SALA CIVIL SEGUNDA

Expediente N° O-11-07-S

AUTO SUPREMO N° 112 Sucre, 14 de noviembre de 2009

DISTRITO: Oruro Proceso: Ordinario familiar

Partes: Jimmy Josue Rojas Guevara. c/ Daniela MarionMartinez Aguilar

MINISTRO RELATOR: Dr. Julio Ortiz Linares

VISTOS: El recurso de casación en la forma y en el fondo interpuesto a fs. 210-213 por Jimmy Josue Rojas Guevara, contra el Auto de Vista N° 033/2007 de 16 de marzo cursante de fs. 204 a 206, pronunciado por la Sala Civil Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de Oruro, dentro del proceso ordinario de divorcio seguido por el recurrente contra Daniela Marión Martínez Aguilar.

CONSIDERANDO I: Que, tramitada la causa, la Jueza de Partido Cuarto de Familia de la ciudad de Oruro emitió la Sentencia N° 104/2006 de fs. 175 a 177, declarando improbadas tanto la demanda principal de fs. 3 como la reconventional de fs. 9 a 11; consiguientemente firme y subsistente el vínculo matrimonial de las partes. Asimismo, deja sin efecto las medidas provisionales dispuestas a fs. 38, librando los derechos del hijo a la instancia respectiva.

En apelación, deducida por el demandante, la Sala Civil Segunda de la Corte Superior de Oruro revoca parcialmente la sentencia por Auto de Vista N° 033/2007 de fs. 257-259 y, deliberando en el fondo, declara probada la demanda principal de fs. 3, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial que unía a Jimmy Josué Rojas Guevara y Daniela Marión Martínez Aguilar. Asimismo, dispone la tenencia de su hijo Sebastián André en favor de la madre, fijando una asistencia familiar para ambos en la suma de Bs. 400.- a ser cubierto por el demandante. Sin costas.

Contra esta resolución el recurrente interpuso el recurso de casación que nos ocupa, que se pasa a analizar.

1. En la forma.

El recurrente afirma que en lo concerniente a la tenencia de su hijo, la resolución carece en absoluto de motivación y fundamentación, no cita la norma en que sustenta su decisión, careciendo de una parte estructural de toda resolución, contradiciendo la garantía del debido proceso, desconociéndose la orientación que según el art. 196 de la Constitución Política del Estado (abrogada) y 145 del Código de Familia debe seguir el juzgador a tiempo de decidir la guarda de los hijos menores de edad.

Finaliza solicitando se resuelva disponiendo la nulidad del auto de vista impugnado y que el Tribunal de apelación dicte nueva resolución fundamentando y motivando la decisión sobre la tenencia de su hijo.

2. En el fondo.

Acusa la incorrecta aplicación de los arts. 196 de la Constitución Política del Estado (abrogada) y 145 del Código de Familia, porque el Tribunal de alzada no indagó ni consideró cuál el progenitor que ofrecía mejores condiciones morales y materiales para el mejor cuidado de su hijo, pues -dice- debió haber analizado los informes psico-sociales (de fs. 27-28, 83-84, 30-32, 77-79 y de fs. 43-46) y hubiera concluido que la guarda y cuidado de su hijo debió ser otorgada en su favor, puesto que su esposa no ofrece ninguna garantía para ello.

Acusa también la incorrecta apreciación de la prueba y la inobservancia y vulneración del art. 1333 del Código Civil y 441 de su procedimiento, ya que, en autos, ha sido el Equipo Interdisciplinario, dependiente de la Corte Superior, que emitiendo criterio y orientación especializada a través de los informes psico-sociales, recomendó en forma clara y precisa que la convivencia del niño se dé con el padre biológico y que las visitas de la madre sean con orientación profesional; informes que el Tribunal de apelación omitió considerar y valorar.

