
Sentencia impugnada:	Segunda Sala de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, del 18 de marzo de 2010.
Materia:	Civil.
Recurrente:	Vicente Tapounet Brugal.
Abogado:	Dr. Lionel V. Correa Tapounet.
Recurrida:	Cindy Aurgabli Bruno Peña.
Abogados:	Dres. Miguel Álvarez Hazim y Enrique Marchena Pérez.

SALA CIVIL Y COMERCIAL.

Rechaza.

Audiencia pública del 29 de junio de 2018.

Preside: Francisco Antonio Jerez Mena.

Dios, Patria y Libertad

En nombre de la República, la Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia, actuando como Corte de Casación, dicta en audiencia pública la sentencia siguiente:

Sobre el recurso de casación interpuesto por Vicente Tapounet Brugal, dominicano, mayor de edad, provisto de la cédula de identidad y electoral núm. 001-0168983-4, domiciliado y residente en la calle Víctor Garrido Puello núm. 167, edificio Caona, apto. 101, sector Evaristo Morales de esta ciudad, contra la sentencia civil núm. 140-2010, dictada el 18 de marzo de 2010, por la Segunda Sala de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, ahora impugnada, cuyo dispositivo figura copiado más adelante;

Oído al alguacil de turno en la lectura del rol;

Oído el dictamen de la magistrada procuradora general adjunta de la República, el cual termina: “Único: Que procede rechazar el recurso de casación incoado por Vicente Tapounet Brugal, contra la sentencia No. 140-2010 del 18 de marzo de 2010, dictada por la Segunda Sala de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional”;

Visto el memorial de casación depositado en la Secretaría General de la Suprema Corte de Justicia, el 6 de abril de 2010, suscrito por el Dr. Lionel V. Correa Tapounet, abogado de la parte recurrente, Vicente Tapounet Brugal, en el cual se invocan los medios de casación que se indicarán más adelante;

Visto el memorial de defensa depositado en la Secretaría General de la Suprema Corte de Justicia, el 14 de mayo de 2010, suscrito por los Dres. Miguel Álvarez Hazim y Enrique Marchena Pérez, abogados de la parte recurrida, Cindy Aurgabli Bruno Peña;

Vistos, la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los cuales la República Dominicana es signataria, las decisiones dictadas en materia constitucional; la Ley núm. 25-91, de fecha 15 de octubre de 1991, modificada por la Ley núm. 156-97, del 10 de julio de 1997, los artículos 1 y 65 de la Ley núm. 3726-53, sobre Procedimiento de Casación, de fecha 29 de diciembre de 1953, modificada por la Ley núm. 491-08, de fecha 19 de diciembre de 2008;

La CORTE, en audiencia pública del 3 de agosto de 2016, estando presentes los magistrados Julio César Castaños Guzmán, presidente; Dulce María Rodríguez Blanco y Francisco Antonio Jerez Mena, asistidos del

secretario;

Visto el auto dictado el 18 de junio de 2018, por el magistrado Francisco Antonio Jerez Mena, presidente de la Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia, por medio del cual llama a los magistrados Blas Rafael Fernández Gómez, Pilar Jiménez Ortiz y José Alberto Cruceta Almánzar, jueces de esta sala, para integrarse a esta en la deliberación y fallo del recurso de casación de que se trata, de conformidad con la Ley núm. 926-35, del 21 de julio de 1935, reformada por el artículo 2 de la Ley núm. 294-40, de fecha 20 de mayo de 1940, y después de haber deliberado los jueces signatarios de este fallo;

