación del régimen de excepción: el cuidado personal exclusivo o unilateral (arts. 648, 650, 651, 653, 658 y ccs. C.C.y C.) En efecto, resulta sabido que el Código Civil y Comercial incorpora como regla el cuidado personal compartido bajo la modalidad indistinta y, como excepción, el cuidado personal compartido con modalidad alternada y el cuidado personal exclusivo unilateral (arts. 651, 650 y 653 respectivamente).

Cuidado personal. Residencia de los hijos. La cuestión que se debate se centra en la determinación de la residencia de los niños de modo principal o exclusivo junto a su progenitora o a su progenitor, sin que resulte cuestionada la cuestión vinculada con el ejercicio compartido de la responsabilidad parental (art.641, inc. b y ccs., C.C.y C.).

Cuidado personal. Residencia de los hijos. Pautas. Principio de estabilidad. La alzada funda su decisión en una consideración central: el principio de estabilidad. Los niños llevan nueve años –prácticamente la totalidad de sus vidas – conviviendo junto a su

padre en virtud de la decisión provisional que hizo lugar a la solicitud de modificación provisoria del régimen de tenencia que fuera oportunamente homologado.

Cuidado personal. Residencia de los hijos. Pautas. Derecho de los niños a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta. Tal como lo destaca la alzada, resulta incuestionable el carácter primordial que reviste el principio de estabilidad o 'statu quo' para la determinación de la modalidad de cuidado de los hijos, sin embargo, dicha circunstancia no permite soslayar la trascendencia que corresponde atribuir a la opinión de los niños –actualmente de 10 y 12 años– en oportunidad de adoptar la solución que mejor garantice su bienestar (Mizrahi, M., Responsabilidad Parental, op.cit., p. 399 y ss.). Al respecto ha sostenido el Procurador General de la Nación –en un dictamen que la Corte Federal hace propio– que “Este Ministerio se ha pronunciado enfáticamente en favor del valor estabilidad, en el entendimiento de que es necesario para el desarrollo sano de las personalidades en formación (v. dictamen de Fallos: 331:941, arriba citado). Empero, dicha regla no debe identificarse con la inamovilidad definitiva del status existente al tiempo de juzgar pues, en esta materia, ni siquiera las sentencias judiciales hacen cosa juzgada material. Se orienta, más bien, a impedir que los jueces implementen modificaciones apresuradas, sin un sustrato serio que les dé asidero” (Fallos 333:1776).

Derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta.

Omisión. Si bien se destaca que “...el estado general de los niños es muy bueno, encontrándose bien integrados a la familia paterna” y que “ambos han manifestado encontrarse a gusto conviviendo con su padre y con N. – la pareja del accionante–”, el razonamiento efectuado omite la consideración de un elemento de juicio esencial: la opinión manifestada por los niños de querer convivir junto a su madre.

Derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta.

Edad. Recaudos. En suma, de los elementos de juicio agregados con posterioridad a los informes ambientales tenidos en cuenta por la alzada para resolver, surge con claridad no sólo el deseo manifestado por los niños –en ese momento de 6 y 7 años– de querer convivir junto a su madre, sino también las consideraciones efectuadas por el juez, la perito psicóloga y el representante del Ministerio Público respecto de que esa opinión expresa una voluntad real, es decir, libre de condicionamientos o influencias indebidas por parte de los adultos.

Derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta.

Alcances. Deber del juez. Pues si bien –como también lo señala el a quo– resulta sabido que escuchar al niño no supone aceptar incondicionalmente su opinión, lo que sí le resulta

vedado al intérprete es desconocerla. (...) En otras palabras, la obligación del juez de tener debidamente en cuenta la opinión de los niños en esta clase de procesos supone el deber de incorporar, entre los fundamentos, los motivos por los que estima conveniente considerar o apartarse de su opinión, máxime si se tiene en consideración las edades de los niños de conformidad con el principio rector de capacidad o autonomía progresiva (arts.26, 639, 653, 707, y ccs. C.C.y C.; Comité Derechos del Niño, OG 12/2009, párr. 45; CIDH, “Atala Riffo vs.Chile” (2012), párr.196-208).

Prueba. Evaluación interdisciplinaria. Actualidad. En particular relación con la prueba destinada a evaluar el impacto de la decisión en la vida de los niños, únicamente se cuenta con el informe ambiental elaborado en el mes de marzo de 2012 a fs. 406/8 – y ampliado en el mes de octubre del año 2014 a petición del representante del ministerio público, fs. 788, 795, 800 y vta. y b 810 y vta.– y con la pericia psicológica realizada a los niños en el mes de junio del año 2015 (fs. 831/2). Al respecto resulta sabido la función esencial que reviste la interdisciplina para la determinación del bienestar de los hijos en esta clase de procesos (arts.706, 709, 710 y ccs. C.C.y C.).

Prueba. Interés superior del niño. En definitiva, si bien el principio de estabilidad resulta una pauta insoslayable para la determinación de la cuestión vinculada con la residencia de los hijos con posterioridad al cese de la convivencia de sus progenitores, su aplicación no exime al juzgador de efectuar una labor hermenéutica destinada a conjugar, con la actualidad suficiente, los elementos de juicio indispensables para la determinación de la solución que mejor satisfaga el bienestar actual y concreto de los hijos –entre los que resulta insoslayable la opinión expresada por éstos–, en especial cuando se decide aplicar un régimen de cuidado personal excepcional (SCBA C118503, sentencia del 22 de junio de 2016; C120208, 21 de diciembre de 2016; C122501, entre otras).