

Tribunal: Juzgado de Familia de 4a Nominación de Córdoba
(JFamiliaCordoba)(4aNom)
Fecha: 06/08/2003

Partes: L.S.F. y A.C.P.

Publicado RU 2003-5, 5 - DJ 2003-3, 236, con nota de Adriana M. Wagmaister; Jorge M.

en: Bekerman - LLC 2003 (octubre), 1064, con nota de Adriana M. Wagmaister; Jorge M. Bekerman - LLC 2004 (febrero), 16, con nota de Angelina Ferreyra de De la Rúa
- LA LEY 2004-B, 419, con nota de Adriana M. Wagmaister; Jorge M. Bekerman

HECHOS:

Ante la adicción a las drogas que afectaba a la madre de dos niños menores, ambos progenitores acordaron que su tenencia fuera otorgada al padre. Transcurridos 5 años, la madre solicitó judicialmente la guarda de aquéllos, aduciendo que se había recuperado de su afición y que la conducta sexual no convencional de su ex esposo, quien convivía con su pareja homosexual, aunque en habitaciones separadas, ponía en "peligro moral" a los niños. El juez de familia desestimó la pretensión de la parte actora.

SUMARIOS:

1. Ante el conflicto parental por la tenencia de los hijos menores, debe otorgarse su guarda al padre que la ejerció en forma beneficiosa para aquéllos durante cinco años, frente a los problemas de salud de la madre - adicta a las drogas- aun cuando su conducta sexual sea no convencional -en el caso, por vivir junto a su pareja homosexual en el hogar familiar, aunque en habitaciones separadas-, si ello no resulta contraproducente ni pone en riesgo el desarrollo sus hijos, pues el modo de vida y las convicciones religiosas, políticas o ideológicas sólo pueden juzgarse cuando inciden negativamente en el desenvolvimiento del niño.

2. A fin de resolver el conflicto suscitado entre padres divorciados por la tenencia de sus hijos menores de edad, no debe hacerse mérito del comportamiento sexual no convencional observado por quien detenta la guarda -quien, en el caso, convive con su pareja homosexual en el hogar familiar, aunque en habitaciones separadas-, a menos que dicho comportamiento incida negativamente en el desenvolvimiento del niño, pues no implica falta de idoneidad de la función parental, conduciendo la solución contraria a meras especulaciones sin basamento que podrían convertirse en fuente de una discriminación inaceptable.

3. El principio que manda reconocer la autonomía y la subjetividad del niño -en tanto que sujeto de derecho con capacidad para intervenir en los procesos decisorios sobre su destino, dentro de los límites derivados de la condición de persona en desarrollo no implica conferirle poder de decisión en los conflictos que lo involucren, debiendo prevalecer su interés superior - entendido como la satisfacción de todos los derechos que lo asisten como persona- sobre sus deseos y opiniones -en el caso, voluntad de vivir con

su madre, afectada por una adicción a las drogas- cuando éstos entran en colisión con aquél.

TEXTO COMPLETO:

1a Instancia.- Córdoba, agosto 6 de 2003.

Vistos: Estos autos caratulados "L.S.F Y A.C.P divorcio vincular", de los que resulta que a fs. 67 y 70 la Sra. A.C.P solicita la tenencia de sus hijos A. y J. L., atento a que tiene graves inconvenientes (de índole moral con el padre de sus hijos S.F. L.. Manifiesta que contrajo matrimonio con el Sr. L. con fecha 21 de agosto de 1992, naciendo sus dos hijos quienes cuentan en la actualidad con 8 y 6 años de edad. Señala que la tenencia de los mismos fue acordada a su favor por Sentencia N° ... de fecha, dictada por la Excm. Cámara de Familia de ° Nominación. Expresa que debido a su precario estado de salud y de común acuerdo, los niños quedaron bajo la tenencia del padre, lo que fue homologado por este Tribunal mediante Auto N° ... de fecha

Asimismo, manifiesta que a comienzos del año 2001 solicitó la tenencia de sus hijos no habiendo arribado a acuerdo alguno en la audiencia del art. 40 de la ley 7676 recepcionada en el mes de junio de dicho año. Relata que actualmente ha recuperado totalmente su estado de salud y que no existe ninguna causa para que los niños continúen bajo la tenencia de su padre, aún más cuando se encuentran en situación de peligro moral. Impreso al presente, el trámite previsto en el art. 87 y siguientes de la ley 7676 se corre traslado a la contraria quien lo evacua a fs. 88/90. Niega que la progenitora haya recuperado su estado de salud, ni se encuentre en condiciones apropiadas para ejercer la tenencia de los niños y observar el cumplimiento de las obligaciones que tal ejercicio impone.

Niega asimismo, que la madre pueda proveer lo indispensable para el crecimiento y desarrollo de sus hijos, pues nunca colaboró con los gastos de alimentación, vivienda, salud, educación, etc., pese habérselo solicitado en numerosas oportunidades, por ser una obligación que recae sobre ambos progenitores. Niega que los menores se encuentren en "situación de peligro moral" según la definición que transcribe, asimismo pone de relieve que la progenitora no ha ofrecido ninguna prueba tendiente a acreditar este extremo que temerariamente invoca.

Manifiesta que muy por el contrario sus hijos cuentan con todo lo necesario para su desarrollo psico - físico y afectivo, pudiendo ejercer en plenitud todos sus derechos consagrados en la ley 23.849 (Cs.D.N).- Expresa que en el mes de abril de 1999, con motivo de una denuncia vecinal por la situación en la que se encontraban los niños cuando estaban en el hogar de la madre, interviene el Juzgado de Menores de ... Nominación, Secretaría a cargo del Dr. .