Considerando, que en la sentencia impugnada y en los documentos a que ella se refiere, consta: a) con motivo de la demanda en divorcio por la causa determinada de incompatibilidad de caracteres incoada por Cindy Aurgabli Bruno Peña, contra Vicente Tapounet Brugal, la Octava Sala para Asuntos de Familia de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, dictó el 29 de abril de 2009, la sentencia núm. 09-01052, cuyo dispositivo copiado textualmente es el siguiente: “**PRIMERO:** Declara buena y válida, en cuanto a la forma, la demanda en divorcio por la Causa Determinada de Incompatibilidad de Caracteres, intentada por la señora Cindy Aurgabli Bruno, contra el señor Vicente Rafael Tapounet Brugal, por haber sido interpuesta conforme al derecho; **SEGUNDO:** En cuanto al fondo, acoge en parte las conclusiones vertidas en audiencia por la parte demandante, señora Cindy Aurgabli Bruno, en consecuencia admite el divorcio por la Causa Determinada de Incompatibilidad de Caracteres, entre los señores Cindy Aurgabli Bruno y Vicente Rafael Tapounet Brugal, con todas sus consecuencias legales; **TERCERO:** Otorga de manera provisional la guarda y cuidado de la menor Nicole Karina, a cargo de su padre, señor Vicente Rafael Tapounet Brugal; **CUARTO:** Ordena que sea establecido el régimen de visita provisional a favor de la madre de la menor Nicole Karina, señora Cindy Aurgabli Bruno, de la manera siguiente: la madre podrá recoger la menor a partir de las 4:00 p. m. del viernes en la casa de su padre y la devolverá los domingos a las 5:00 p. m.; hasta tanto se pronuncie el tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional, sobre la demanda en guarda y régimen de visita de la cual ha sido apoderado; **QUINTO:** Ordena el pronunciamiento del divorcio por ante el Oficial del Estado Civil correspondiente; **SEXTO:** Compensa las costas del procedimiento, por tratarse de una litis entre esposos”; b) no conformes con dicha decisión interpusieron formales recursos de apelación contra la sentencia precedentemente descrita, de manera principal, Vicente Tapounet Brugal, mediante acto núm. 1042-09, de fecha 24 de junio de 2009, instrumentado por el ministerial Yoel E. González M., alguacil ordinario de la Cámara Penal de la Corte de Apelación de Santo Domingo, y de manera incidental, Cindy Aurgabli Bruno Peña, mediante acto núm. 665-09, de fecha 24 de agosto de 2009, instrumentado por el ministerial Óscar Raymundo Batista Lorenzo, alguacil ordinario de la Tercera Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia de la provincia de Santo Domingo, siendo resueltos dichos recursos mediante la sentencia civil núm. 140-2010, de fecha 18 de marzo de 2010, dictada por la Segunda Sala de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, hoy recurrida en casación, cuya parte dispositiva copiada textualmente establece lo siguiente: “**PRIMERO:** DECLARA, buenos y válidos en cuanto a la forma los recursos de apelación interpuestos: A) de manera principal, por el señor VICENTE TAPOUNET BRUGAL, según acto No. 1042/09, de fecha veinticuatro (24) del mes de junio del año dos mil nueve (2009), instrumentado por el ministerial YOEL GONZÁLEZ, alguacil ordinario de la Cámara Penal de la Corte de Apelación de Santo Domingo, corregido por error materia (sic), mediante acto No. 1055/09, de fecha 6 de julio del año 2009, instrumentado por el referido ministerial YOEL GONZÁLEZ; B) de manera incidental, por la señora CINDY AURGABLI BRUNO PEÑA, conforme al acto No. 665/09, de fecha veinticuatro (24) del mes de agosto del año dos mil nueve (2009), instrumentado por el ministerial ÓSCAR RAYMUNDO BATISTA LORENZO, alguacil ordinario del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional (sic), ambos en contra de la sentencia No. 533-08-1241, relativa al expediente número 09-01052 (sic), de fecha veintinueve (29) de abril del año dos mil nueve (2009), dictada por la Octava Sala Para Asuntos de Familia, de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, por haberse intentado de conformidad con las reglas que rigen la materia; **SEGUNDO:** RECHAZA en cuanto al fondo el referido recurso de apelación incidental, interpuesto por la señora CINDY AURGABLI BRUNO PEÑA, por los motivos antes indicados; **TERCERO:** ACOGE parcialmente en cuanto al fondo, el citado recurso de apelación principal, interpuesto por el señor VICENTE TAPOUNET BRUGAL, y en consecuencia, modifica el ordinal cuarto de la sentencia recurrida, para que en su parte dispositiva se lea así: “**CUARTO:** a) ORDENA que el señor VICENTE TAPOUNET BRUGAL se quede con

