S.C. V N° 777; L. XLII – “V., M. N. c/ S., W. F. s/ autorización” – CSJN – 14/09/2010

Suprema Corte:

Luego de la revisión de las actuaciones venidas a esta sede, advierto que existen otros expedientes que no se tienen a la vista (ver fs. 637 y fs. 676)). Asimismo, en virtud del tiempo transcurrido, se carece de datos acerca de la situación familiar actual.- En consecuencia, y atento a que estimo conveniente contar con esos elementos de juicio a los fines de mejor dictaminar, solicito que, si V.E. lo estimare pertinente, quiera tener a bien disponer la producción de las medidas que propongo a continuación: 1°) se remita la totalidad de las causas iniciadas entre las mismas partes;; 2°) se lleve a cabo un nuevo informe socio-ambiental, por parte de la perito de oficio, Lic. Nilda Saucedo; con sendas visitas al domicilio del niño y al establecimiento escolar al que éste concurre; 3°) se actualice el examen psicodiagnóstico efectuado por el Cuerpo Médico Forense a fs. 491/494; 4°) se requiera a la actora que aclare documentadamente su condición migratoria y laboral actual; 5°) se arbitren los medios en orden a la realización de una evaluación socioambiental completa, respecto de la sra. M N V y de su grupo conviviente.

Buenos Aires, 11 de febrero de 2008.//- Fdo.: Marta Beiró de Goncalvez.-

Suprema Corte:

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por su Sala L, revocó la resolución del juez de grado que, en lo sustancial, había autorizado al niño D.S.v. a salir del territorio de la República Argentina con destino a España, para vivir allí junto a M.N.V (v. fs.- 545/550 y 689/690 del expediente principal, a cuya foliatura me he de referir en adelante, salvo aclaración en contrario).-

Para así decidir, apuntó que en el juicio de divorcio se convino deferir a la madre la tenencia del único hijo, nacido el 2 de diciembre 1997. Al año siguiente, la Sra. V. renunció a su empleo en pos de una mejor remuneración en España, iniciando en el mes de diciembre de 2001 el incidente tendiente a la radicación de D.S.V. en aquel país.- La Sala hizo mérito de declaraciones testimoniales según las cuales, durante todo este tiempo, el padre le ha brindado al niño excelentes cuidados, prodigándole todo su afecto. Lo mismo se desprende – prosiguió - del informe pericial obrante a fs. 585/586, cuya indudable fuerza probatoria debe reconocerse como lo marcan la ley adjetiva y la jurisprudencia.- Observó que a fs. 491/494 el Cuerpo Médico Forense había constatado que la dinámica relacional es más favorable respecto de la madre, pero a renglón seguido los expertos evaluaron que ambas partes tienen capacidad suficiente para desempeñar el rol parental.- Entendió que no () existen elementos de entidad que tornen viable un cambio de tenencia, porque éste no puede justificarse en la conveniencia de un mayor contacto del hijo con el progenitor no conviviente, ya que ese propósito puede lograrse a través de la amplitud del régimen de visitas.-

Destacó que en este caso, el niño ha estado durante la mayor parte de su vida al cuidado del padre, sin que pueda inferirse de las constancias del expediente, que el Sr. S. no esté en condiciones de continuar con esa tarea, que realizó durante varios años.- Se hizo eco del criterio según el cual, para impedir que uno de los padres continúe con la custodia,

deben probarse causas graves, e indicó que en la jurisprudencia priva la idea que la tenencia debe otorgarse, en principio, a aquél con el cual se encuentra el hijo, manteniéndose el statu-quo.-

Transcribió consideraciones efectuadas por los tribunales marplatenses, en cuanto a la relevancia de la estabilidad en el desarrollo emocional de la prole, y a la conveniencia que el niño -desde la perspectiva de su interés superior- no sufra cambios que lo alejarán no sólo de su padre, sino de su entorno afectivo más cercano, su familia amplia, su barrio, su colegio, sus amigos, su ciudad y su país, aspectos que consideró de importancia crucial en esta etapa de la vida.-

Contra este pronunciamiento, la actora interpone el recurso extraordinario de fs. 748/752, cuya denegatoria de fs. 778, motiva la presenta queja.- Tacha de arbitraria a la sentencia reprochando, en primer lugar, que se ha tergiversado la opinión del Cuerpo Médico Forense, toda vez que el juicio positivo en cuanto al correcto desempeño de la función paterna, antecede a la conclusión final emitida en el sentido de que es más favorable la relación con la actora. Entonces, afirma, de ningún modo puede pensarse que O. estará mejor con el padre sino que, a la inversa, los expertos dicen claramente que estará mejor con su madre.-

