

San Martín de los Andes, 5 de Septiembre del año 2017. VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas:

“R. D. A. C/ C. A. E. S/EJECUCION DE SENTENCIA” (Expte. JJUFA-198/2017), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de la IV Circunscripción Judicial; venidos a conocimiento de la Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

CONSIDERANDO:

I.- Llegan los autos a la Alzada a raíz de la apelación interpuesta por la parte actora, contra lo resuelto por la jueza de grado en la audiencia celebrada en fecha 29 de marzo del corriente año (fs. 19/20).

En aquélla ocasión, luego de entrevistarse con el niño y, posteriormente –y por separado-, con sus progenitores, la magistrada del fuero decidió, en lo sustancial, que el niño retorne a la ciudad de Bs. As. con su madre y que “pruebe vivir allá un año”, mientras que con el padre lo haría durante 3 semanas en el receso invernal y 45 días en el estival.

Los restantes puntos, accesorios, no fueron motivo de queja para el recurrente.

II.- De lo que sí se agravia el progenitor accionante es de los siguientes extremos:

a) Que se inició “ejecución de sentencia” por lo que, al no haber planteado excepciones la accionada, la a-quo debió mandar a llevar adelante la ejecución.

Específicamente, considera que correspondía ordenar que el niño retorne a la ciudad de Junín de los Andes, a vivir junto a él.

Hace mención a una sentencia homologatoria de fecha 30 de noviembre de 2015, que establecía su cumplimiento con fuerza de ley bajo aplicación de astreintes. Si bien el recurrente no detalla su contenido, de la certificación de fs. 15 surge que, en realidad, la homologación es de fecha 19/02/16. En el punto que destaca el apelante (y siempre a estar a la certificación actuarial), el acuerdo determinaba que la progenitora

viviría con el menor en la ciudad de Junín y que, en caso de que decidiera mudarse, el niño viviría con el padre.

Dice que (ahora sí, en el memorial), la magistrada, inexplicablemente, le dio la razón a la progenitora, cuya actitud “obstruccionista e incumplidora” ha quedado puesta “palmariamente de manifiesto” en el proceso, disponiendo que el niño vuelva con la madre a la ciudad de Buenos Aires, sin mucho fundamento.

Entiende que, por aplicación del artículo 513 del C.P.C. y C., no mediando oposición de excepciones por la demandada, la jueza debió disponer el cumplimiento de la obligación.

b) En su segundo agravio se queja de que, con carácter previo a que la magistrada escuchara al niño, no haya intervenido un perito, que permita descartar una posible manipulación o influencia en su voluntad, de parte de la madre. Entiende que la a-quo ha relativizado la opinión del profesional y ha basado su criterio sólo en la entrevista con el menor.

c) Como tercera impugnación señala que no intervino el Sr. Defensor de los Derechos del Niño y, si bien reconoce que el dictamen no reviste carácter vinculante, considera que su opinión es un “elemento de peso para ser corroborado con los dichos de Agustín”.

d) Como cuarta queja esgrime que la decisión es infundada, porque se omite expresar los motivos

o razones que formaron la convicción de la magistrada y que la llevaron a apartarse del decisorio del 30 de noviembre de 2015, ya que sólo toma en consideración lo expresado por el menor en la audiencia, además del informe verbal de la licenciada Lombardo, el que por ser “verbal”, se desconoce.

Dice que no hay en autos una relación circunstanciada de sus conclusiones científicas, sin que pueda analizarse si existió una resistencia por parte del menor al “conflicto de lealtades, adoptando el discurso de su madre”, y sin que se expida sobre la temática de la alienación parental y el síndrome así denominado.

Concretamente, aduce que en la causa no existen informes técnicos o dictámenes de los que se desprenda circunstancia alguna para juzgar la posición adoptada por el niño, y que la misma sea objeto de su libre albedrío, en consideración a su grado de madurez.