la menor NICOLE KARINA los fines de semana alternados, es decir un fin de semana si y uno no; b) DISPONE que la menor NICOLE KARINA no pueda viajar del país, sin el consentimiento escrito del padre o la madre que no fuese a viajar; **CUARTO:** CONFIRMA en sus demás partes la sentencia recurrida, por los motivos antes señalados; **QUINTO:** COMPENSA las costas del procedimiento, por tratarse de una litis entre esposos”;

Considerando, que la parte recurrente propone como medios de casación los siguientes: “**Primer Medio:** Violación al artículo 1 y 102 del Código del Menor; **Segundo Medio:** Contradicción de sentencias”;

Considerando, que en el desarrollo de su primer y segundo medios de de casación, los cuales se reúnen por su estrecha vinculación, la recurrente aduce, lo siguiente: “que al no aplicar los tribunales ordinarios (Corte y Primera Instancia) las disposiciones contenidas en el Código del Menor, relativo a los requerimientos obligatorios a ponderar para el régimen de visitas, incurren en violación al artículo uno de dicha normativa legal; que ante este tribunal se han agotado una serie de medidas de instrucción, tendentes a salvaguardar el mandato legal del artículo 102 del Código del Menor, así como también para salvaguardar el interés superior de la niña Nicole Karina Tapounet Bruno, que no fueron ponderados por los tribunales ordinarios; que al no instruir el pedimento de guarda y visita, de conformidad con las disposiciones del Código del Menor, la corte incurre en error grosero, que perjudica los derechos fundamentales de la niña Nicole Karina Tapounet, pues no se ha verificado si esa decisión le es o no favorable para sus propósitos, pensando solamente en los derechos de la madre y no en los derechos de la niña; (...) que en el presente caso existen dos sentencias contradictorias respecto de la guarda y régimen de visitas que sobre la niña Nicole Karina Tapounet Buno se disputan sus padres Vicente Tapounet y Cindy Bruno, pues mientras que una ya lo ha determinado, otra lo ha sobreseimiento, sin importar que en el dispositivo se haya hecho constar que tiene carácter provisional, pues en materia de guarda y visita siempre es provisional por ley, que entendemos que lo prudente es que cuando ante un tribunal de divorcio se presenta una demanda de guarda y visita que está siendo instruida por el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes, previo a la demanda en divorcio, este debe declinar la parte relativa a estos pedimentos por ante el tribunal que lo está conociendo primero, o en su defecto instruir el régimen de guarda y visita tomando en consideración las disposiciones del Código del Menor”;