Sostiene que la Sala omitió considerar las valiosas declaraciones rendidas por sus empleadores argentinos, de las que resultan -entre otras cosas- el grado de dedicación, el tipo de relación que la unía a su hijo, el incumplimiento alimentario del demandado y el objetivo que la movió a viajar a España (proporcionar a O. una vida mejor).-

También ignoró el testimonio del Sr. Sus, que se expidió en igual sentido, agregando que sólo ella pagó y canceló deudas comunes a la pareja (alquiler y cuotas bancarias).- Se agravia porque tampoco se tuvo en cuenta el informe psicosocial de fs. 664/665, en tanto se inclina por el vínculo que ofrece la madre, calificándolo como más favorable para el D.SV.-

Destaca que la Defensoría de Menores, con base en la mencionada pericia, dictaminó en el sentido de que, teniendo en mira lo mejor para el niño en razón de su corta edad, resulta beneficioso que conviva con su madre, con quien mantiene muy buena relación afectiva y es quien ejerce legalmente la tenencia por acuerdo de partes; consejo éste que fue desconocido.- Aduce que, a diferencia de la sentencia de primera instancia -que contiene un exhaustivo examen de la prueba, confrontándola en su integridad-, la Alzada no desarrolló justificación alguna.que sustente su posición contraria, ni se ocupó de cuestionar: en forma motivada los fundamentos del juez de grado.-

Añade que los argumentos relativos a la inconveniencia del cambio de hábitat, no resultan atendibles frente a las conclusiones técnicas y los testimonios obrantes en autos. Resta trascendencia a los vínculos referidos por la Sala, ya que la corta edad del niño impediría tenerlos por consolidados.- Finalmente, asevera que no se ha satisfecho el interés superior de D., contraviniendo así a la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 3 y 9 (inc.- 3).- En cuanto a la procedencia formal del recurso, debo advertir ante todo que, si bien la resolución impugnada no hace cosa juzgada material, sin duda es susceptible de ocasionar un agravio de insuficiente o imposible reparación ulterior, por la incidencia indiscutible que el problema en debate tiene en la vida del hijo -menor de edad- de los litigantes (arg. Fallos: 312:1580; 330:3055).-

Por otro lado, aunque lo atinente a la custodia de la prole alude a cuestiones de hecho, prueba y derecho común -ajenas, como regla, a la instancia extraordinaria-, cabe habilitar este remedio de excepción cuando lo decidido carece de fundamentos suficientes que le den sustento como acto jurisdiccional (arg. Fallos: 328:2870).- Adelanto desde ya que, en este caso particular, mi convicción es que la sentencia presenta defectos, cuya entidad sustancial reclama la intervención de ese máximo Tribunal.- Como es bien sabido, las cuestiones que se suscitan en torno a personas menores de edad deben solventarse en función de su mayor bienestar. En ese orden, tengo dicho que la labor decisoria ha de partir de aquel principio, puesto que el modo de ser propio de este tramo fundacional de la existencia humana (y del conjunto normativo que lo rige), impone que se busque lo más conveniente para los niños y se arbitren los medios eficaces para la consecución de ese propósito.- Asimismo, he sostenido que el superior interés de la infancia es un concepto abierto.-

Consecuentemente, en el desenvolvimiento de su ministerio -eminentemente práctico- los jueces están llamados a asignarle unos contenidos precisos y, al mismo tiempo, a dar buenos fundamentos acerca de la selección que realicen, para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales.- De ello se sigue que la determinación de ese mejor interés, hará necesaria la intervención de especialistas, quienes han de trasmitir al tribunal las comprobaciones y resultados de su actividad. Y, al hacerlo le suministrarán elementos para la formación de su convencimiento, con relación a temas cuya aprehensión va más allá de la ciencia jurídica.- También he señalado en otras oportunidades que, si el perito es un intermediario en el conocimiento judicial y si, en los saberes no jurídicos, esa mediación resulta fundamental, es indudable que la opinión profesional coadyuva eminentemente en la configuración regular de las decisiones judiciales. Tanto más, en ámbitos donde la complejidad de los nexos humanos, reclama a menudo el apoyo técnico, a punto tal que se ha llegado a decir que el deber tutelar del Poder Judicial no puede desarrollarse sin la concurrencia de personas calificadas en las disciplinas de la salud, como tampoco sin la investigación de los datos de la realidad que, para su comprensión, requieren de dichos auxiliares (v. en lo pertinente, dictámenes de Fallos: 331 :941 (punto VIII) ; Fallos: 331 :21 09 (punto IV), y sus citas).-

