

_____ Salta, de junio de 2015.

_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados “**L, V D CONTRA C, D S POR TENENCIA DE HIJOS**” Expte. N° **406.610/12** y, _____

RESULTANDO

_____ I) Que a fs. 2/6 se presenta el Sr. V D L, DNI N°, por sus derechos y con patrocinio letrado, solicitando la custodia de sus hijos E A L, , y A J J L La demanda la dirige en contra de la Sra. D S CH , DNI N°, con costas. _

_____ En su relato de los hechos, afirma que mantuvo una relación convivencial con la demandada, en la cual concibieron a sus hijos, pero debida a las agresiones y violencia que sufría de parte de la Sra. Ch se vio obligado a separarse. Especifica que la interrupción de la cohabitación no importó desatender sus deberes como padre, los que siguió cumpliendo y la madre de sus hijos vivió con ellos en la casa de la abuela materna y de un día para otro decidió marcharse a la ciudad de Buenos Aires para estudiar y trabajar, según se lo informó la madre de su ex pareja, razón por la cual se han quedado los menores con su abuela, cuyos cuidados no son buenos, ya que ha visto a sus hijos mal aseados e incluso con caries. Declara que los niños le han manifestado estar muy tristes porque desde hace meses que no ven a su madre y que nadie se hace cargo de ellos en donde viven, lo que los está afectando gravemente. Expresa que sus hijos le han manifestado que desean vivir con él y que sea él quien se haga cargo de sus necesidades. Aclara que igualmente solicita la tenencia de sus hijos para poder inscribirse en el IPV a fin de poder acceder a una vivienda, manifestando que es él quien se encarga de retirar a los menores del colegio, los lleva al hogar en donde residen y los alimenta, los hace estudiar y los asea en cada oportunidad en que se le permite hacerlo, por lo que entiende que no hay razón para continúe manteniendo una tenencia de hecho la demandada. Funda su derecho y ofrece prueba.

_____ II) Corrido el pertinente traslado, éste es contestado a fs. 19/54 por la Sra. D S Ch, por sus derechos y por apoderada, oponiéndose al progreso de la demanda y reconvinando a su vez por tenencia, con costas. _____

_____ En su responde, niega todos y cada uno de los hechos afirmados por la contraria y afirma que con el actor son familia, ya que su padre es hermano de la madre de aquél, es decir, son primos hermanos. Declara que por esa relación de parentesco es que se frecuentaban y porque las viviendas de ambos quedaban a pocos metros de distancia. Afirma que en el año 2002 el Sr. L estuvo preso en el penal de Villa Las Rosas por el delito de robo agravado por el uso de armas, 2

cumpliendo una condena de tres años y durante el tiempo que estuvo privado de libertad que realizaba visitas en el penal y cuando cumplió quince años se le declaró y cuando salió de la cárcel en el año 2003 comenzó a frecuentarla con mayor asiduidad y a los 17 años la obligó a tener relaciones sexuales, naciendo de la misma su hijo A. Seguidamente efectúa un relato sobre la desaprobación de sus respectivas familias respecto del vínculo que mantenían, de que nunca convivieron y que en el año 2007 queda nuevamente embarazada de E, quien nace el 26/6/08, aclarando que el actor nunca cumplió de manera regular sus obligaciones parentales. Reconoce que viajó a Buenos Aires, al fracasar en su intento de ingresar a las fuerzas de seguridad de la Provincia por no alcanzar estatura mínima, para ingresar al Ejército Argentino y así poder mantener a su hijo, dándose cuenta que la relación que mantenía con el actor no era conveniente para ella ni para sus hijos, por lo que la concluyó y advierte que cada vez que tiene licencia retornaba a la ciudad para estar con sus hijos, lo que el Sr. L conoce, quien se negaba a aceptar la conclusión de la relación. Indica que a fines del año 2010 celebraron un convenio de alimentos y régimen de visitas, autorizándose a la abuela de los menores a percibir directamente los depósitos en concepto de alimentos, situación que no puede desconocer ahora el actor, entendiéndose que el lugar en el que residen sus hijos es el mejor, gracias a la colaboración de sus padres y que desde hace tres años el Sr. L solo aporta la exigua suma de \$ 460 mensuales para sus dos hijos, quien no es apto ni cuenta con las comodidades indispensables para ejercer la guarda que reclama. Finalmente, dice que es enfermera profesional del Ejército Argentino, ostentando el grado de cabo, con revista en la Provincia de Santa Cruz, Puerto Deseado en el Regimiento de Caballería de Tanque N° 11, a donde fue trasladada recientemente para cumplir sus funciones y que a pesar de que visita a sus hijos regularmente, promoverá demanda para llevárselos a vivir con ella, en donde actualmente tramita la adjudicación de una vivienda militar. Funda su derecho y ofrece prueba. _____

