

Medidas Cautelares Cuestiones De Familia Prohibicion De Innovar Tenencia Cambio De Domicilio

JURISPRUDENCIA

Buenos Aires, 20 de diciembre de 2013.-

VISTOS Y CONSIDERANDO: I.- La sentencia cuya copia obra a fs. 104/105 del presente incidente que decidió como medida cautelar disponer la prohibición de innovar respecto de la residencia actual del menor de autos, ordenando que hasta nueva orden judicial permanezca en el domicilio donde habita con su progenitora y en su defecto dentro del ámbito de esta ciudad, fue apelada por la madre demandada en autos, a la luz de las quejas que expresó a fs. 92/95. Corrido traslado, el actor lo contestó a fs. 97/103.

Elevadas las actuaciones a esta Alzada, la Defensora de Menores de Cámara solicitó a fs. 120 que previo a emitir su dictamen, el Tribunal citase a las partes y al menor a una entrevista, la que se llevó a cabo el día 18 de diciembre conforme al acta que luce agregada a fs. 124. En la misma fecha, a fs. 126/27 emitió su dictamen la Defensora de Menores, quedando los autos en condiciones de resolver. II.- En el sublite se presentó el padre del menor F. B., quien cuenta en la actualidad con siete años de edad, y reclamó la tenencia del mismo, -actualmente ejercida por la madre en virtud del acuerdo celebrado en mediación por las partes suscripto el 23 de abril de 2012, que también previó el régimen de visitas a favor del reclamante-. Alegó que la madre del niño no cuenta con la "idoneidad para ejercer la tenencia y guarda del mismo, por considerarla inestable, impulsiva y desapegada". En tal sentido, relató distintos hechos atinentes al tratamiento fonoaudiológico y psicopedagógico del niño, quien cuenta con un trastorno del lenguaje que afecta la elocución y la comprensión (conforme a los informes profesionales agregados por ambas partes, v.g. fs. 27/29), considerando que el tratamiento sólo pudo ser llevado adelante gracias al empeño del peticionario y no así de la madre, la que a la vista del reclamante minimiza el estado de salud y tratamiento del hijo. Así también se refirió a la elección del colegio para el niño, denunciando que el tema no habría sido de interés y dedicación para la madre, destacando las virtudes del establecimiento finalmente elegido por el padre (S. M. d. T.). Por último denunció que la demandada planea mudarse de la Capital a la localidad de Pilar -a la casa del country perteneciente a la familia de aquélla que se encuentra desocupada- y cambiarlo a un colegio de aquella zona -L. R.-, a lo que el demandante se opone, por considerar que ello irá en perjuicio del tratamiento fonoaudiológico de F. y dificultará el cumplimiento del régimen de visitas acordado, a lo que se agrega que implicará sacar al niño de su hábitat natural. En ese estado el a quo dictó la medida cautelar de no innovar en punto al lugar de residencia del niño cuya apelación motiva la intervención de esta Sala. Para así decidir consideró la complicada situación familiar en la cual se encuentra involucrado el niño y las circunstancias relativas a su salud física, entendiéndolo prudente no modificar su status quo, conservando su residencia dentro del ámbito de la ciudad. III.- Se agravió la madre del menor alegando que la decisión adoptada por el magistrado de grado no satisface el interés del menor. Así, explicó que con fecha 31 de diciembre de 2013 se vencerá el contrato de alquiler del departamento que ocupa y que no le fue renovado, por lo que la mudanza es necesaria, y la amenaza de "quedar en la calle" por no poder hacer frente a una nueva contratación, es inminente. Dada su ajustada situación económica y contando con la posibilidad de ir a vivir a la casa de fin de semana de sus padres en el country E. de P., donde no deberá pagar alquiler, y que le resulta de mayor comodidad porque allí se asienta su trabajo, decidió el cambio de vivienda y de colegio para su hijo, con especial atención de que el nuevo colegio comprenda las necesidades de F.. En este sentido considera el cambio de colegio beneficioso para el niño, pues se trataría de un establecimiento que acoge menor cantidad de alumnos por curso -menos de 20 contra más de 30 del actual-, por lo que se podría trabajar más personalmente en cuanto a su trastorno del lenguaje -lo mismo en el área de inglés-, situación que es aconsejada por los profesionales que lo atienden y que fue garantizada por las autoridades del colegio L. R. al efectuar la reserva de vacante. En definitiva, estima que una mejor organización patrimonial y laboral de la madre que ejerce la guarda, sumado a un colegio de menor matrícula que el actual, favorecerá el interés superior del niño al cual se debe atender. IV.- Los requisitos exigidos para la adopción de medidas cautelares en el marco de un proceso de familia, ya sean referidas al orden de la persona o de los bienes, presentan características propias y diferentes al régimen general de orden patrimonial establecido por las normas contenidas en nuestro ordenamiento procesal. Ello implica una adecuación de los principios que rigen el instituto a las particulares características que presentan este tipo de acciones en las cuales la apreciación estricta del cumplimiento de ciertos recaudos podría redundar en un perjuicio irreparable en la persona o en las relaciones familiares (conf. esta Sala, R. n° 450.180). Este Tribunal tiene dicho que este tipo de medidas no se hallan supeditadas al acreditamiento de la verosimilitud del derecho, con el alcance que se le asigna en las medidas cautelares de orden patrimonial. Basta la comprobación de ciertas circunstancias demostrativas por sí mismas de la situación que se tiende a proteger, para acceder a la protección que se solicita (esta Sala expte. n° 307.779, n° 328.305 entre otros). De acuerdo a ello, las medidas cautelares dispuestas dentro del marco de un proceso de familia, se dictan con los