Finalmente, acusa que sin fundamentación ni motivación se ha reconocido a favor de la esposa el derecho de ser asistida conforme la última parte del art. 143 del Código de Familia, cuando el divorcio fue declarado por culpa de ambos esposos, además que la demandada cuenta con un trabajo e ingreso mensual conforme la certificación de fs. 171 por lo que no concurre el presupuesto previsto en la parte final del art. 143 del Código de Familia.

Finaliza solicitando se case el auto de vista y se disponga la guarda y cuidado de su hijo a favor del padre, sin derecho de asistencia a favor de la madre.

CONSIDERANDO II.- Que, así brevemente resumidos los fundamentos del recurso, corresponde ingresar a su análisis en relación a los antecedentes procesales, no sin antes puntualizar que si bien es cierto que la apreciación y valoración de la prueba es facultad privativa de los jueces de instancia e inenunciable en casación, no es menos cierto que -como lo establece el art. 253-3) del Código de Procedimiento Civil- "cuando en la apreciación de las pruebas se hubiere incurrido en error de derecho o error de hecho" el tribunal de casación tiene la facultad de ingresar a un nuevo análisis de la prueba erróneamente apreciada y corregir el error en que hubieren incurrido los inferiores.

Hechas las consideraciones anteriores, entrando en materia, tenemos:

1. En cuanto al recurso de casación en la forma, en la que se acusa la violación de los arts. 196 de la Constitución Política del Estado y 145 del Código de Familia, con relación a la determinación del Tribunal de apelación de otorgar la tenencia del menor Sebastián André a favor de la madre, en primer término diremos que tal acusación resulta impertinente al recurso de casación en la forma puesto que su vulneración no da mérito a la nulidad del auto de vista recurrido sino, más bien, que daría lugar a la casación del mismo. De ahí es que el recurrente -ingresando en evidente contradicción de su propio recurso- acusa la vulneración de aquellas mismas normas legales como sustento del recurso de casación en el fondo, que

será motivo de consideración en el siguiente punto, por lo que, en este, no corresponde pronunciamiento alguno.

2. Con referencia al recurso de casación en el fondo, comenzamos diciendo que el art. 196 de la abrogada Constitución Política del Estado, aplicable al caso, disponía que "En los casos de separación de cónyuges, la situación de los hijos se definirá teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de estos. Las convenciones que celebren o las proposiciones que hicieren los padres pueden aceptarse por la autoridad judicial siempre que consulten dicho interés", en concordancia con dicha disposición, el art. 145 del Código de Familia, a su vez, otorga al juez de la causa la potestad de definir en sentencia la situación de los hijos, teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de estos, otorgando su custodia al padre o a la madre que ofrezca mayores garantías para el cuidado, interés moral y material de estos.

Ahora bien, en el caso de autos, el Tribunal de apelación a momento de emitir la resolución de vista y determinar otorgar la tenencia del menor Sebastián André a favor de la madre, lo hizo con el único fundamento de la "corta edad" del menor, empero, tal como se acusa en el recurso de casación, es evidente que dicho Tribunal al tomar tal determinación no realizó una adecuada valoración de la prueba producida dentro del proceso, que consiste, básicamente, en los informes sociales de fs. 27 a 28, 30 a 33, 77 a 79 y 83 a 84 expedidos por el Equipo Multidisciplinario del Juzgado de la Niñez y Adolescencia, el Informe Social de 43 a 46 de la Trabajadora Social del SE.DE.GE.S.-Oruro, las Certificaciones de fs. 21 y 26 expedidas por la Dirección de la Unidad Educativa "José Víctor Zaconeta", prueba, toda ésta, que destruye y deja sin sustento la postura asumida por el Ad quem, poniendo de manifiesto la fragilidad de su fundamento que, por ello mismo, no justifica su determinación respecto a la tenencia del menor.