Señala que a raíz de la situación mencionada, con fecha... por Auto N° acordaron la tenencia a su favor de sus hijos A. y J. L., situación que de hecho ejercía desde el 3 de junio de 1998. Agrega, que en dicha oportunidad la Sra.P. manifestó y reconoció

expresamente que, "por motivos de índole personal no puede hacerse cargo de la atención y cuidado que los menores requieren..." y que desde esa fecha fueron a su exclusivo cargo todos los gastos que demandan la manutención y educación de sus hijos. Manifiesta asimismo, que a favor de la madre se acordó un régimen de visitas amplio, pudiendo retirar a los niños de la escuela dos veces a la semana y acompañándolos en sus tareas escolares, lo que no fue cumplido por la progenitora, limitándose a estar con los niños los fines de semana. Señala que en el convencimiento de que sus hijos necesitan fortalecer el vínculo con su madre, para hacer posible tal contacto en numerosas oportunidades debió llevar y buscar a los niños al domicilio de la misma quien alegaba no tener vehículo.

Expresa que la progenitora incumplió de manera irresponsable el régimen de visitas, ya que cuando los niños estaban con ella no asistían a la escuela y ante la reiteración de tales situaciones se vio obligado a realizar exposición policial y formular denuncia penal. Además, señala que la Sra. P. puso en evidencia otras actitudes negligentes al punto de afectar el estado de salud de los niños, así por ejemplo dejó de suministrar medicación al mayor de sus hijos por encontrarse bajo tratamiento, lo que obligó a la suspensión del mismo según criterio médico. Pone de relieve que el "derecho de la madre a estar con sus hijos", como lo pide la demandante, debe subordinarse al principio del interés superior del niño, establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 3.1 que a continuación transcribe. Manifiesta que en el nuevo contexto de la Convención, que plasma derechos del niño y deberes del Estado, la familia y la comunidad, el principio del interés del niño debe ser interpretado como garantía de cumplimiento de los derechos y deberes que consagra. Cita doctrina. Expresa que por las razones expuestas considera que la Sra. A.C.P no se encuentra en condiciones de ejercer la tenencia de sus hijos, por lo que solicita se confirme la tenencia a su favor de los menores A. y J. L.

A fs.69 la incidentista ofrece la prueba para acreditar los extremos invocados, consistente en Documental, Pericial Psicológica y Presuncional. Por su parte, a fs. 89/90 el progenitor ofrece la que hace a su derecho consistente en Documental, Documental-Instrumental, Informativa, Testimonial, Pericial Psicológica, Encuesta Socio Ambiental, Instrumental y Confesional. Diligenciada la que obra en autos, se corre vista a la Sra. Asesora de Familia del Cuarto Turno quien a fs. 273 la evacua, manifestando que analizados los antecedentes de la causa y teniendo especial consideración las particulares circunstancias en que se debate la conflictiva familiar planteada, merece especial atención la impugnación del Informe Interdisciplinario realizado por los profesionales del CATEMU. Considera pertinente la producción de un nuevo dictamen por un profesional psicólogo del Equipo Técnico de Menores o de Peritos Oficiales de la nómina del T.S.J, a fin de que se pronuncie sobre la idoneidad de ambos progenitores para ejercer la guarda de sus hijos menores. A fs. 308/311 obra glosado el informe realizado por la Lic. en Psicología M.C.B. Corrido nuevamente traslado a la Representante del Ministerio Pupilar a fs. 322/328 lo evacua, expresando que la incidentista Sra. P. no ha probado que un cambio de tenencia favorezca a J. y A., como así tampoco que esté en mejores condiciones para ejercer la guarda, ni que por la etapa evolutiva por la que atraviezan sus representados deban vivir con uno u otro progenitor. Concluye la Sra. Asesora interviniente, que la guarda de los niños debe seguir en cabeza del Sr. L., ya que ha logrado demostrar con suficiencia que cumple con todas las obligaciones que le impone el desempeño paterno, de lo contrario importar trasladar el análisis del incidente incoado,

esto es guarda de los menores, al examen de su orientación sexual.- Pone de manifiesto que doctrina y jurisprudencia son contestes en sostener como principio rector el criterio de estabilidad en la vida de los menores, salvo que tal cambio aparezca como sumamente beneficioso para ellos. Dictado el proveído de autos, el mismo queda firme y la causa en estado de resolver.

Considerando:

I. Que en los casos de familias disruptivas, una de las cuestiones mas importantes a dilucidar es el régimen de convivencia al que quedarán sujetos los hijos menores, es decir cuál de los progenitores ejercerá su guarda sin perjuicio de las responsabilidades parentales que le corresponderán al otro progenitor. En estos supuestos los acuerdos de partes son por excelencia la mejor solución para el hijo, ya que en ellos confluyen la armónica decisión de quienes son los responsables por antonomasia de su orientación y dirección en el proceso hacia la "humanización del niño", es decir en el proceso de socialización primaria, por el cual se hará efectiva su naturaleza humana. Cuando el acuerdo no es posible, es el juez el llamado a decidir, debiendo conformar su resolución a la pauta de idoneidad prevista en el art. 206 del C.C. y la directriz rectora ineludible del "interés superior del niño" contenida en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. La idoneidad está relacionada con la elección de aquél de los progenitores que sea más apto y esté en mejores condiciones naturales para satisfacer los requerimientos que apunten a garantizar el pleno e integral desarrollo del hijo, a través del cumplimiento acabado de las funciones nutritivas cubriendo las necesidades de amor, protección, abrigo, alimento; y las normativas que establecen el sistema de reglas, pautas y normas que permiten la adaptación del hijo a la realidad y su paulatina incorporación como miembro activo de la sociedad. Estas funciones que en la crianza del niño se encuentran íntimamente ligadas y entrelazadas, son el contenido esencial del instituto de la patria potestad, y determinan su objetivo y finalidad que es "...la protección y formación integral" de la prole. Asimismo la idoneidad esta íntimamente relacionada con la mayor disposición y posibilidad que tenga el progenitor para garantizar y concretar todos aquellos derechos que, en el marco de la Convención sobre los derechos del Niño le corresponden a la infancia, entendida ésta como el proceso socializador y educativo por el cual cada ser humano adquiere su autonomía personal. Esto determina también que tanto los acuerdos de partes, como las decisiones judiciales respecto a la custodia de los hijos, sean siempre mutables y revisables, pues pueden surgir causas o hechos sobrevinientes que desaconsejen el mantenimiento de dicha guarda, y aún cuando ningún presupuesto se vea alterado puede el propio crecimiento de los hijos hacer nacer nuevos requerimientos y necesidades que determinen el mayor beneficio de un cambio en este sentido. En definitiva se trata de seleccionar al progenitor que pueda dar mayores garantías de cumplimiento de la función social que implica la patria potestad.

