

\_\_\_\_\_ Salta, 6 de octubre de 2016. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados "**J., D. S. vs. P. F. S. - RESTITUCION DE MENOR**", Expte. N° 40228/14 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil de Personas y Familia 2º Nom. - Distrito Sur: Metán; **Expte. N° 537837/15 de Sala**, y \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **CONSIDERANDO** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ I) La Sra. D. S. J., representada por la Sra. Defensora Oficial N° 2, promovió demanda solicitando la restitución de su hija menor F. E. P. contra el Sr. F. S. P., padre de la niña (fs. 7 y vta.). Afirmó haber ejercido siempre la tenencia hasta que en el año 2014, fue notificada por la Asesoría N° 2, de una disposición que la otorgaba provisoriamente al padre. A fs. 41/ 43 contestó demanda el Sr. F. S. P., solicitando su rechazo. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ La sentencia en crisis (fs. 200/203), con fundamento en el interés superior de la menor y en las pruebas producidas, rechazó la demanda de restitución y ordenó al Sr. P. favorecer y no restringir, el derecho de comunicación de F. con su madre. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En su contra interpuso recurso de apelación la Sra. D. S. J. (fs. 204). Al fundarlo (fs. 207/208), se agravia porque entiende que se afirma, sin sustento probatorio alguno, su falta de interés en cambiar la situación de F., desestimando los testimonios producidos en autos. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Dice que se ha desconocido lo manifestado por la menor, quien expresó que no quería volver a vivir con su padre y que la resolución le ordena al Sr. P. que se abstenga de inferir malos tratos a su hija, lo que demuestra la verdad de sus afirmaciones. Entiende que el criterio para atribuir la tenencia debe ser el interés superior del niño, que significa reconocer su valor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de sus derechos y debe ponderarse la implicancia que tiene el factor tiempo para el desarrollo de su personalidad. Considera que el tribunal no puede desentenderse de las circunstancias del caso, que la niña se encuentra perfectamente contenida, concurre a un establecimiento escolar y desea seguir viviendo con su madre. Solicita se revoque la resolución impugnada y se haga lugar a la demanda promovida por su parte. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Corrido traslado, el mismo permaneció incontestado (cfr. fs. 212 y vta.). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 220/221 emite dictamen la Sra. Asesora de Incapaces, quien solicita se confirme la resolución en crisis y a fs. 226/227 lo hace el Sr. Fiscal de Cámara, quien considera que el recurso debe ser declarado desierto. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ II) Atento lo manifestado por el representante del Ministerio Público Fiscal, es necesario precisar que el art. 709 del CCCN consagra el principio de oficiosidad en los procesos que versan sobre cuestiones de familia, poniendo el impulso procesal a cargo del juez, salvo que se trate de intereses exclusivamente económicos y procesos en los que las partes sean capaces (CApelCCSalta, sala IV, t. XXXVIII-I, fº 316). En virtud de ello, dada la naturaleza de la cuestión sometida a consideración - la solicitud de restitución de la tenencia de F. E. P. a su madre-, esta queda alcanzada por el principio de oficiosidad consagrado en el art. 709 y por ello, corresponde considerar el recurso interpuesto por la actora, sorteando el análisis sobre la suficiencia del memorial de fs. 207/208 y de conformidad a lo dispuesto por los arts. 270 último párrafo y 243 del Código Procesal, modificar la forma de concesión del recurso (fs. 205), el que se declara concedido en relación y con efecto suspensivo. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ III) Cabe recordar que en materia de tenencia de menores es predominante la jurisprudencia que aconseja mantener el statu quo existente, salvo demostración de extrema inconveniencia para la salud moral y física del mismo, para evitar trastornos de toda índole que una modificación pueda ocasionar al niño (Eduardo, N. de Lázzari, Medidas Cautelares, t. II, p. 44; CApelCCSalta, Sala IV, 2000-673). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ La posibilidad de modificación de la tenencia, estará condicionada a la invocación de una variación de las circunstancias de hecho de entidad suficiente para hacer recomendable el cambio, vale decir que la pauta de estabilidad o conservación en esta materia, cede cuando el cambio aparece como sumamente beneficioso para el menor. Debe tenerse en cuenta que un cambio en la tenencia frecuentemente implica no sólo una variación en los hábitos de vida hogareños del menor, lo que por sí solo le producirá una cierta