elementos que en principio surgen de la causa, que pueden luego variar y tienden a la tutela de los menores mientras se dilucida la cuestión de fondo. Por otra parte, cuando -como en el caso- la medida peticionada tiene por objeto obtener una modificación anticipada de la situación jurídica que debe ser resuelta en el marco de un proceso amplio de conocimiento, -por cuanto con la medida adoptada se impide el ejercicio de ciertos derechos atinentes a la guarda que la madre ejerce sobre el niño por el acuerdo de partes suscripto hace un año-, es necesario, como recaudo medular, la acreditación de la verosimilitud del derecho argüido, y además, la sumaria acreditación del perjuicio inminente o irreparable al menor, si no se tutelara el derecho con anterioridad al dictado de la sentencia. En estos casos, se acentúa la necesidad de comprobación de la real apariencia del derecho invocado, dado que su operatividad se motoriza en una verdadera alteración del cuadro fáctico existente al momento de incoarse la demanda (conf. Recomendación del X Congreso de Derecho Procesal)(citado en Morello, A., Códigos Procesales Comentados, T.II-C, pág.1024, y jurisprud. citada). La legislación vigente -de rango constitucional (art. 75, inc. 22)- ha dado prioridad fundamental al interés de los menores (art. 3, ap.1 de la Convención sobre Derechos del Niño ratificada por Ley 23.849, ADLA L-D, pág. 3693) y otorga al magistrado amplias facultades para resolver las medidas que considere adecuadas en miras a la formación y protección del incapaz (CS 1/8/89, causa n° 7543/85). Cabe puntualizar, asimismo, que todo lo referente a cuestiones en que se encuentra involucrada la situación de menores de edad -respecto a la tenencia o régimen de visitas- es de resolución provisional, toda vez que lo decidido hoy puede no resultar conveniente mañana y de invocarse razones de entidad suficiente que incidan sobre el interés del menor, estas nuevas circunstancias darán lugar a transformaciones sustanciales (conf. C.N.Civ., Sala E, 22-1085, LL 1986-E-704, n° 37.466-S).