_____ La reconvenición mereció la respuesta que luce agregada a fs. 62/65 en la cual se pide su rechazo, con costas; conforme a los hechos y el derecho que allí se arguye y a los que me remito en honor a la brevedad. _____

_____ III) Posteriormente se abrió la causa a prueba y cumplida esta etapa, ambas partes alegan sobre su mérito, conforme a los testimonios incorporados a fs. 365/370 y a fs. 371/374, respectivamente. A fs. 359 dictamina la Sra. Asesora de Incapaces N° 7, quien es de la opinión de que debe rechazarse la demanda y 3

mantener el status quo o situación de hecho existente. Previa vista a la Dirección Gral. de Rentas, a fs. 364 se llama autos para sentencia, providencia firme. _____

CONSIDERANDO

_____ I) Que en el presente juicio tanto el actor como la demandada, a la sazón padres de los menores E A L, y A J J L pretenden que se les otorgue la custodia unipersonal de sus hijos. _____

_____ II) Como punto de partida de este análisis, cabe ponderar en principio la actitud de ambos padres de querer asumir los cuidados y educación de sus hijos, tal como lo prescriben los arts. 264, 265 y siguientes y concordantes del actual Cód. Civil. En efecto, la patria potestad –hoy ya redefinida primero por la doctrina y ahora en el próximamente vigente Código Civil y Comercial como *responsabilidad parental*- es un conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado (art. 264, 1º. Párr., Cód. Civil), se encuentra integrada por diversos derechos-deberes, tales como la educación, la corrección, la vigilancia, la asistencia espiritual y material y la representación legal. En este contexto, el derecho-deber de guarda aparece como uno de los contenidos de la patria potestad. Se advierte entonces que el ejercicio de estas potestades y el cumplimiento de los deberes señalados a los padres con relación a los hijos menores presupone su custodia permanente y que han de convivir con ellos (arts. 90, inc. 6º, 265, 275 y 276, Cód. Civil). La guarda común entonces implica la cohabitación de padres e hijos. La desmembrada supone la atribución de la tenencia a uno de los cónyuges y el correspondiente establecimiento de un régimen de visitas para el otro (cfr. Angelina Ferreyra de De La Rúa, 'Aspectos Procesales de la Tenencia y del Régimen de Visitas', en Revista de Derecho Procesal, Derecho Procesal de Familia-II-112/123 y doctrina allí citada). _____

_____ En el caso de hijos extramatrimoniales, como sucede en la especie, la patria potestad corresponderá al progenitor que hubiera reconocido a su hijo y en caso que ambos los hubieran hecho, a ambos si convivieren y en caso contrario a aquel que tenga la guarda otorgada en forma convencional o judicial (art. 264, incs. 4º y 5º, Cód. Civil). No conviviendo las partes, corresponde determinar cuál de los padres ha de ejercer ese derecho-deber. _____

_____ Paralelamente, no debe pasarse por alto que la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo es un instrumento jurídico vinculante (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional) sino que reconoce la condición del niño como sujeto de 4

derechos humanos. Condición que remarca la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2002. El niño tiene derechos no solamente en tanto futuro adulto sino en tanto niño y entre ellos se encuentra el derecho a una plena vida familiar, que implica poder ser cuidado por sus padres, más allá de la convivencia o falta de convivencia de éstos. _____

_____ III) Por ello, sin duda que para los jueces es dificultoso expedirse sobre temas en que encuentran en juego los sentimientos paternos y maternos en relación a sus hijos, pues deben ser los padres los que en tales casos aporten soluciones consensuadas, teniendo en vista como objeto principal el bienestar de los menores involucrados (cfr. CNCiv., Sala K, 26/10/2000, "L., M.C.R. c/M., A", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, 2002-1, pág. 497), pero ante la falta manifiesta de acuerdo, esa voluntad debe ser suplida y se debe evaluar cuál de los padres resulta más idóneo para el ejercicio de la tenencia de las menores, sin que tal atribución implique -bajo ningún aspecto- que quien no la ejerce no sea un buen padre o quien la ejerce sea mejor, sino que simplemente se otorga a quien, de acuerdo con las consideraciones fácticas del caso, el juzgador considera que está en mejores condiciones y qué es lo más conveniente para el menor. _____

_____ Sobre este punto debemos resaltar lo que ya mencionamos con relación a los niños, niñas y adolescentes como verdaderos sujetos de derecho y es que debe primar -en toda decisión judicial a la que se arribe respecto de los mismos- su interés superior (art. 3.1, Convención sobre los Derechos del Niño). _____ Ésta será la norma rectora de toda decisión que le concierna y ello en tanto y cuanto el interés superior del niño es un principio rector de la Convención sobre los Derechos del Niño, que enuncia que ese interés está primero en el orden de jerarquía, es decir, antes que el interés de los padres biológicos, antes que el interés de los hermanos, antes que el interés de los guardadores, antes que el interés de los tutores, antes que otros "intereses"; no sólo es un interés superior en referencia a otros intereses en juego, sino que además debe ser el mejor interés a la hora de dilucidar conflictos de derechos. El interés superior del niño es el prisma desde el cual se canaliza la protección global de los Niños, Niñas y Adolescentes que comprende cabal y claramente -en cada caso concreto- la real y positiva protección de los derechos en juego. Ese interés se dirige a determinar en la situación concreta cómo debe darse y contemplarse ese beneficio de los Niños, Niñas y Adolescentes, proveyendo a una solución definida que abarque las circunstancias familiares, fácticas, históricas, culturales, sociales, políticas, axiológicas, económicas, que convengan a la vida de los Niños, Niñas y 5

Adolescentes (cfr. Lloveras, Nora – Salomón, Marcelo, El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional, Ed. Universidad, 2009, págs. 121/122). _____

_____ En nuestro ordenamiento jurídico, ha sido la ley 26061 la que lo ha definido con mayor claridad en su art. 3º, señalando que se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar por tanto: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

_____ En consecuencia, la solución a la que se arribe debe brindar una estabilidad que posibilite el buen desarrollo de las menores, en este caso de E y A.

_____ Repárese que la jurisprudencia aconseja en mantener el *status quo* existente, no se debe innovar, salvo que cuestiones atendibles así lo aconsejen en interés de los menores, máxime si se advierte que las decisiones sobre el punto son provisionales, es decir, susceptibles de modificaciones siempre que los presupuestos fácticos y el interés de aquéllos lo tornen conveniente (CNCiv., Sala A, 11-6-96, “O., E.R. c/C., D.O”, citado por Patricia Bibiana Barrado, Acciones de Derecho de Familia, Jurisprudencia Temática en Revista de Derecho Procesal, Derecho Procesal de Familia-I, 491, f). _____

_____ Para ello se requiere la demostración de extrema inconveniencia para la salud física y psíquica del menor, para evitar trastornos de toda índole que una modificación del régimen de guarda pueda ocasionar al niño, por lo que no habiendo razones de importancia que lo justifiquen, debe mantenerse la tenencia en el progenitor que la viene ejerciendo. En consecuencia, la pauta de estabilidad o de conservación de la situación de hecho existente, sólo puede aplicarse en forma subsidiaria, cuando de las circunstancias de autos no surja otro criterio que resulte de utilidad a los efectos de inclinar la decisión judicial hacia uno u otro de 6

los progenitores. El criterio de estabilidad cede cuando el cambio aparece como sumamente beneficioso para el menor. _____

_____ IV) En el caso que nos ocupa, adelanto opinión en que –por el momento- ninguno de los progenitores, es decir, la madre o el padre, se encuentran en condiciones de asumir responsablemente el cuidado de sus hijos. _____

_____ Esta conclusión obedece a la valoración de la prueba producida en autos, la que ha sido analizada a la luz de los preceptos contenidos en el art. 386 del CPCC.

_____ En efecto, las pruebas testimoniales en general han sido de parientes de las partes y cada uno de ellos ha hablado bien según se tratara de parientes del actor o de la demandada. Véase en este sentido los testimonios de la Sra. L M Ch (fs. 129/130), el Sr. R J Ch (fs. 136/139), la Sra. S D A (fs. 140/143), el Sr. J F A (fs. 144/147), la Sra. S A Ch (fs. 249/251) y G Y Ch (fs. 255/257).- _____