Pasando ahora a examinar la sentencia, observo en primer lugar que se ha tratado el caso desde la óptica de un cambio de tenencia, sin aclarar en absoluto esa modalidad de abordaje. Estimo que así lo exigían, por un lado, el objeto del proceso (autorización para salir del país); y, por otro, el hecho de que la titularidad de la tenencia definitiva se encuentra aún en cabeza de la madre, aquí actora (v. fs. 7/8 y 32 de los autos "V , M N y S , W F s/ divorcio art. 215 Código Civil", exp. n° 104.139/2000 Y alcance de lo decidido a fs. 82 de los autos "S , W F c/ N , M N s/ medidas precautorias", expte. n° 13.031/2002), mientras que es el progenitor demandado quien ha entablado acciones persiguiendo esa modificación, la última de ellas en el expediente - no concluido - caratulado "S M N s/ tenencia de hijos" (n° 15.267/2006).-

Por otra parte, en concordancia con la recurrente, advierto que el a qua no se ha ajustado adecuadamente al sentido del dictamen producido a fs. 491/494 por el Cuerpo Médico Forense, que -es cierto- comienza por indicar que ambas partes "... poseen capacidad suficiente para desempeñar su rol de progenitores respecto del menor. … el que mantiene con ambos padres, un vinculo fluido y afectuoso".-

Empero, al formular la conclusión final, se inclina claramente por atribuir mayor predicamento al lazo materno.- "... No obstante esto -asevera la pericia - de la ponderación general se verifica una dinámica más favorable en la relación actual entre el menor y su madre, con un marco general de mayor serenidad y armonía en la comunicación ... " (v. fs. 494).-

Coincido también con la actora, en que el fallo desconoce el informe conjunto elaborado por el equipo de la Defensoría de Cámara (fs. 664/665), que vino a reforzar la línea trazada por la oficina pericial de esa Corte. Allí, la asistente social y la psicóloga que examinaron al grupo, expresan rotundamente que "... si bien ambos vínculos parento-filiales son positivos para el niño, el que ofrece su madre resulta más propiciatorio para su crecimiento y desarrollo psicoemocional", (v. fs. 665 vta). Por añadidura, la Sala omite estudiar el dictamen de fs. 666/667, de modo que la evaluación del mejor interés del niño que allí se realiza, es desechada a priori, sin dar ninguna razón plausible para así hacerlo.-

En suma, en forma dogmática el a qua ha desvirtuado el punto de vista acerca de la conveniencia del niño que brindaron los expertos, en consonancia con su representación promiscua. Y, según lo pienso a la luz de las premisas expuestas en el punto IV, esa irregularidad reviste suficiente gravedad como para descalificar, sin más, a la resolución recurrida.-

A partir de dicha conclusión -y más allá de que, en este caso, el análisis no puede sino ajustarse a la perspectiva que impone la doctrina de la arbitrariedad-, habida cuenta de las características del conflicto, creo prudente expedirme sobre el fondo de la cuestión (Arg. art. 16 de la ley 48).- Con ese propósito y en sintonía con las pautas enunciadas en el punto IV, considero que debemos apoyarnos en las distintas opiniones técnicas vertidas a lo largo del proceso, pues no alcanzo a percibir ningún elemento de juicio que se oponga a sus constataciones, con suficiente peso como para habilitar una decisión que las contraríe.- En el punto anterior, hice referencia a dos de ellas, a las que ahora se agregan las evaluaciones psicológica y ambiental ordenadas por VE a pedido de este Ministerio Público, y cuyo contenido - no obstante tratarse de datos allegados con posterioridad a la interposición del recurso extraordinario-, debe computarse (arg. Fallos:• 330:5, 240, 640 Y 642, entre muchos otros). Máxime que, dada la índole del problema, la resolución no podría encararse en base a factores inactuales.- Desde ese ángulo, tenemos que a fs. 137 de este cuadernillo, el Cuerpo Médico Forense califica positivamente el desempeño paterno, pero -al propio tiempo- da cuenta del fructífero vinculo que D. tiene con su madre y de su predisposición a vivir con ella, - -aspiración a la que - el demandado no pondría obstáculos. En esa misma dirección, se enrolan las reflexiones que efectúa la perito Asistente Social en su informe de fs. 205/208 (presentación preliminar de fs. 165/168).-

A su vez, ambos dictámenes no hacen sino complementar y reforzar las recomendaciones formuladas en las instancias anteriores en torno a lo que es más provecho para D (v. informes de fs. 491/494 y fs. 664/665 antes mencionados).-

En ese contexto, me parece que la objeción planteada a fs. 217/218 de este legajo (sin contar con las contradicciones que exhibe [v. informe no impugnado de fs. 585 vta. líneas décimo novena y penúltima]), no resulta convincente, sobre todo porque no refuta una circunstancia francamente contundente. Me refiero a que todos los especialistas

consultados en autos son contestes, por un lado, en los mayores beneficios que se seguirán para este niño a partir de la convivencia con su madre; y, por el otro, no develan variables.-

Asimismo, el impugnante no explica cómo -de no ser ciertos, como proclama- el vehemente deseo de su hijo de trasladarse a España para vivir con la Sra. V. y su propia conformidad al respecto, vinieron a quedar documentados no sólo por la pericia social que critica, sino también por el Cuerpo Médico Forense en cuanto constata que si bien "... durante la entrevista se mostró indiferente en cuanto a vivir con uno u otro progenitor.- surgen del análisis de las técnicas proyectivas gráficas, marcados elementos que dan cuenta de un deseo recurrente de visitar a su madre... ". Y más adelante agrega:- "[se advierte buena predisposición para la convivencia del menor junto con su madre, a lo que su padre.- Tampoco se opone... " (v. fs. 137 de este cuadernillo).- Finalmente, al desmentir dicha aceptación, el demandado no guarda coherencia con lo que manifestó ante la Cámara, en cuanto a su designio de que D. esté con su madre, siempre que la condición migratoria sea regular; idea que está presente nítida y reiteradamente en el memorial de fs. 604/611, no obstante el intento delusivo hecho en la entrevista de fs. 649 (v. esp. fs. 605 [último párrafo del recuadro], fs. 609 segundo párrafo, fs. 610 último párrafo, y fs 610 vta. punto "1" del petitorio). Por lo demás, debe repararse en que esa exigencia se habría satisfecho, pues la actora habría obtenido la ciudadanía española. y estaría establecida con su actual esposo en un entorno adecuado (v. fs. 92, 94 Y 200/202 de este cuadernillo).-

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.-

Más allá del buen desempeño paterno y claros esfuerzos realizados por el progenitor en el cuidado del niño, en el contexto examinado en los puntos anteriores, lo determinante es, pues, que O. es ya un preadolescente que últimamente vivió con su madre durante períodos relativamente extensos; experiencia ésta -de la que no tenemos noticias negativas-,' que desea profundizar. Y esa intención coincide con el nutrido consejo profesional allegado a la causa.- Por ende, creo que debe extenderse la autorización requerida, sin perjuicio de que - al propio tiempo- se busquen mecanismos para asegurar la regularidad del contacto con el padre y de la escolaridad.-

En definitiva, dado que - a mi entender - el tenor de lo expuesto hasta aquí me exime - de abordar los restantes agravios, aconsejo que se haga lugar a la presente queja, se admita el recurso extraordinario, y se deje sin efecto la sentencia. Sin perjuicio de ello, para el caso de ,que V. E. - en razón de la naturaleza del asunto y del tiempo transcurrido desde el inicio de la petición (año 2001) - considere prudente hacer uso de la facultad prevista en el arto 16 de la ley 48, opino que puede revocar la sentencia, según lo indicado en los puntos VI y VII, autorizando la salida del país de O.S.V. y su radicación en territorio español.-

Buenos Aires, 24 de junio de 2010.-

Fdo.: Dra. Marta Beiró de Goncalvez.-

Buenos Aires, 14 de septiembre de 2010.-

Vistos los Autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa V. M. N. c/ S., W. F. s/ autorización", para decidir sobre su procedencia.- Considerando: Que los agravios de la apelante encuentran adecuada respuesta en los fundamentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, que el Tribunal comparte y hace suyos por razón de brevedad.- Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y en uso de las facultades del art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, se autoriza la salida del país del menor D.S.V. y su radicación en territorio español. Con costas. Agréguese la queja al principal.- Notifíquese, reintégrese el depósito y devuélvase.//-

Fdo.: Ricardo Luis Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco - Carlos S. Fayt Juan Carlos Maqueda - E. Raul Zaffaroni.-