Considerando, que la corte *a qua*, fundamentó su decisión en los motivos siguientes: “(...) que una vez ponderada la referida solicitud, en la especie, esta Sala de la Corte, considera al igual que el juez *a quo*, que la interposición de una demanda en guarda, interpuesta por ante el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional no impide en modo alguno que este tribunal conozca de manara accesoria y provisional sobre la guarda de la referida menor o del régimen de visita de los padres, máxime si este tribunal, se encuentra apoderado de un recurso contra una sentencia de divorcio, como aconteció en el caso en cuestión, esto así, en virtud del precepto legal establecido en la Ley 1306-Bis, de que toda sentencia que admite un divorcio debe establecer a cargo de cuál de los esposos debe quedar la guarda de los hijos comunes, y más aún, por ser esta jurisdicción tribunal de alzada del mismo; que de lo anterior, este tribunal procede a rechazar la solicitud de declinatoria formulada por el recurrente principal (...); que en cuanto a la regulación de las visitas de los fines de semana de la menor Nicole Karina, cuya guarda está a cargo del padre, señor Vicente Rafael Tapounet Brugal, y quien alega desconsideración al permitir que todos los fines de semanas la madre tenga la niña Nicole Karina, puesto que tanto la niña como el padre tienen derecho a compartir los días en que Nicole Karina no asiste al colegio y disfrutar de los fines de semana juntos; aspecto este del recurso principal, que una vez valorada dicha solicitud en la especie, consideramos que el señor Vicente Rafael Tapounet Brugal, está en todo el derecho de compartir los fines de semana con su hija menor, siempre y cuando, se realice en las condiciones requeridas para una menor de su edad; que de lo anterior, estimamos pertinente acoger parcialmente el pedimento formulado por el señor Vicente Tapounet Brugal, en la forma y modalidad que se expresará en el dispositivo de la presente sentencia; que la ser los recursos de apelación de la especie limitados a la fijación de una pensión *ad-litem* y a la guarda y visita de la menor, no es necesario examinar aspectos relativos a la incompatibilidad de caracteres de las partes, aspecto que ha adquirido autoridad de la cosa juzgada”;

Considerando, que para una mejor comprensión del asunto que se discute en el recurso, resulta útil señalar, que de la sentencia impugnada y de la relación de los hechos que en ella se recoge, se verifica: 1. Que Cindy

Aurgabli Bruno demandó en divorcio por la causa determinada de incompatibilidad de caracteres a Vicente Tapounet Brugal, de la cual resultó apoderada la Octava Sala para Asuntos de Familia de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional; 2. Que mediante decisión núm. 09-01052 del 29 de abril de 2009, se admitió el divorcio entre las partes y otorgó de manera provisional la guarda y cuidado de la menor Nicole Karina a cargo de su padre, ordena el establecimiento de un régimen de visitas a favor de la madre los fines de semana hasta que se pronuncie el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes, y ordena el pronunciamiento de divorcio por ante el Estado Civil correspondiente; 3. no conforme con dicha decisión tanto Vicente Tapounet Brugal como Cindy Aurgabli Bruno Peña recurrieron en apelación el fallo de primer grado por ante la Segunda Sala de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, tribunal que rechazó el recurso de apelación incidental y acogió parcialmente el recurso de apelación principal modificando el ordinal cuarto que modificó el régimen de visitas y disponiendo que la menor no pueda viajar sin consentimiento del padre que no fuese a viajar, a través de la sentencia núm. 140-2010, del 18 de marzo de 2010, objeto del presente recurso de casación;

Considerando, que conforme la Ley 1306-bis, artículo 4, párrafo II, que reza: “En toda demanda de divorcio se expresará sumariamente, a pena de nulidad, el pedimento que respecto de la guarda de los hijos hará el demandante, o se hará mención de lo que las partes hubieren dispuesto en el contrato celebrado con este objeto”, de lo que se comprueba que todo tribunal apoderado de una demanda en divorcio debe decidir sobre la guarda de los menores de edad a pena de nulidad;

Considerando, que es preciso señalar que la guarda y el derecho de visitas se encuentran indisolublemente unidos, por lo que el tribunal al emitir su fallo debe asegurar la protección de ambos derechos, por tanto, debe regular un régimen de visitas en provecho del progenitor que no ostente la guarda; que únicamente se coarta o se limita el referido derecho cuando se haya acreditado que el menor de edad se encuentra en estado de riesgo o peligro frente a su progenitor, lo cual no se verificó en la especie;

Considerando, que esta Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia es del criterio, que una relación familiar debe mantenerse en principio mediante el contacto directo y de forma regular del hijo con ambos padres pues, es uno de los ejes fundamentales de la Ley núm. 136-03 y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, donde indica que debe regularse la relación paterno-filial, donde el padre y madre ejerzan sus prerrogativas sin perjuicio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, por su carácter prioritario frente a los derechos de las personas adultas;

Considerando, que del examen de la decisión hoy recurrida en casación pone en evidencia que la alzada analizó y describió los hechos acaecidos entre las partes, asimismo transcribió en su sentencia las pretensiones de ambas partes y los documentos que las sustentaban; que en función de las piezas que le fueron presentadas, las cuales son valoradas en virtud de su poder soberano de apreciación, que además, la alzada acogió el pedimento de la parte recurrente de modificar el régimen de visitas disponiendo que la menor de edad pase un fin de semana con su padre y otro con su madre;

Considerando, que la Suprema Corte de Justicia ha sido constante en el sentido de que el interés superior del niño, consagrado como norma fundamental por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1989, tiene su origen en la doctrina universal de los derechos humanos, y como tal, es un principio garantista de estos derechos; que los niños, niñas y adolescentes como personas humanas en desarrollo, tienen iguales derechos como todas las demás personas y por consiguiente, es preciso regular los conflictos jurídicos derivados de su incumplimiento, y de su colisión con los derechos de los adultos; que el interés superior del niño permite resolver conflictos de derechos recurriendo a la ponderación de esos derechos, y en ese sentido, siempre habrá de adoptarse aquella medida que asegure al máximo la satisfacción de los mismos;

Considerando, que, en ese mismo orden, es de importancia capital que una relación familiar debe mantenerse a través del contacto directo del padre y madre en forma regular, puesto que uno de los ejes fundamentales de la Convención Internacional, ya mencionada, es la regulación de la relación padres-hijos en la medida en que se reconoce el derecho de estos últimos a la crianza y la educación por parte de sus padres y madres, quienes

ejercerán sus prerrogativas sin perjuicio del interés superior del niño, niña y adolescente por su carácter prioritario frente a los derechos de las personas adultas;

Considerando, por otro lado, el juez tiene el poder de valorar discrecionalmente las pruebas aportadas y establecer conclusiones relativas a su credibilidad en torno a la veracidad o falsedad de los enunciados a que se refieren los hechos de la causa; que en el presente caso fueron acogidas las pretensiones planteadas por la parte recurrente en apelación, actual recurrente en casación; que es preciso señalar además, que respecto de la guarda de los hijos menores no tiene en razón de su naturaleza intrínseca, un carácter definitivo y por lo mismo irrevocable, sino por el contrario, es meramente provisional, por tanto, puede revisarse si sobrevienen cambios en la situación de los menores o de sus padres, que exijan nuevas disposiciones o medidas con relación a la guarda al igual que el régimen de visitas; razón por la cual los medios examinados deben ser desestimados y con ello el presente recurso de casación;

Considerando, que procede compensar las costas por tratarse de una litis entre esposos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 131 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en virtud del artículo 65, párrafo 1 de la Ley núm. 3726-53, sobre Procedimiento de Casación.

Por tales motivos, **Primero:** Rechaza el recurso de casación interpuesto por Vicente Tapounet Brugal, contra la sentencia civil núm. 140-2010, de fecha 18 de marzo 2010, dictada por la Segunda Sala de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, cuyo dispositivo se copia en parte anterior del presente fallo; **Segundo:** Compensa las costas procesales.

Así ha sido hecho y juzgado por la Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia, como Corte de Casación, y la sentencia pronunciada por la misma, en la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, en su audiencia pública del 29 de junio de 2018, años 175º de la Independencia y 155º de la Restauración.

Firmado: Francisco Antonio Jerez Mena, Blas Rafael Fernández Gómez, Pilar Jiménez Ortiz y José Alberto Cruceta Almánzar. Cristiana A. Rosario V., Secretaria General.

La presente sentencia ha sido dada y firmada por los señores Jueces que figuran en su encabezamiento, en la audiencia pública del día, mes y año en él expresados, y fue firmada, leída y publicada por mí, Secretaria General, que certifico.