En la misma línea se queja por la inexistencia de informe socio-ambiental previo a la resolución que posibilite evaluar las pautas o condiciones mínimas de la forma en que vive el niño en la provincia de Buenos Aires y, dice, si bien es cierto, que el magistrado cuenta con amplias atribuciones para tomar su decisión, no lo es menos que “se obviaron etapas de debate previo”, razón por la que se incurre en “una grave afectación del derecho de defensa y los principios de disposición, igualdad y congruencia”.

Reitera consideraciones subjetivas sobre el obrar de la madre y, con una cita de doctrina sobre la posibilidad de requerir la modificación del régimen de cuidado personal ante una conducta obstructora del progenitor conviviente, finaliza su memorial, solicitando la inmediata restitución del niño.

III.- Conferido traslado la demandada no lo ha contestado, motivo por el cual se dispuso la elevación. En el ínterin, a fs. 41/44 se agregó informe del Equipo Interdisciplinario del Juzgado de origen, realizado en base a las entrevistas celebradas con los progenitores y el niño (todos por separado).

IV.- Por último, recibidos los autos en esta Alzada, se dispuso otorgar vista al Sr. Defensor de los Derechos del Niño, quien a fs. 50/vta. propicia el rechazo del recurso incoado, por los motivos allí expresados a cuya lectura, momentáneamente, remitimos.

V.- A) Ingresando, ahora sí, al tratamiento medular de la cuestión, podemos adelantar que el memorial, pese al vigoroso embate del recurrente, carece de entidad suficiente como para derribar la decisión apelada. Y es que ese enérgico cuestionamiento a la postura de la magistrada obedece a una mirada propia de la situación fáctica, que si bien puede ser atinada en ciertos aspectos, no deja de ser una construcción subjetiva de la parte que recurre.

A su turno, frágiles son las quejas de índole formal (a saber, trámite otorgado al proceso, inexistencia de informes interdisciplinarios y omisión de otorgarle intervención al Defensor con carácter previo a dictar resolución).

Las últimas dos, considérense salvadas con la agregación del informe de fs. 41/44 y con el dictamen emitido por el funcionario a fs. 50/vta., respectivamente.

Del primero de ellos destaca el resultado de la entrevista llevada a cabo por la licenciada Lombardo con el niño (fs. 42vta.). En su conclusión, la profesional resalta que el niño “manifiesta expresamente que quiere vivir con su mamá y pasar las vacaciones con su papá. Y que extraña a

sus abuelos maternos, quienes se presentan como referentes afectivos positivos para el niño". La decisión de la magistrada, previa a ese informe, se alineaba en esa dirección.

Por su parte, el Defensor de los Derechos del Niño, al emitir dictamen, también se pronuncia en igual sentido, pero, entre los motivos que lo llevan a refrendar la resolución de grado, trae a colación un argumento que merece ser subrayado: las decisiones judiciales dictadas en materia de cuidado personal y régimen de comunicación no causan estado. Son modificables en la medida en que también hayan cambiado las circunstancias fácticas tenidas en cuenta para dictarlas.

Y es que el apelante pretende otorgarle al acuerdo homologado un carácter de cosa juzgada material del que éste carece. La estipulación en la que ampara su requerimiento (que determinaba que para el caso de que la progenitora se mudara de Junín de los Andes, perdería el cuidado personal del niño) era demasiado rígida. Inclusive, nos animamos a señalar que la magistrada no debió homologar el acuerdo en tales términos, porque la decisión inconsulta de modificar el lugar de residencia, por parte del progenitor que tiene el cuidado personal unilateral del hijo, es una determinación cuya razonabilidad y conveniencia debe ser analizada en cada caso concreto.

Y es que la línea directriz para juzgar una medida de esa índole siempre la constituirá, en primera y última instancia, el Interés Superior del Niño. Ello exige del órgano jurisdiccional interviniente un estudio pormenorizado de las circunstancias fácticas que rodean al supuesto particular traído a su conocimiento.

Por ello, bien hizo la a-quo en desatender lo pactado previamente por los progenitores. Aun cuando la situación haya sido prevista con anterioridad por aquéllos, la decisión debe sujetarse a la realidad del niño.