II. Que en el sub lite, encontrándose controvertida la custodia de los hijos menores, corresponde establecer, cuál de los padres resulta ser el más idóneo para ejercerla en este momento evolutivo de la vida de los niños, de acuerdo a las pautas mencionadas en el Considerando precedente, y conforme las constancias de autos, las pruebas incorporadas al proceso y el contexto general de la causa.

Que de la historia vital de esta familia en conflicto judicial contenidas en las presentes actuaciones, se desprende que en un principio, por acuerdo de partes la guarda de los hijos menores se estableció a cargo de la madre (Sentencia número ...de fecha..., dictada por la Exma. Cámara de Familia de ° Nominacion, fs. 18/20).

Que, luego, según surge de las constancias de fs.38 de autos, ambas partes acuerdan el cambio de guarda de los hijos menores a favor del progenitor, reconociendo la imposibilidad de la genitora de hacerse cargo de los mismos y que tal situación de hecho se viene manteniendo desde el 3 de junio de 1998, convenio que fuera homologado por este Tribunal mediante Auto Número ...de fecha (fs. 41/42).

Que luego de ello, a casi dos años de la homologación del acuerdo y casi tres de convivencia de los hijos con el padre, con fecha 20 de abril de 2001, se presenta la Sra. P. solicitando la fijación de una audiencia del art. 40 de la ley 7676 a los fines de tratar el cambio de guarda, alegando que "han cesado" las causales de enfermedad y particulares que determinaron la entrega al padre y el hecho que ambos menores, de 8 y 5 años, le habían manifestado que querían vivir con ella (fs. 51).

Que en dicha audiencia, llevada a cabo con fecha 26/06/2001, pese a ser entrevistadas las partes por el Juez y la Sra. Asesora de Familia interviniente, parece no haberse arribado a acuerdo alguno en el sentido pedido por la Sra. P., aunque ello no surja de la certificación obrante a fs. 64.

Que recién, luego de ocho meses, con fecha 4 de marzo de 2002 se presenta nuevamente la progenitora solicitando la tenencia de sus hijos, en un libelo obscuro que fue motivo de aclaración posterior (fs. 67 y 70), de los cuales se desprende que los fundamentos de su pedido son: 1)"graves inconvenientes (de índole moral) con el padre de sus hijos", 2) "la gravedad de la situación", 3) la necesidad de "salvaguardar la moral y el bienestar de los menores", 4) "la recuperación total de su estado de salud", y "el derecho que tienen los hijos a vivir con la madre", 5) "la falta de causa para que continúen bajo la tenencia del padre", 6) y "la situación de peligro moral en que se encuentran bajo la tenencia de su padre".

Que pese a la invocación genérica y no explicitada en la petición, de cuál sería la razón de los "graves inconvenientes de índole moral, la grave situación y el peligro moral en que supuestamente se encontrarían los niños bajo la guarda de su progenitor, corresponde al Tribunal investigar, conforme la prueba aportada e incorporada en autos si existe algún motivo que justifique estas aseveraciones, más allá de determinar la idoneidad de ambos progenitores para resolver el cambio de guarda solicitada.

III. Que antes de entrar en el análisis de la prueba corresponde dilucidar la impugnación interpuesta por el Sr. L. en contra de las conclusiones del informe interdisciplinario elaborado por el CATEMU y agregado a fs. 197 y 202 de autos. Al respecto ha dicho la jurisprudencia unánime "...es necesario algo más que disentir, es menester arrimar evidencias capaces de convencer al juez de que lo dicho por el especialista es incorrecto, que sus conclusiones son erradas o que los datos proporcionados como sostén de sus

afirmaciones son equivocadas" (CNCiv., sala A 13/10/81, JA, 1982-IV-236). Las observaciones efectuadas por el Sr. L. (fs. 205/216) han sido suficientemente explicitadas por los licenciados en Trabajo Social y Psicología intervinientes, al evacuar la vista corrida a fs. 249/250 y 251/253, respectivamente. En el área psicológica sus conclusiones han sido en general coincidentes con las que fueran elaboradas por el perito oficial en su informe, ya que el CATEMU no ha señalado en modo alguno la falta de idoneidad paterna para ejercer la tenencia de sus hijos, sino que la madre se encuentra también en condiciones de ejercerla, considerando en función de los deseos expresados por los menores que un cambio sería positivo, esto último constituye una conclusión personal, que no obsta a la validez del dictamen. Por otro lado los errores que se señalan en los datos recolectados por los trabajadores sociales intervinientes, resultan inócuos con relación a los hechos a probar y por lo cual el dictamen pericial resulta conducente, como por ejemplo que el progenitor sea o no el propietario de la casa donde habita el grupo familiar, que haya renunciado o se haya acogido a un retiro voluntario de su trabajo anterior, etc. y el resto de las objeciones, sobre todo las referidas al cariz discriminatorio que el mismo contiene, tiene mas relación con la discrepancia que el impugnante tiene con la conclusión a la que se arriba, que la finalidad de demostrar cuáles han sido los errores en que se puede haber incurrido, ni los vicios procedimentales del acto de pericia que necesariamente le quiten valor convictivo al dictamen emitido. Por lo que no corresponde hacer lugar a la impugnación incoada, sin perjuicio de valorar las conclusiones del Informe interdisciplinario a la luz de las otras pruebas aportadas en autos y fundamentalmente del informe pericial de fs. 308/311 que ha sido aceptado por ambas partes sin objeciones.

IV. Así las cosas corresponde efectuar el análisis de la prueba ofrecida y diligenciada en autos. De la Instrumental agregada (fs. 155/189), a fs. 160 surge que con fecha 22 de abril de 1998 se formula una denuncia telefónica anónima por ante el Juzgado de Menores de ° Nominación Prevencional, sobre la situación de "peligro que correrían unos menores llamados A. y J. L. de cinco y dos años de edad.....junto a su progenitora.....que los niños no son bien cuidados, que a veces se los deja solos, que la madre fuma marihuana, que a veces se la observa perdida, que en el lugar se hacen fiestas con un montón de parejas que andan desnudas por cualquier lado...".

Que ordenada la constatación de dicha situación en el domicilio de la progenitora, luego de varios fracasos para su encuentro, se determina que los menores no se encuentran en el mismo por estar con el padre, y que respecto "de la conducta sexual de la madre y el eventual consumo de drogas no se constata ningún tipo de indicio que permita corroborar ni desestimar lo señalado en el oficio, siendo necesario otro tipo de investigación para acceder a la información requerida.." (fs. 166). Se ordena una encuesta ambiental, familiar y vecinal en el domicilio de la madre, la que no se puede llevar a cabo porque según informa un tío materno, su hermana (la progenitora de los niños) vive en otro barrio, y que los menores se encontrarían viviendo con el padre sin poder determinar el lugar (fs. 173).

Que luego de ello, con fecha 23 de diciembre de 1998, comparece la propia Sra. P. y manifiesta que a esa fecha los niños se encuentran viviendo con el padre, "..quien los

cuida bien, los atiende... Que se los dio momentáneamente... en razón de que está la compareciente efectuando un tratamiento psiquiátrico" (fs.174).

Que el Juzgado de Menores ordena una encuesta ambiental y familiar en el domicilio del progenitor, en cuya evaluación se expresa "Se observó a los niños de aspecto cuidado y en relación afectuosa con su padre... Según lo observado, aparentemente, los niños estarían contenidos afectivamente, atendidos en sus necesidades y siendo educados por su padre en un ambiente que les ofrecería seguridad. Se los observó de buen ánimo y de apariencia saludable. Según lo manifestado por el entrevistado, él no pone obstáculos para el encuentro de la madre y familia, con los niños ..." (fs. 178).

Que estas aseveraciones fueron materia de expreso reconocimiento por la Sra. P. en la audiencia del art. 16 de la ley 4873 (hoy reformada) según constancias obrantes a fs. 182, de donde surge que la progenitora manifestó "no estando (los niños) en situación alguna de riesgo...", lo que determinó el cese de la intervención del Tribunal de menores dictado por Auto Interlocutorio N° de fecha (fs. 188).

Que de lo analizado se desprende que efectivamente a la fecha de entrega de los menores a su progenitor la Sra. P., según sus propias manifestaciones, no se hallaba en condiciones de salud para atenderlos y cuidarlos (fs. 38) y que estaba efectuando un tratamiento psiquiátrico (fs. 174), encontrándose los niños según sus propias manifestaciones y la encuesta ambiental, ya referida, cuidados, protegidos y contenidos por su progenitor, sin ningún tipo de situación de riesgo tanto moral como física. En consecuencia, corresponde determinar si desde aquella fecha hasta el presente, se ha producido una variación en los presupuestos de hecho que se tuvieron en cuenta, que sea motivo de la situación de riesgo o peligro moral alegada por la madre para fundamentar su pedido. De la documental obrante a fs. 75, 78/85 y 130 a 133, correspondiente a los informes sobre progreso escolar (libretas escolares), los niños han tenido un desempeño en el área educativa inmejorable durante el tiempo de guarda de su progenitor, lo que se ve también corroborado con la documental acompañada a fs. 220/224, y debidamente reconocida a fs. 261, 261 vta y 262, de la que también surge el permanente apoyo del progenitor a las tareas escolares, como que los niños realizan todos sus trabajos y asisten con todos los útiles necesarios, participando el progenitor activamente en la vida escolar.

Asimismo con la documental de fs. 76/77 se acredita que los niños han recibido las vacunas correspondientes a su edad; y con los certificados médicos obrantes a fs. 86 se acredita el buen estado de salud del que gozan.

Que con las testimoniales rendidas en autos se prueba la preocupación y permanente ocupación del padre por el cuidado de la salud de sus hijos (declaración de la Sra. C. F., respuesta a la pregunta tercera y octava -fs. 110/110 vta y 111 supra-, declaración de la Sra. C. C., respuesta a la pregunta tercera, declaración de la Sra. A. S. de M., respuesta a la pregunta quinta y aclaratoria- fs. 126 vta, declaración de la médica que atiende a los niños Dra. E. C., respuesta a la pregunta segunda, tercera. Cuarta, quinta, decimoprimer y vigésima- fs. 151 y 151 vta.). También ha quedado acreditado en autos la buena relación que tiene el Sr. L. con sus dos hijos y el mutuo afecto que se prodigan, lo cual ha