En efecto, de la compulsa de los mencionados informes sociales y psicológicos se desprende, en primer lugar, el desinterés de la madre por participar de la entrevista y evaluación psicológica y social que fuera determinada por la Jueza de la causa a fs. 17, a cargo del Equipo Interdisciplinario del Juzgado de la Niñez y Adolescencia, cuyos informes, psicológico de fs. 27-28 y social de fs. 30 a 33, acreditan la incomparecencia de la demandada a dichas entrevistas pese a que ésta fue legalmente notificada con la providencia de fs. 17 conforme consta en la diligencia sentada a fs. 19.

En segundo lugar, del contenido, en conjunto, de los informes psicológicos y sociales del Equipo Interdisciplinario interviniente, especialmente del Informe Complementario de fs. 83-84, emitido por la Psicóloga de dicho Equipo, con claridad y contundencia se establece que la relación entre la madre y el hijo no es la más adecuada como para dar mérito a que se le otorgue la guarda y cuidado del menor a su favor, máxime si dichos informes hacen conocer que el niño se encuentra cómodo y feliz viviendo bajo la guarda de su padre y, por el contrario, evidencian la contrariedad y resentimiento del menor cuando se refiere a la madre, especialmente por su relación con otro hombre que no era su padre, conforme la misma demandada reconoció (ver fs. 78), al extremo de

que en oportunidad de una visita que ésta hizo al niño "... se dio dificultades, no quiso ir con la madre, se puso a llorar, a gritar, por lo que ese día no se pudo mantener relación alguna", tal como consta en el Informe Complementario de fs. 83.

Además, este Informe Complementario, en su parte final, pone en evidencia el propio criterio de la madre respecto a la tenencia del menor por el padre, haciendo constar que "La madre reconoce que el niño está bien con el padre, que le cuida y le dedica mucho tiempo, sólo desea verlo tener visitas con el compromiso de no influir, de no poner en contra o desvalorizar la imagen paterna...", es decir que la demandada reconoce que el niño está bien cuidado por el padre.

A lo anterior hay que agregar que las certificaciones de fs. 21 y 26 expedidas por la Directora de la Unidad Educativa "José Víctor Zaconeta", donde fue inscrito el niño el grado pre-escolar, corroboran que el demandante otorga la atención necesaria a la educación de su hijo y no dan evidencia de que la madre del niño haya tenido la misma actitud; más al contrario, consta que era la abuela materna la que sustituía aquella obligación de la demandada (véase punto 2. de fs. 21).

Ahora bien, frente al panorama probatorio expuesto, no cabe la menor duda de que el Tribunal ad quem ha incurrido en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas y, consecuentemente, en la vulneración de los arts. 196 de la Constitución Política del Estado y 145 del Código de Familia, toda vez que la determinación que asumió al otorgar la tenencia del menor a favor de la madre es contraria al mejor cuidado e interés moral y material del menor por no ser ella, precisamente, quien ofrezca mayores y mejores garantías para el cuidado y desarrollo físico y psicológico del niño, aún cuando éste es de corta edad.

Empero, corresponde dejar expresa constancia que conforme establece el art. 148 del Código de Familia, las medidas dispuestas en relación a los hijos no son definitivas y pueden ser modificadas en cualquier tiempo por el juez en interés de los hijos.

3. En relación a la acusada violación de los arts. 1333 del Código Civil y 441 del Código de Procedimiento Civil, tal acusación resulta impertinente y ajena al caso, toda vez que los informes psicológicos y sociales emitidos tanto por el Equipo Multidisciplinario del Juzgado de la Niñez y Adolescencia por la Trabajadora Social del SE.DE.GE.S.-Oruro, no constituyen prueba pericial propiamente dicha ni puede ser considerada como tal, ya que el peritaje legal tiene características y peculiaridades muy propias, las mismas que de ninguna manera pueden ser atribuidas al Equipo Multidisciplinario establecido por el art. 271 del Código Niño Niña y Adolescente, cuya función tiene, asimismo, características que le son propias y, de hecho, absolutamente diferentes a la función y cualidades probatorias del peritaje, aún cuando los medios investigativos pueden ser de alguna manera similares.