A su turno, el interés familiar importa la consideración tanto del interés del menor como el del grupo familiar, sin que ello justifique posponer los legítimos intereses de los hijos por las diferencias irreconciliables de sus progenitores. Por ello, en casos como el presente en que por oposición de un progenitor se acude a la decisión judicial, los jueces acompañan una u otra postura de los padres en base a la razonabilidad de la petición o la oposición y según lo que más convenga al interés familiar. Este análisis de la perspectiva de cada progenitor -que como se dijera precedentemente debe basarse en consideraciones de estricta razonabilidad, atendiendo al interés familiar- no responde a la pregunta de necesidad -existencia de motivos- sino de viabilidad y conveniencia (conf. esta Sala, R. 546.729). En el caso planteado, de los elementos existentes en la causa, así como de las impresiones recogidas en la audiencia llevada a cabo en el Tribunal -dentro de las que se destaca el buen estado evolutivo de F., su normal desempeño escolar conforme a lo reconocido por el propio actor, el problema habitacional de la madre y la fácil inserción del niño en el barrio al cual concurre habitualmente desde su nacimiento, con circunstancias que tornan viable el traslado. A ello se suma el compromiso de la madre de sostener el tratamiento y colaborar con el régimen de visitas- por el cual no surge, prima facie, una situación de riesgo o peligro para el niño, invocado por el accionante para obtener la medida de no innovar decretada. Para ello se tiene en cuenta también que fueron las partes quienes acordaron hace tan sólo un año la tenencia del niño en favor de la madre y arribaron a sucesivos acuerdos -escritos y verbales- sobre el régimen de visitas, que más allá de ciertos desajustes en cuanto a horarios, el padre reconoce que se ha venido cumpliendo. No puede soslayarse además que se encuentran absolutamente controvertidos los hechos que alega el reclamante como sustento para el pedido de la cautelar, toda vez que en definitiva el peticionario se sustenta en una supuesta inidoneidad de la madre para ejercer la guarda del menor cuestión central que se dirimirá con la sentencia definitiva. En consecuencia, teniendo en cuenta que la madre tiene la tenencia del menor, por lo que es de su incumbencia fijar el domicilio donde residirá con el niño y que el traslado a la localidad de P. no supone una gran distancia que pueda afirmarse que obstaculizará el vínculo paterno-filial, a menos que exista desidia de parte de los propios interesados, no se advierten las razones sustentadas en un real mejor interés de F. que ameriten mantener la cautelar decidida por el Juez de grado. Es importante señalar que los argumentos en los cuales el demandante sustenta la oposición al cambio de domicilio y colegio de su hijo, no resultan suficientes -a criterio de este Tribunal- para adoptar la medida. La conflictiva familiar relativa al incumplimiento del acuerdo sobre régimen de visitas, la falta de diálogo entre los padres y las condiciones negativas que el actor imputa a la madre deben tratarse en el proceso de conocimiento en trámite, con amplio debate. Por ello y por compartir el dictamen de la Defensora de Menores de Cámara a cuyos términos este Tribunal se remite, corresponde, en el contexto fáctico de esta causa, revocar la medida cautelar adoptada en los presentes autos. Por ello y de conformidad con el dictamen de la Defensoría de Menores el Tribunal RESUELVE: Revocar la medida cautelar de no innovar adoptada en autos (cuya copia obra a fs. 104/105 del presente incidente). Con costas de ambas instancias en el orden causado atento a la materia sobre la cual se decide (art. 68 CPCCN). Regístrese, notifíquese a las partes con habilitación de días y horas, carácter de urgente y a la Defensora de Menores en su despacho y oportunamente devuélvase.-
Fdo.: Mabel De los Santos, Elisa M. Díaz de Vivar y Fernando Posse Saguier. Libro de Sentencias Interlocutorias
Registro N°..... T: F: C: Ante mí María Laura Viani Correlaciones: L., H. D.
c/L., C. A. s/tenencia de hijos - Cám. Nac. Civ. - Sala L - 13/09/2011 Cita digital: