



ESTUDIO MAZZINGHI
ABOGADOS

Publicación: Un Interesante Problema de Tendencia

Autor: Jorge A. Mazzinghi

I

EL CASO PLANTEADO

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha tratado un caso que dividió la opinión de los ministros, algunos de los cuales se enrolaron en la tendencia que da prioridad a las razones formales, mientras los otros optaron por dar preferencia a la sustancia del caso en debate.-

La cuestión planteada se origina en los fallos dictados en primera y segunda instancia, que resuelven de distinta manera la atribución de la tenencia de menores, debatida entre sus padres.-

El juez de grado la otorgó al marido respecto de todos los hijos, mientras que el tribunal de alzada asignó al padre la tenencia de la hija mayor y a la madre la de los demás.-

Frente a esa decisión el progenitor interpuso el recurso extraordinario de nulidad y el de inaplicabilidad de ley, para que la Corte revisara la sentencia en cuestión.-

II

PROCEDENCIA DEL RECURSO

a) Lo primero que debió hacer al tribunal fue decidir sobre la procedencia de los recursos interpuestos.-

Una lectura rigurosa de los artículos 278 y 296 del Código Procesal de la Provincia, permite concluir que los recursos ante la Corte sólo proceden contra las sentencias definitivas dictadas por las Cámaras de Apelación, requisito, éste, coincidente con el establecido por el artículo 14 de la ley 48 respecto de los recursos que se intenten para ante la Corte Suprema de la Nación.-

Ese argumento inclinó la opinión de cuatro ministros en el sentido de rechazar el recurso, dado que las resoluciones sobre tenencia de hijos no son nunca definitivas, y por lo tanto pueden ser revisadas por los tribunales que las dictaron.-

b) Los votos de quienes asumieron la posición negativa, dan por supuesto el carácter provisional de las decisiones sobre tenencia, cuyo fundamento quizás sea oportuno recordar.-

Precisemos, para empezar, que no hay norma legal que disponga la transitoriedad de tales resoluciones:



Ella surge de las opiniones de los autores y de la jurisprudencia.-

En Francia, los Mazeaud opinan concisamente sobre el tema y dan, con brevedad ejemplar su fundamento: "Por no deber inspirarse los jueces más que en el interés del hijo para atribuir la guarda, la resolución que adopten es siempre susceptible de ser modificada".- (1)

Entre nosotros, Rébora, Busso, Borda, Belluscio (2), para citar sólo algunos autores, han sostenido igual tesis, que, por su parte los fallos judiciales han aplicado masivamente.-

Hay que concluir, pués, que una sentencia relativa a la guarda de menores, aunque atribuya la "tenencia definitiva", no queda nunca firme.-

El interés de los menores requiere que el régimen al cual se los somete sea revisado cada vez que sobrevengan circunstancias que así lo demanden. Lo contrario -congelar definitivamente la solución tomada sobre la base de datos variables-, sería poco razonable y podría erigirse en un factor de frustración y extravío de los hijos, que es precisamente lo que los jueces deben tratar de conjurar, o por lo menos de atenuar, ya que el divorcio tiene siempre un efecto deletereo en la formación de la prole.-

c) Sin embargo, la conclusión adoptada por la minoría, pese a que fluye de un silogismo perfecto -el recurso procede contra las sentencias definitivas; las de tenencia no tienen ese carácter; por lo tanto el recurso no procede contra ellas- no resuelve satisfactoriamente la cuestión planteada.-

Fundamentalmente, lo que justifica una revisión del tribunal sobre lo resuelto en materia de tenencia, es el cambio de las circunstancias.-

Si, dictada una decisión, aquel de los progenitores que no estuviera satisfecho con su contenido, pretendiera su revisión por el mismo tribunal, no tendría un camino sencillo para lograrlo.-

Carecería, ante todo, de un recurso procesal, pues no cabría la apelación contra la sentencia de segunda instancia, ni la revocatoria, que sólo procede contra las providencias simples, y obviamente una sentencia no lo es.-

Tendría, pués, que replantear la cuestión en primera instancia, mediante una nueva acción de tenencia que difícilmente prosperaría si no se demostrara la modificación de las circunstancias en que se apoyó el tribunal para acordarla.-

O sea que la eventual posibilidad de que el fallo fuera revisado, aparece bastante remota, y muestra que las decisiones tomadas en la materia que nos ocupa son, en el fondo, más definitivas de lo que a simple vista parecen.-

Es ilustrativo a este respecto recordar lo dicho por el gran juez que fue y el ilustre jurista que sigue siendo

¹. MAZEAUD, Henri, Leon y Jean. Lección de Derecho Civil, Parte primera, Vol. IV, nº 1499, Ed. EJEA, Bs. As. 1959.-

². REBORA, Juan Carlos. La Familia nº 296; BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado, nota 34 y stes. al art. 76 ley 2393; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil, Familia I, nº 604, Ed. Perrot, Bs. As. 1993; BELLUSCIO, Augusto C. Derecho de Familia, nº 896.-



Don Miguel Sanchez de Bustamante: "La guarda definitiva, como su denominación lo hace suponer, tiene proyecciones de estabilidad, y supone un régimen de permanencia modificable solamente cuando mediaren causas de verdadera importancia".⁽³⁾

d) Cuanto queda dicho me lleva a coincidir con la opinión sustentada por la mayoría de la Corte, y a considerar bien admitido el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por el padre de los menores.-

El fundamento para atacar la sentencia no reside en el cambio de las condiciones consideradas al otorgar la guarda, sino en el defecto grave de la resolución contra la cual se recurre, que erró en la apreciación de los hechos, suponiendo una convivencia de varios años entre la madre y algunos de sus hijos, que en realidad no había existido, pues ellos vivieron con su padre desde 1991.-

Tal error, referido al argumento esencial en que el fallo apoyaba su conclusión, no debía ser enmendado por medio de un nuevo juicio de tenencia -camino arduo, dilatado e incierto- sino por la intervención del Tribunal Superior, cuya jurisdicción es competente para entender en la modificación de una sentencia, que ha "aplicado erróneamente la ley o la doctrina legal".-

Reparar solamente en que la sentencia de tenencia no es definitiva implica soslayar un aspecto importante de la realidad, como el que señala el voto del ministro preopinante quien subraya la "importancia y trascendencia de resoluciones de esta índole, que motivan un agravio de compleja o imposible reparación ulterior, por las graves consecuencias que pueden derivarse para la salud y bienestar de los menores...".

El mismo fundamento que sirve para no considerar definitiva la decisión que acuerda la tenencia -que es el interés de los hijos- da base suficiente para que el mas alto tribunal, que no es ajeno a aquella responsabilidad, intervenga en la corrección oportuna de los errores en que pueden incurrir los tribunales inferiores.-

III

LA DECISIÓN DE FONDO

Curiosamente, la admisión del recurso de inaplicabilidad de ley no determinó, en este caso, la modificación de lo resuelto por la Cámara de Apelaciones.-

La Corte, una vez descalificado el pronunciamiento recurrido, debió entrar a resolver el fondo de la cuestión en debate, y a pesar de que desechó el argumento sobre el cual se apoyaba la decisión del tribunal inferior, llegó, por otra vía, a la misma conclusión.-

Antes de hacerlo, se detuvieron los jueces en un aspecto de la asignación de la tenencia que ha sido considerado por autores y fallos, y que consiste en admitir o no la separación de los hijos, adjudicando la guarda

³. SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Miguel. "La patria potestad durante el juicio de divorcio y una vez decretado el mismo". L.L. 88-950.-

de algunos de ellos a cada progenitor.-

El Tribunal recuerda orientaciones doctrinarias que señalan la inconveniencia de esa decisión ⁽⁴⁾, pero realiza, en definitiva, lo que es necesario que los jueces intenten en cada ocasión, que no es, por cierto, aplicar al caso concreto un criterio general, sino, tomando en consideración tales criterios, elaborar la solución más adecuada para resolver el problema sobre el que deben juzgar.-

El padre de los menores sobre cuya tenencia se trata había convivido con todos los hijos, durante los últimos años, circunstancia ésta que al no ser convenientemente computada por la Cámara de Apelaciones, determinó una modificación de la situación atribuyendo la tenencia a la madre, con excepción de la hija mayor, cuya guarda conservaría el padre.-

Los inconvenientes de separar a los hijos son más graves cuanto mayor sea el ensamblamiento entre ellos, ya que si, a la quiebra familiar que el divorcio comporta, se le agrega la desintegración de un grupo homogéneo y solidario de hermanos, el mal que se inflige a éstos será considerablemente mayor.-

Pero esa apreciación general debe ceder cuando entre los menores de cuya guarda se trata, los hay de edades muy distintas.-

En este caso la hija mayor tiene diecinueve años, una edad muy próxima a la plena capacidad, que, además, admitiría la habilitación prevista por el artículo 131 del Código Civil.-

Pero además de esas circunstancias jurídicas, resulta clarísimo que las decisiones que un tribunal pueda tomar sobre la tenencia de menores de esa edad, están signadas por una fatal ineficacia.-

Un chico de dieciocho o diecinueve años va a vivir con aquel de sus progenitores que él elija, y no hace falta detallar la imposibilidad de obligarlo a lo contrario mediante procedimientos coactivos.-

Bien ha hecho, pues, la Corte en respetar la preferencia de la hija mayor por permanecer con su padre.-

En cuanto a los más chicos, la difícil relación entre ellos y la nueva pareja de su padre, justifica que la tenencia sea asignada a la madre. La relación entre los hermanos no tendría por qué sufrir a raíz de ello, pues la hermana mayor tiene edad que le permitirá mantener un contacto fluido y frecuente con los demás, aunque no vivan juntos.-

En suma: El divorcio y las uniones sobrevinientes son ocasión segura para provocar el sufrimiento de los hijos y para colocarlos en condiciones que comprometan seriamente su desarrollo psicológico, su afectividad, su actitud ante la vida.-

A los tribunales les corresponde atenuar en lo posible esas consecuencias negativas, optando por las soluciones menos malas que la realidad ofrece. Y creo que en este caso la Corte Suprema de Buenos Aires lo ha

⁴. BORDA, Guillermo A. ob. cit. Familia n° 597; ZANNONI, Eduardo A. Derecho de Familia n° 721; BELLUSCIO, Augusto C. Derecho de Familia n° 801; VIDELA, Jorge R. en Nuevo Régimen de Matrimonio Civil, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1989, pag. 164; además de las opiniones de Díaz de Guijarro y del suscripto que el fallo de la Corte cita.-



ESTUDIO MAZZINGHI
ABOGADOS

hecho con decisión y acierto.-