El Equipo Multidisciplinario establecido por el Código Niño Niña y Adolescente, tiene como finalidad coadyuvar con el juzgador, específicamente, en el mejor y mayor conocimiento de las condiciones socio-económicas en las que se desenvuelve el entorno familiar y el desarrollo psicológico de cada uno de sus miembros, permitiéndole arribar a decisiones adecuadas y de base sólida en la resolución de los conflictos familiares y, como es el caso, respecto a la protección de los intereses del menor.

4. En cuanto a que se haya reconocido incorrectamente asistencia familiar en favor de la esposa, pese a que el divorcio fue declarado por culpa de ambos esposos, debe tomarse en cuenta que aquella orden fue producto de la determinación de otorgarse la guarda del menor en favor de la madre; en ese entendido, como en criterio de este Tribunal la guarda del niño dispuesta por el Ad quem en favor de la madre no es la adecuada ni la más conveniente para el menor, debiendo atribuírsela al padre, conforme los fundamentos expuestos en el punto 2 de esta resolución, y tomando en cuenta que la esposa tiene la capacidad de proveerse por sí misma los medios necesarios de subsistencia, como se encuentra probado en obrados (fs. 171), no corresponde la fijación de asistencia familiar alguna.

En consecuencia, conforme los fundamentos expuestos, corresponde dar aplicación a la previsión contenida en el art. 274 del Código de Procedimiento Civil.

POR TANTO: La Sala Civil Segunda de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con la facultad contenida en el numeral 1. del art. 58 de la Ley de Organización Judicial, CASA parcialmente el Auto de Vista Nº 033/2007 de 16 de marzo, cursante de fs. 204 a 206, en lo que concierne a la tenencia del menor Sebastián André Rojas Martínez y la asistencia familiar señalada y, deliberando en el fondo, otorga la guarda y cuidado del indicado menor en favor del padre, dejando sin efecto la asistencia familiar en favor de la madre; reconociéndose el derecho de esta última a visitar y recoger al menor los días viernes por la noche y devolverlo al hogar paterno los domingos hasta Hrs. 18:00, tomando en cuenta que el niño, por su edad, debe asistir a la escuela primaria. En cuanto a los feriados, éstos serán compartidos por ambos padres, es decir un día feriado el niño pasará con la madre y el siguiente con el padre, así sucesivamente durante todo el año. Finalmente, en lo que se refiere a las fiestas de fin de año el niño pasará de manera alternada con uno y otro progenitor, en consecuencia a partir de la fecha la navidad pasará con la madre y el año nuevo con el padre, el siguiente año será al contrario, la navidad con el padre y el año nuevo con la madre y así sucesivamente.

Las medidas determinadas deberán contar con el control permanente del Juez de la causa y del Equipo Multidisciplinario, para su cabal cumplimiento, debiendo este último elaborar informes periódicos, que no excederán de los 180 días, sobre el ejercicio de la custodia por parte del padre y el ejercicio del derecho de visita de la madre. Sin responsabilidad por ser excusable.

Para sorteo y resolución de la causa, según consta a fs. 223, fue convocada la Sra. Ministra Rosario Canedo Justiniano de Sala Civil Primera, quien fue de voto disidente, opinando porque se declare infundado el recurso.

Para resolución, según convocatorias de fs. 225 y 227, intervienen los Sres. Ministros Hugo R. Suárez Calbimonte de Sala Social y Administrativa Segunda y Beatriz Sandoval de Capobianco de Sala Social y Administrativa Primera, respectivamente.

MINISTRO RELATOR: Julio Ortiz Linares.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

.Fdo. Dr. Julio Ortiz Linares

Fdo.- Dr. Hugo Roberto Suárez Calbimonte

Fdo. Dra. Beatriz Sandoval de Capobianco

Proveído, Dra. Gladys Segovia García, Secretaria de Cámara