surgido de las declaraciones testimoniales rendidas en autos, en forma concordante y coincidente (testimoniales de la Sra. F., respuesta a la pregunta segunda, fs.110, de la Sra. C. respuesta a la pregunta segunda, fs. 115, de la Sra. S. de M., respuesta a la pregunta segunda, fs. 126). Como así también, de la encuesta ambiental y familiar efectuada por el Juzgado de menores ya relacionada, fs. 178, del informe social efectuado por el CATEMU (201 vta. Supra) y de la entrevista personal mantenida por la suscripta con intervención de la Sra. Asesora de Familia con ambos menores, según lo certifica la actuaria a fs. 264. Asimismo, ha quedado acreditado que el Sr. L. cuenta con un inmueble, hogar o morada, que tiene todas las comodidades necesarias para el pleno y total desarrollo de los menores, contando con una habitación para ellos, que está "...decorada con motivos infantiles, tiene televisor color, placard y juguetes, encontrándose provista de lo necesario...Los ambientes son amplios e iluminados y se encuentran decorados con sobriedad y buen gusto. El mobiliario es bueno y de buena calidad. La casa luce impecable ordenada y aseada...", en tal sentido de la testimonial de la Sra. S. de M. surge que ella desempeña tareas de empleada doméstica en la casa del progenitor, (respuesta a la pregunta primera fs.126).- De las conclusiones de la pericia oficial incorporada en autos a fs. 308/311, que fuera ordenada por pedido de la Sra. Asesora de familia y aceptada por ambas partes, surge que "...En cuanto al punto de pericia sobre la idoneidad para ejercer la guarda de los hijos menores, de acuerdo a lo que pueden confirmar los hechos, en el período de tenencia de los hijos, ha podido hacerse cargo (el Sr. L.), sin inconvenientes de su paternidad, dirigida al cuidado y educación de sus hijos, en todo lo que ésta implica: afecto, educación, salud, recreación, etc. No hay indicios que esto haya sido contraproducente.- Además de acuerdo a los resultados de esta pericia psicológica se puede concluir que el entrevistado (Sr. S. L.) está capacitado y es idóneo para continuar ejerciendo la guarda de sus hijos.. " (fs. 309 infra y 310 supra). Cabe analizar también, la conducta de colaboración y facilitamiento del vínculo materno-filial que el Sr. L. ha demostrado a lo largo de estos cinco años de ejercicio de la guarda, resguardando con ello el derecho a la coparentalidad, que resulta ser un derecho básico de la niñez, lo que surge tanto de las constancias de autos, como del informe social elaborado en el expediente de menores (fs. 178 infra) y las propias declaraciones realizadas por la Sra. P. que "..Que a los niños los ve siempre, los visita.." (fs. 182 infra). Lo que es corroborado, por el dictamen emitido por el CATEMU (fs. 200 vta supra), las declaraciones testimoniales (Sra. F. respuesta a la pregunta novena y décima -fs. 111-, Sra. C. respuestas a las preguntas quinta y aclaratoria- fs. 115/115 vta- Sra. S. de M. respuesta a la pregunta novena -fs.126 vta-) y la propia confesional rendida por la Sra. P. en sus respuestas a las posiciones decimosexta y decimoséptima fs. 270 vta y 271. Demostrando también una actitud madura de preservación del vínculo materno-filial al no descalificar la figura materna frente a las circunstancias que produjeron en su momento la entrega de la tenencia, ya que conforme surge del informe del CATEMU, como bien lo señala la Sra. Asesora de Familia, "ninguno de los menores manifiesta tener recuerdos y/o conocer el motivo por el cual no viven actualmente con la progenitora" (fs. 201 vta. primer párrafo).

Por otra parte cabe resaltar la actitud altamente solidaria demostrada por el Sr. L. en la preservación de la salud de la madre, lo que sin duda repercute en beneficio de los menores, permitiendo que ésta hiciera uso de su obra social no sólo para el tratamiento de

la problemática relacionada con la adicción a las drogas y depresión, sino el posterior embarazo de su actual pareja, lo que surge de las constancias de fs. 141 de autos. De todo lo analizado precedentemente no surge en manera alguna acreditada la situación de "inconvenientes de índole moral", "situación grave", ni "el peligro moral" alegado por la progenitora como fundamento principal de su petición, sino que por el contrario se ha demostrado acabadamente que el Sr. L. cumple con todas las responsabilidades parentales correspondientes al ejercicio de la patria potestad.

V. Sin embargo no escapa a la suscripta que las razones, ocultadas en el escrito donde expone su petición, se fundan en la orientación sexual del progenitor y su conformación de una pareja homosexual con la cual convive, lo que se desprende de sus propias manifestaciones vertidas en oportunidad de la declaración testimonial de la Sra. F., obrante a fs. 112 vta. infra y que fuera señalado por la Sra. Asesora de Familia en su meduloso dictamen. En este espinoso y difícil tema traído de manera tangencial a consideración, no puede dejar de señalarse la intolerancia y hostilidad que subyace en la sociedad frente a la elección en la orientación sexual de las personas distinta a la esperada, y que cuando se habla de homosexualidad no se señala una conducta o comportamiento humano, sino que la misma categorización pretende, peligrosamente, hacer de ello un "diagnóstico"; trasladando, equivocadamente, el eje de la discusión, al hecho de si ser homosexual es bueno o malo, si es beneficioso o perjudicial, cuando en realidad la preocupación del juzgador debe ser, cualquiera sea la orientación sexual de los progenitores, averiguar si éstos reúnen las condiciones necesarias para desempeñar y cumplir el rol parental adecuadamente y tratar de desentrañar que es lo mejor para el hijo.

En consecuencia como bien lo señala Cecilia Grosman "...sólo puede juzgarse el modo de vida y las convicciones religiosas, políticas o ideológicos de los progenitores en la medida que incidan negativamente en el desenvolvimiento del niño.." (Los Derechos del Niño en la Familia - Discurso y realidad, p. 59).

Cabe señalar que aún en aquellos autores que consideran que la inclinación sexual ostensible de uno de los progenitores, debe ser necesariamente uno de los elementos a valorar para otorgar la guarda de los hijos, sin embargo atemperan esta postura haciendo jugar otras pautas tan importantes y decisivas a la hora de resolver como "...las circunstancias particulares del caso, entre las que se incluyen la mayor o menor aptitud del otro progenitor, la eventual preferencia legal materna en razón de la edad del vástago, y sobre todo, el fundamental principio de estabilidad..." (Mizrahi, Mauricio Luis, "Familia, matrimonio y divorcio", p. 417).

Por ello el análisis no puede ni debe centrarse, en el comportamiento sexual "no convencional" del progenitor, ya que éste en manera alguna constituye per se un factor que marque la falta de idoneidad en la función parental, lo importante y trascendente cuando de guarda de hijos se trata es la investigación si este progenitor o aquel progenitor, más allá de su condición sexual, es o puede ser un buen padre, lo contrario implicaría establecer meras especulaciones sin basamento, que se convertirían en una fuente de discriminación inaceptable en la actualidad.

Por otro lado las consecuencias psíquicas de ser hijo de un padre homosexual en la actualidad son, al menos, desconocidas, manejándose mas conjeturas que verdades en dicho tema, sin embargo no cabe la menor duda que la tendencia generalizada en la sociedad, y en especial demostrada en estos autos por la progenitora, de ocultar, disfrazar la realidad, omitiendo en su demanda nombrar la homosexualidad paterna, tratándola de "peligro moral" para los menores, entraña una conducta descalificadora ab inicio y sin fundamento, que sólo puede influir negativamente en sus hijos, quienes requieren para crecer un discurso claro y despejado de todo fundamentalismo, que les permita insertarse en una sociedad pluralista, inclusiva, comprensiva y sin discriminaciones. Es en este marco que las pruebas aportadas en autos y ya analizadas, demuestran a las claras que la guarda ejercida por el progenitor durante más de cinco años, ha sido beneficiosa para ellos, no encontrándose indicio alguna que la conducta sexual del progenitor haya sido contraproducente o ponga en riesgo el pleno desarrollo de la prole, ni tampoco existe indicación alguna en los dictámenes obrantes en autos que en el futuro la continuación de esta situación puede ser perjudicial para ellos. Sin perjuicio de señalar, que tampoco puede constituir un presupuesto nuevo a tener en cuenta para variar la tenencia, toda vez que la homosexualidad del progenitor, conforme ha reconocido la madre era ampliamente conocida por ésta a la fecha de entrega de la tenencia de los menores, considerando en dicha oportunidad que "ningún riesgo" corrían con el padre (fs. 182).

Por lo dicho corresponde rechazar los argumentos esgrimidos por la progenitora para fundar su pretensión basados en "graves inconvenientes de índole moral", "situación grave" y "peligro moral" relacionados, también, con la orientación sexual del progenitor.

VI. Conforme ha quedado planteada la cuestión litigiosa debe en el presente hacerse mérito de la idoneidad de la progenitora para ejercer la tenencia de sus hijos, en relación a la posibilidad y necesaria evaluación que ésta le pueda ser atribuida si resultara mas beneficiosa para los menores. La progenitora manifiesta que actualmente "ha recuperado totalmente su estado de salud", como argumento para fundar su pretensión, sin embargo no ha explicitado en su escrito de pedido de tenencia cuál era la dolencia que determinó la entrega de los niños a su progenitor. De la prueba aportada en autos, en especial, de la informativa expedida por S., obrante a fs. 141/146 de autos, surge que la Sra. P. recibió atención médica ambulatoria en el Sanatorio M., por primera vez el día , y fue internada en esa institución el día , por orden del Dr. L., con el siguiente diagnóstico: "Trastorno excito-motriz; dependencia a Cannabis; consumo habitual de otras drogas, depresión", recibiendo tratamiento psicofarmacológico, siendo dada de alta con fecha para continuar tratamiento en forma ambulatoria. Asistiendo a consulta por última vez con fecha" (fs. 142). De ello se puede colegir que el problema de salud materno, más allá de la causas que determinaron este comportamiento, fue el consumo "habitual de drogas", lo que se ve corroborado por el dictamen del CATEMU de fs. 197 a 202, donde se transcriben las manifestaciones vertidas por la Sra. P. en oportunidad de las entrevistas, y ellas son que "...A raíz de esto sufrió una fuerte crisis depresiva que la llevó al consumo de drogas (fs.198 supra) ...refiere haberse recuperado del consumo de drogas.." (fs. 202). Sin embargo llamativamente, y pese a encontrarse en autos acreditada la dolencia materna, esta es negada en forma categórica por la Sra. P. en su respuesta a la posición sexta (fs. 270), esa negación resulta muy importante de evaluar en el presente, puesto que sólo la

conciencia de enfermedad por parte del paciente, la asunción que padece un problema que debe y necesita ser tratado, es la única posibilidad de acceder a su restablecimiento. Esto unido al hecho que la alegación de "ha recuperado totalmente su estado de salud", no ha sido probado en forma alguna, no se han acompañado los tratamientos a los que se sometió para su restablecimiento contando con sólo la constancia de fs. 142, en que si bien se le da de alta, lo es a los fines de continuar con el tratamiento ambulatorio el que parece no haber finalizado, ya que del mismo no existe ninguna constancia, sólo la indicación de una última consulta con fecha. Del informe de la perito control, Licenciada P., que luce a fs. 316/317, surge que la Sra. P. abandonó dicho tratamiento, que luego fue al "programa C." (centro especializado en tratamientos por adicciones) en el que indicaron internación en Granja, que tampoco cumplimentó, que de la misma pericia oficial surge que es "...necesario que la Sra. P. cuente con apoyo terapéutico para sobrellevar la función materna en esta circunstancia, y ayudar a prevenir posibles crisis en el futuro", esto está relacionado -en el mismo informe- con el desequilibrio psíquico que sufriera y que no le permitiera hacerse cargo de sus hijos, que no puede ser interpretado, pese a no mencionarse, sino exclusivamente con el consumo de drogas y la depresión que sufriera en el año 1999, y a la que ya me he referido anteriormente. También del informe del CATEMU surge que "desde principio de este año (2002), la entrevistada se encuentra bajo tratamiento psicológico" (fs. 200 vta.), no existiendo en autos ninguna prueba que acredite la existencia y continuidad de este tratamiento, lo que unido a la recomendación de la perito oficial ya referida, es un fuerte indicio que por lo menos a la fecha no se encuentra asistida terapéuticamente.

Que siendo un argumento de sostén de su petición el hecho de haber recuperado totalmente su estado de salud, y dado las características de la dolencia sufrida por la progenitora, es a ella a quien incumbía la prueba indubitable de esta circunstancia, lo que no hizo. Esta carencia no puede ser cubierta por los informes psicológicos obrantes en autos que sólo refieren dichos de la peticionante de haberse recuperado del consumo de drogas como en el caso de CATEMU (fs 202), o como en el caso de la pericia oficial que refiere que, al "momento de la entrevista no hay indicios manifiestos del estado de desequilibrio psíquico..... Actualmente parece haber superado el estado crítico anterior..." (fs. 311), pero ninguna de ellas puede acreditar que se halla totalmente restablecida de su adicción. Además, ambas pericias también han señalado aspectos preocupantes en la personalidad de la progenitora como "Personalidad de características infantil y dependiente..... Defensas lábiles. Que la dejan expuesta a las presiones del medio.." (Informe CATEMU, fs. 200 vta), "...se observan sentimientos de inseguridad, en función de los cuales tiende a entablar relaciones de dependencia afectiva. También se evidencia agresividad hacia sí misma.... Su personalidad no cuenta con importantes recursos para defenderse ante la angustia de situaciones adversas, y por lo tanto su psiquismo puede verse desbordado ante situaciones críticas de gran presión..." (fs. 310 informe perito oficial). Lo expuesto en los informes referidos, evidencia que el rol materno no puede sostenerse sin un tratamiento terapéutico, que la progenitora no se ha ocupado de probar que realiza y puede continuar, demostrando con ello una falencia importante, ya que el cuidado de la salud no es una conducta autorreferente toda vez que ella se proyecta sobre terceros -los hijos- , incluyéndose dentro de los deberes paternos atender su salud psíquica y mental como un modo de asumir su responsabilidad

realizando todo lo necesario para evitar o corregir conductas que puedan poner en riesgo la integridad de su prole. Pero aún cuando partamos de la base que desde el punto de vista psicológico, conforme lo han señalado, tanto el informe del CATEMU (fs. 202) como el informe de la perito oficial (fs.311), la madre es idónea para ejercer la tenencia de sus hijos, ésta no ha demostrado ser más idónea que el padre, o que esté en mejor situación para tener la guarda de sus hijos, ni que de su custodia resulte un beneficio mayor para A. y J. Por el contrario de las constancias de autos surge su falta de compromiso real por la educación de sus hijos, no sólo por la ausencia en el ámbito escolar manifestada por las docentes del Colegio en la Informativa glosada a fs. 221, 223 y 224, sino también de sus propias declaraciones vertidas en oportunidad de la confesional rendida. En dicha audiencia, reconoce expresamente que no asiste a las reuniones de padres, tratando de justificar o excusar esta omisión en la falta de información por parte del progenitor de los niños sobre lo relacionado con el aspecto educativo (respuesta a posición decimosegunda). En tal sentido, considero que el derecho-deber de supervisar la educación de los hijos, implica una actitud activa, positiva y encaminada con dicho objetivo, pudiendo ella misma realizar las averiguaciones y pedir los informes que fueren necesarios para su cumplimiento, máxime cuando no se ha probado en autos ninguna causa de impedimento por parte del Colegio o el padre para que se efectivice este derecho - deber. Asimismo, en cuanto al deber de asistencia moral y espiritual de los hijos que se traduce en el derecho - deber de comunicación, la Sra. P. ha manifestado que goza de un régimen de visitas amplio sin restricciones, lo que implica que puede verlos y retirarlos cuando quiera, sin embargo ella lo ha limitado a los fines de semana (respuesta a la posición decimosexta - fs.270 infra y 270 supra) con la excusa de la distancia que existe entre su domicilio y el domicilio del progenitor, recortando ella misma el deber de comunicación con sus hijos y limitando con ello su propia responsabilidad parental. En este punto cabe resaltar que no surge del informe social del CATEMU (fs. 197/202) que la madre se encuentre en una situación económica apremiante que le impide afrontar los gastos de traslado para visitar a sus hijos, sin perjuicio que los obstáculos económicos o de otra índole de la peticionante, no pueden -per se- fundar un cambio de guarda.

Por otra parte, es necesario analizar las conclusiones del informe del CATEMU en cuanto afirma que "...No se registran indicadores de que la Sra. P. se encuentre actualmente imposibilitada de ejercer la tenencia de sus hijos y atento el deseo manifiesto de los niños de restablecer la convivencia con su madre, se considera que este sería positivo para los mismos.." (fs. 202). Esta conclusión en nada contradice lo analizado precedentemente, ya que es coincidente en cuanto a la idoneidad materna con el informe de la pericia oficial (fs. 311), sólo agrega un elemento a considerar que es el supuesto "deseo de los menores" de vivir con su madre, para calificar de positiva la posibilidad. En este sentido cabe resaltar que en la entrevista personal mantenida por la suscripta y la Sra. Asesora de Familia interviniente con ambos menores, no pudo ser corroborado lo dicho por ellos, con la contundencia con que se encuentra expresado. Si bien es cierto que manifestaron que amaban a ambos padres por igual, que "les gustaba estar en la casa de su madre" y "que querían pasar más tiempo con su progenitora", también señalaron algunos problemas menores en la convivencia con su progenitor, como por ejemplo que estaban enojados con L. (quien convive en la casa como pareja de su progenitor, aunque en habitaciones separadas), porque nos los dejaba "jugar a la pelota en el living", o con su

padre porque no los dejaba salir a jugar a la calle, debiendo todas las tardes permanecer en la peluquería (medio de trabajo del progenitor) haciendo los deberes o tareas escolares. Corresponde entonces analizar cuál debe ser el peso del deseo de los niños en relación a la decisión de con quién deben vivir. A partir de la Convención sobre los derechos del niño, se introdujo el más trascendente principio innovador en relación a la infancia, que es nada más y nada menos que: "el reconocimiento de la autonomía y subjetividad del niño", lo que implica considerar al niño como sujeto de derecho, con capacidad y facultad de intervenir en los procesos decisionales sobre su destino. Al poder expresar no sólo su deseo, sino su opinión y pudiendo y debiendo ser escuchado por las autoridades administrativas y/o judiciales que intervengan, las que deberán evaluar y tener en cuenta "debidamente" estas expresiones de la niñez. Pero de ninguna manera este principio implica o puede asimilarse a la posibilidad de poner en "cabeza del niño el poder decisorio sobre su destino", sino que significa proveer al niño de todas las herramientas necesarias para que vaya adquiriendo protagonismo en las acciones, gestos y actitudes en el contexto de la vida familiar, escolar o comunitaria como sujeto de su propio proceso de formación en el camino de la adquisición de la autonomía personal, todo eso dentro de los límites que derivan de su condición peculiar de persona en desarrollo. Para ello es necesario escuchar al niño en sus deseos y opiniones, pues él no sólo es el destinatario de la decisión judicial, sino una persona cuyos intereses pueden ser oportunamente considerados y evaluados. Ahora bien, no es menos cierto que cuando entra en colisión la opinión del menor y sus deseos, con su "interés superior", entendido éste como la satisfacción de todos los derechos que al niño le corresponden en su calidad de persona, y cuando no puedan ser ellos compatibilizados, deberá necesariamente privilegiarse éste por sobre aquél, pues lo contrario implicaría dejar sin sustento el régimen especial de protección del que gozan por su condición de "personas en desarrollo", dejando librado su proceso de maduración y desarrollo a su propio arbitrio. En el caso particular de autos y conforme toda la prueba analizada, aún cuando los niños hubieran expresado en oportunidad del informe citado, esta preferencia o deseo, ello debe necesariamente ser valorado y sopesado a la luz de su "interés superior", que en el sub lite se traduce en la convivencia con su progenitor quien ha demostrado, de manera solvente y sin altibajos, durante cinco años poder ejercer su paternidad en toda su extensión y responsabilidad.

VII. Cabe por último analizar los otros argumentos expuestos por la progenitora en su petición "el derecho que tienen los hijos a vivir con la madre" y "la falta de causa para que continúen bajo la tenencia del padre". Con relación al primer argumento es cierto que el Código Civil establece la preferencia materna, pero sólo con relación a los menores de cinco años; con respecto a los que superen esta edad ha establecido como única pauta "la idoneidad" (art. 206) y a partir de la incorporación de la Convención sobre los derechos del niño también la consideración de su "interés superior" (art. 3), por lo que esta invocación sin otro fundamento que el sexo del progenitor a los fines de decidir una guarda, carece de todo sustento en los hechos y en el derecho. Consecuentemente los hijos no tienen el "derecho a vivir con la madre" sin más, sino a vivir con aquél de los progenitores que esté en mejores condiciones de garantizar su pleno desarrollo, por lo que tal argumento debe ser rechazado.

En cuanto al segundo y último argumento resulta ininteligible a luz de las constancias de

autos, ya que la causa que los niños se encuentren con el padre fue la entrega voluntaria de la tenencia por parte de la madre, lo que provocó la novación de la situación anteriormente convenida por la falta de aptitud por ella reconocida de sostener la crianza de sus hijos en ese momento; por lo que para poder revertir esa situación no le bastaba a la progenitora argumentar -sin prueba-, que tales causas habían cesado y sin más obtener la tenencia de sus hijos. Ya que los niños no son objetos de reparto ni susceptibles de adquisición, sino que debió demostrar de manera indubitable, además de su mayor idoneidad, que el cambio de guarda implicaba un beneficio real y concreto para los menores, lo que en autos no ocurrió.

En el caso particular, entonces, cobra vigencia y actualidad la pauta de estabilidad o respeto del statu quo, aceptada en forma unánime y pacífica por la doctrina y jurisprudencia, que consiste en no innovar situaciones de hecho consolidadas, cuando no existan razones que aconsejen o justifiquen el quiebre en la continuidad afectiva, espacial, social y educativa del niño, evitando así el replanteo de conflictos de adaptación y adecuación a un nuevo medio, con las consecuencias de angustia y desorientación que esto acarrea. Si bien es cierto que esta regla no debe ser absoluta en ningún caso, permitiendo, como señala Cecilia Grosman "...la admisión de cambios destinados al mejoramiento de la situación del menor, y no sólo para evitar perjuicios, reconociéndose de este modo la absoluta incompatibilidad entre el carácter estático del statu quo y el esencialmente dinámico y mutable del desarrollo de un menor..." ("Los Derechos del Niño en la Familia- Discurso y realidad", p. 173). En el caso traído a resolución, no existe constancia ni prueba alguna que lleve a la convicción de la suscripta que un cambio en la guarda favorezca a A. y J., que por razones de la etapa evolutiva en la que se encuentran sea preferible que estén con uno u otro progenitor, ni que con la guarda de la progenitora se produzca un mejoramiento en la situación general ni especial de los niños. Es por todo lo dicho y analizado que considero en coincidencia con el dictamen del Ministerio Pupilar que el incidente de cambio de tenencia interpuesto por la progenitora debe ser rechazado manteniéndose la guarda de A. y J. a cargo del progenitor.

VIII. Atento el resultado arribado en los presentes, y no encontrando la suscripta en autos ninguna causa que justifique el apartamiento de la regla general de imposición de costas (art. 130 C.P.C), las mismas deben ser impuestas a la progenitora, Sra. P. Que en cuanto a la regulación de honorarios de las doctoras Q. y R. no existiendo disposición legal alguna que sirva de base a las peticiones resueltas, considero de aplicación lo dispuesto en los arts. 34 párr. 3° y 36 de la ley 8226, es decir el monto de pesos equivalente a veinticinco jus, en conjunto y proporción de ley.

Por lo expuesto, lo dispuesto por el art. 264 C.C, normas legales citadas y lo dictaminado por el Ministerio Pupilar, resuelvo:

1°) Rechazar el incidente de cambio de tenencia interpuesto por la Sra. A. C. P. y en consecuencia mantener la tenencia de los menores A. y J. L. a cargo de su progenitor, Sr. S. F. L..

2°) Imponer las costas del presente incidente a cargo de la Sra. A. C. P. 3°) Regular los

honorarios de las doctoras Q. y R. en conjunto y proporción de ley, en la suma de pesos seiscientos doce con setenta y cinco centavos.- Silvia Morcillo.