Naturalmente que con ello no queremos decir que los convenios de cuidado personal y régimen de comunicación no deben ser respetados. Todo lo contrario.

Siempre es preferible que sean los propios interesados quienes acuerden la manera en que se desarrollarán las relaciones de familia con posterioridad al quiebre de la convivencia. Pero lo que no puede perderse de vista es que, si el acuerdo es incumplido, la resolución debe responder, primordialmente, a la situación actual del menor. La mirada de la cuestión debe ser dinámica y una estipulación siempre será estática.

B) Creemos que en esta última reflexión reside el núcleo del erróneo enfoque del apelante, lo que nos da pie para el tratamiento, en párrafo aparte, del primero de los cuestionamientos procedimentales del quejoso.

Si bien con todo lo dicho basta para rechazar la apelación ensayada, es este un punto que no podemos pasar por alto. De igual manera, tampoco podemos dejar de poner atención en determinados yerros en la actuación del Juzgado de origen. Y ello no con miras a la resolución del recurso (cuya suerte, como se dijo, se encuentra sellada), sino con la finalidad de que se tome nota de los mismos y se evite, en la medida de lo posible, su reiteración en ocasiones ulteriores. Partamos, valga el juego de palabras, desde el comienzo: la primera presentación del aquí recurrente.

El progenitor (a través de sus letradas patrocinantes) la caracterizó como una ejecución de sentencia. Consideró que

el incumplimiento del acuerdo homologado en el que se pactó el régimen comunicacional, encuadra en las previsiones del artículo 500, inciso 1°, del C.P.C. y C.

A raíz de ello, y sin mayor análisis, el Juzgado de grado decide proveer la presentación del progenitor, formando el incidente pertinente. Si bien nada dice del trámite, se caratulan las presentes como ejecución de sentencia. Errónea primera presentación del progenitor requirente, seguida de una omisiva y perfectible primera providencia del Juzgado de grado.

La ejecución de sentencia no es el proceso pertinente para debatir sobre eventuales incumplimientos del régimen de comunicación fijado a favor del progenitor no conviviente, ya sea a través de sentencia de mérito u homologatoria (como el caso de autos). Las vicisitudes que, en la práctica, pueda sufrir la efectividad de aquél, han de ser planteadas en el mismo expediente o, de requerirse alguna medida tendiente a alterarlo sustancialmente, en un incidente de modificación. El error del aquí recurrente es caracterizar el compromiso de la madre como una obligación de hacer.

Ante ello, resulta necesario refrescar algunos conceptos generales.

Siguiendo a Carlos A. Calvo Costa (Derecho de las Obligaciones, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2009), podemos rememorar las siguientes consideraciones de la teoría general del Derecho: Las relaciones jurídicas que se enmarcan en el ámbito del Derecho privado pueden ser clasificadas en patrimoniales o extrapatrimoniales, según su contenido sea o no de carácter económico, es decir, si las facultades del titular del derecho que ellas conceden recaen o no sobre un bien jurídico susceptible de valor económico (cfr. art. 2312, Cód. Civil y su nota): si el derecho subjetivo de la persona recae sobre un bien de apreciación pecuniaria, estaremos ante una relación jurídica patrimonial, mientras que si lo hace sobre un bien carente de esa apreciación económica, la relación jurídica será extrapatrimonial. En el caso de las relaciones jurídicas patrimoniales, la satisfacción de los intereses económicos del sujeto se efectúa y concreta a través de esa universalidad jurídica llamada patrimonio, comprensivo de los bienes materiales e inmateriales susceptibles de valor pecuniario.

Los derechos subjetivos emanados de esas relaciones jurídicas patrimoniales se clasifican a su vez – de acuerdo a su contenido- en dos grandes ámbitos: el de los derechos personales o creditorios y el de los derechos reales.

[...] En cambio, las relaciones jurídicas extrapatrimoniales comprenden los derechos personalísimos y

los derivados del Derecho de familia. [...] Ahora bien, el Derecho de las obligaciones queda enmarcado definitivamente en el ámbito de los derechos personales o creditorios, por lo cual le son aplicables los principios y caracteres que rigen éstos.

[...] El Derecho de las obligaciones, pues, es la parte del Derecho que regula el nacimiento, la vida y los modos de extinción de las relaciones jurídicas entre los acreedores y los respectivos deudores (Cfr. op. cit. páginas 41/42).

Por otra parte, el artículo 724 del Código Civil y Comercial dispone que “la obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés”.

Y, finalmente, siguiendo al Dr. Lorenzetti quien, a su vez, cita a Messineo (Manual de derecho civil y comercial, t. IV, p. 218, Ed. Ejea, 1979), recuérdese que la obligación de hacer es aquella que alude esencialmente a una actividad del deudor y consiste por lo general, en una energía de

trabajo material o intelectual, en favor del acreedor, y que se corresponde con el derecho del acreedor a pretender dicha actividad o un cierto resultado [Cfr. Doctrinas Esenciales: Obligaciones y Contratos, pág. 263. Ricardo Luis Lorenzetti (Director); Juan Pablo Rodríguez; María Isabel Benavente. – 1ª ed. – Buenos Aires: La ley, 2009].

El error teórico-jurídico de la parte (concretamente, de las letradas que la patrocinan), y que la magistratura de grado debió advertir, es evidente. No nos encontramos en el ámbito del derecho patrimonial, sino en el del Derecho de familia. Es un completo desatino caracterizar al deber de la madre como una obligación de hacer. Los progenitores no están vinculados por un contrato, no revisten la calidad de acreedor y deudor el uno del otro, y el respeto, por parte de la madre, del derecho de padre e hijo a mantener la comunicación, no constituye una prestación. Mal podría, entonces, pretenderse su ejecución forzada. Hasta resulta difícil imaginar qué excepciones podría oponer la progenitora para enervar una ejecución de las características pretendidas por el recurrente.

Poniendo blanco sobre negro, lo correcto hubiera sido que la denuncia del impedimento u obstaculización del régimen de comunicación, dado el escaso tiempo transcurrido desde que se fijó, fuera realizada en los autos principales. Pero, aun cuando ello no sucedió, la magistrada del tribunal de origen podría haber hecho uso de sus facultades ordenatorias, rechazando in limine la presentación ejecutiva del aquí recurrente, ordenándole que readecúe su petición en el marco del expediente sobre cuidado personal (o, como se dijo, que promoviera el incidente de modificación). Y es que ello no sólo hubiera evitado que la errónea pretensión del progenitor continuara avanzando -al punto de requerir el dictado de sentencia de trance y remate- sino que esfumaría un hipotético cuestionamiento de los letrados intervinientes por la base regulatoria y los emolumentos a fijarse.

Por ello, habrá de exhortarse a la magistrada de grado a que, en lo futuro, evite la proliferación de errores de procedimiento como el aquí analizado, adoptando las medidas instructorias y ordenatorias que estime pertinentes para una correcta tramitación del proceso.

VI.- Las costas de alzada se impondrán en el orden causado, ante la incontestación del memorial por parte de la parte recurrida.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte incidentista contra la resolución de fecha 03/04/17, confirmándola en aquello que fuera motivo de agravios para el recurrente.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, difiriéndose la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello.

III.- Exhortar a la magistrada de grado a que, en lo futuro, adopte las medidas instructorias y ordenatorias pertinentes para una correcta tramitación de los procesos a su cargo.

IV.- Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen. Se deja constancia de que la resolución que antecede fue firmada digitalmente por los vocales de

Cámara, Dres. Dardo

W. Troncoso y Gabriela B. Calaccio, conforme se desprende de la constancia obrante en el lateral izquierdo de fs. 52,

y del sistema informático Dextra. Asimismo, se protocolizó digitalmente conforme lo ordenado.

Secretaría, 5 de Septiembre del año 2017.-

Fdo.: Dra. Gabriela B. Calaccio – Dr. Dardo W. Troncoso

Dra. Mariel Lázaro

Secretaria de Cámara