_____ Pero lo que aquí interesa es desentrañar datos objetivos que permitan determinar con el mayor grado de certeza la verdadera realidad de las cosas. En esa línea de pensamiento a fs. 173 luce la planilla prontuaria del Sr. V D L, el cual fue condenado a diez meses de prisión efectiva en el año 2.003 por el delito de robo calificado en despoblado y uso de armas. Resulta interesante igualmente el testimonio de la Sra. M S L (fs. 149/152) en donde describe que el comportamiento o la conducta del Sr. L es mala porque los integrantes de su familia y amigos patotearon a su hijo en casa, con lo cual entraron, rompieron todo, le quisieron pegar a la declarante y además le rompieron la clavícula a su hijo (ver respuesta a la pregunta quinta). Y ampliando dicho testimonio relata sobre la agresividad y brutalidad del Sr. L y que además apuñalaron a un compañero de su hijo (ver respuesta a la pregunta décimo séptima). Esta testigo también declara que los menores siempre están a cargo de la abuela materna y siempre ve a los niños con ella (ver respuesta a las preguntas vigésimo séptima y vigésimo octava), no habiendo visto al Sr. L concurrir con los menores al centro de salud (respuesta a la pregunta vigésimo novena). Este hecho es además ratificado a fs. 153/154 por la Sra. M L Ch (ver respuesta a las preguntas décimo primera y décimo novena). La primera de los testigos señalados relata el buen cuidado que les proporciona la abuela materna ya que lleva sus nietos al centro de salud mensualmente (ver respuesta de la Sra. L a la pregunta vigésima).

_____ Estos hechos se ven reflejados con los informes escolares de los menores que corren agregados a fs. 165/168 en los cuales se consigna que E es alumna del nivel inicial, en la sala de cinco años en la Escuela N° 4026 Dr. Delfín 7

Leguizamón, que asiste en forma regular, en muy buenas condiciones de higiene personal y con la indumentaria adecuada, siendo una niña que trabaja diariamente y responde a las consignas que se le brinda. Lo mismo se resalta de Agustín, de quien se destaca que no tiene dificultad en la adquisición de contenidos, reconoce las vocales y las consonantes y en cuanto a su aspecto personal es un niño con muy buena presencia, limpio y que concurre acompañado de su abuela materna quien ha demostrado interés por la educación del niño. _____

_____ A lo expuesto cabe agregar el informe social de fs. 285/287 en el que se puntualiza que los niños viven con sus abuelos maternos, con recursos económicos que permiten ubicarlos fuera de los parámetros de las necesidades básicas insatisfechas, lo que resulta favorable para impulsar la calidad de vida y/o desarrollo adecuado de los menores, presentando un desenvolvimiento en el medio social sin conflictos y no se conoce episodio que ubique a los menores en situación de riesgo. _____

_____ Asimismo, de la pericia psicológica efectuada a los menores (fs. 296/297) da cuenta de la ausencia tanto de la figura materna como paterna y que tal función ha sido sustituida por los abuelos maternos, tanto que a la progenitora la designan como “mamá D” y al progenitor como “simplemente V”, a quienes no ubican dentro de las funciones parentales o como personas significativas en su vida en especial al padre a quien califican como una persona a quien no les disgusta ver, con el que juegan, que les prepara comida, no les pega pero que no tiene la significación de un padre. Se indica que desde sus vidas diarias los niños reconocen como padre y madre, que los cuidan, los alimentan y los escuchan, a sus abuelos maternos. _____

_____ Por su lado, la pericia psicológica efectuada en el Sr. L destacan indicadores de inmadurez emocional que influye negativamente en su posibilidad de ejercer la función parental y resolver asertivamente los conflictos, ya que tiende a actuar mediante el ocultamiento, evasión, negación y/o impulsivamente ante situaciones conflictivas y en base a los rasgos de inmadurez puede actuar priorizando sus necesidades o las de las personas de las que el depende emocionalmente, privilegiando su propio bienestar. Se indica que el Sr. L debe realizar psicoterapia que lo oriente acerca de la necesidad de clarificar los roles familiares por el vínculo de sangre existentes entre el y la Sra. Ch, favoreciendo el vínculo paterno – filial. Se aconseja iguáleme una interconsulta médica que permita descartar el consumo de algún tipo de sustancia psicoactiva ya que se observó en él indicadores de dificultad en el control motriz. _____ 8

_____ Por su lado, en la pericia psicológica de la Sra. Ch se destaca que se observaron indicadores de conflictos personales provenientes de su pasado familiar y que no han sido resueltos aún, lo que la predispone para tener un yo débil, inmadurez emocional, dependencia e inseguridad personal y sensación –esperable dentro de este contexto- de no poder actuar plenamente en el entorno para satisfacción de sus necesidades y expectativas. Si bien se describe que posee capacidad para ejercer la función materna, se observa la necesidad de acompañamiento profesional para la superación de conflictos no resueltos del pasado familiar y el logro de una madurez emocional acorde para un adecuado establecimiento de la relación materno – filial, sobretodo si debe integrar a sus hijos mayores al grupo familiar que ha formado con el Sr. M L y del cual podrían surgir conflictos vinculares que son esperables en toda familia al modificarse su organización y convivencia cotidiana. Se sugiere psicoterapia individual y vincular.

_____ A ello se suma que la Sra. Ch no reside en nuestra provincia sino que lo hace en la provincia de Santa Cruz conforme lo reconoce la propia demandada no solamente en su contestación de demanda sino en su absolución de posiciones de fs. 132/133 (ver respuesta a las posiciones tercera y cuarta). _____

_____ V) Estas pruebas permiten allegar a la conclusión que formulamos al principio de este análisis y que desdibuja los hechos afirmados en la demanda y en su contestación en cuanto a que ambas partes se consideran aptas para el adecuado ejercicio del rol parental, cuando ni siquiera los mismos están registrados en la conciencia de los niños y en su vida diaria como papá y mamá, vínculos filiales sobre los cuales habrá que trabajar para restablecerlos de manera adecuada, de forma favorable para E y A. Ni el actor con su inmadurez, su conducta irascible y carácter inadecuado (tengamos en cuenta que en el Expte N° INC – 488549/14 que tramita por este mismo Juzgado, se ha pedido la suspensión del régimen de visitas y se ha restringido cautelarmente el mismo en razón de los actos desplegados por aquél en presencia de sus hijos) y otros trastornos posiblemente vinculados con el consumo de sustancias psicoactivas, lo posiciona como un referente para los menores. Menos aún la madre que no reside en esta provincia, no tiene resueltos problemas de su pasado familiar y no ha explicado cómo hará para integrar a sus hijos a la nueva familia que ha constituido y dónde los llevará a vivir, debiendo contar necesariamente con la anuencia del padre para trasladarlos fuera de la provincia.

_____ Con todo, se entiende que el centro de vida de E y A lo constituyen sus abuelos maternos y no resulta aconsejable por ahora, sobre la base de las 9

probanzas analizadas variar esa situación de hecho, sin perjuicio de ordenar que ambos progenitores se sometan a tratamiento psicológico por un espacio de seis meses en el hospital público, centro de salud y/o profesional privado de su elección, a efectos de reforzar los aspectos de su personalidad necesarios para una revinculación adecuada con sus hijos. Por igual plazo los menores deberán también realizar terapia también en un hospital público, centro de salud y/o terapeuta privado de su elección, a efectos de permitir aquella revinculación, debiendo a tal efecto la Sra. S D A facilitar dicho tratamiento. _____

_____ Evaluados que sean dichos estudios, recién tanto actor como demandada deberán promover un nuevo juicio para obtener la custodia unipersonal o compartida de sus hijos. Hasta tanto ello ocurra, se otorga la guarda judicial de los menores E A L, y A J J L a su abuela materna S D A, DNI N° con domicilio en esta ciudad, con las obligaciones y responsabilidades de la ley, debiéndose posicionar en su cargo por ante la Secretaría actuante en un horario de despacho de lunes a viernes.

_____ VI) Se imponen las costas por el orden causado en atención a cómo se decide la presente controversia y por el principio de solidaridad familiar (art. 67, 2° párr CPCC), quedando reservada la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. _____

_____ Por lo expuesto, _____

F A L L O

_____ I) **RECHAZANDO** la demanda y la reconvenición deducidas en autos; conforme a los fundamentos vertidos en los Considerandos. Con costas por el orden causado. _____

_____ II) **MANTENIENDO** la situación de hecho existente con relación a los menores E A L, DNI N°, y A J J LDNI N° y **OTORGANDO** la **GUARDA LEGAL** de los mismos a su abuela materna Sra. S D A, de esta ciudad, con las obligaciones y responsabilidades de la ley, debiéndose posicionar en su cargo por ante la Secretaría actuante en un horario de despacho de lunes a viernes.

_____ III) **ORDENANDO** que los Sres. V D L, y D S CH, , conjuntamente con sus hijos menores de edad se sometan a tratamiento psicológico por un espacio de seis meses en el hospital público, centro de salud y/o profesional privado de su elección, a efectos de reforzar los aspectos de su personalidad necesarios para una revinculación adecuada con sus hijos; conforme a los motivos expresados en los Considerandos.

_____ IV) **DEJANDO ESTABLECIDO** que deberá acreditarse el comienzo de dicha terapia en el plazo de diez días de notificado el presente y acreditarse su continuación cada treinta días, bajo apercibimiento de desobediencia judicial y de remitirse los antecedentes al Fiscal Penal pertinente. _____

_____ V) **RESERVANDO** la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. _____

_____ VI) **MANDANDO** se protocolice y notifique. _____