dosis de tensión, sino que también ha de significar un cambio de barrio y de escuela, con la secuela de inseguridades y temores que tales modificaciones le producen. En consecuencia, la modificación de un régimen de tenencia sólo debe concederse cuando tal cambio significa un correlativo beneficio para el menor o cuando el mismo ha devenido necesario, por circunstancias sobrevinientes de la persona a la que la misma le ha sido otorgada o la ejerce de hecho; de lo contrario el principio de estabilidad debe prevalecer (Stilerman, “Menores, tenencia, régimen de visitas”, p. 133; CApelCCSalta, sala IV, 1999-425; íd. íd. t. XXVI, fº 306). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En autos, se aprecia que F. E. P. vive con su padre desde el día 19/02/14, oportunidad en la que -con la intervención del Ministerio Pupilar- la niña, que se encontraba en situación de riesgo, quedó bajo la protección y custodia de su progenitor, el Sr. F. S. P. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ No existe elemento alguno de convicción para afirmar que las circunstancias antes descritas y que motivaran que F. quedara el cuidado de su padre, hayan cesado. La testimoniales a las que alude la recurrente (fs. 161/163), deben ser apreciadas junto con la restante prueba que obra en autos; contradicen los hechos relatados en la audiencia de fs. 40 -cfr. acta del día 19/02/14 labrada en la Asesoría de Incapaces N° 2 de Metán-, oportunidad en la que se expuso que la menor presentaba problemas de conducta y se encontraba en situación de riesgo. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por el contrario, tal como lo expone la sentencia en crisis, se aprecia que luego de trasladarse a la Provincia de Santa Cruz, lugar en el que vive con el demandado, su padre, su desempeño escolar mejoró notoriamente -cfr. informes del Servicio Social del Ministerio Público (fs. 24/25), del establecimiento educativo al que asiste F. E. P. (fs. 30), boletín de evaluaciones (fs. 34), informe del servicio social del Ministerio Público de fs. 48/49 e informes de los meses de febrero y junio de 2015, del Licenciado en Trabajo Social de la Provincia de Santa Cruz (fs. 133/136 y 178/181); informe sobre el desempeño escolar de F. en la Provincia de Santa Cruz, durante los años 2014 y 2015 (fs. 137/140 y 182/187). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ La actora no ha acreditado que hayan variado las circunstancias de

hecho, tenidas en cuenta al momento de disponer que la niña quedara el cuidado de su padre, ni que existan motivos que tornen recomendable una nueva modificación, que resulte beneficiosa para su hija. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ La doctrina y la jurisprudencia han ido consensuando que se debe tener en cuenta el principio de estabilidad o continuidad del statu quo, según el cual cualquier cambio en la forma de vida de los menores tiene que estar motivado y fundamentado (CApelCCSalta, sala IV, t. XXXV-I, fº 182). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Si bien los niños deben ser oídos y su parecer tenido especialmente en cuenta en orden a lo previsto en los arts. 26 y 707 del CCCN, ello no implica que la decisión que mejor preserve su interés, sea coincidente con su deseo. Conforme sea su grado de madurez -competencia para entender las consecuencias que para su persona e intereses tiene el tema sobre lo que se expresa u opina-, el responsable de la escucha -Asesora de Menores y jueces intervinientes en la causa- deben decidir lo que resulte más beneficioso a su interés superior. Si bien normalmente un niño de catorce años se encuentra en condiciones de formarse un juicio propio, dado que la Convención no establece una edad en concreto, el juez deberá evaluar en cada caso particular, su capacidad de comprensión en relación al asunto sobre el cual debe opinar, que estará dada en cada niño por el contexto familiar, socioeconómico y cultural en el que se ha desarrollado, que indudablemente influyen directamente en la conformación de su personalidad, en su modo de ser en el mundo y en el grado madurativo intelecto-emocional (arts. 3.1. y 12 C.D.N.; arts. 3 inc. b), 24 y 27 incs. a) y b) de la ley 26.061), a condición de que su grado de madurez y su situación emocional y psíquica, le permitan expresarse libremente, reflejando lo que realmente piensa y siente (cfr. Cámara de Familia de Mendoza, D. S., A. M. c. Ferrara, María Noelia s/ régimen de visitas; 30/04/2014; La Ley Gran Cuyo 2014 -julio, 651). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En el caso, existen elementos de convicción suficientes que justifican mantener las circunstancias actuales y apartarse del deseo de F., manifestado ante el Juez, de vivir con su madre (cfr. acta de fs. 44 del mes de febrero de 2015). En esa oportunidad se resolvió mantener el status quo, hasta tanto fueran agregados los informes psicológicos que debían realizarse y que hasta

el momento, no fueron incorporados al proceso. Por el contrario, el informe obrante a fs. 57 y vta., que data del mes de junio de 2013, da cuenta de la situación de vulnerabilidad por la que atravesaba F. y las dificultades que tenía la madre para orientarla y contenerla. Esta circunstancia de conflicto se ha revertido desde que la menor vive con su padre y no se han incorporado nuevos elementos para concluir que sea beneficioso para la misma, volver a vivir con su madre. Del informe de la Institución Educativa a la que asistía F., mientras vivía con su madre, surge que había perdido su condición de alumna regular, no cumplía con los horarios, ni con las tareas escolares (fs. 76); en el informe social obrante a fs. 78/79 que data del 13/02/14 se expone que F. continuaba expuesta a situaciones de riesgo y no contaba con el acompañamiento y supervisión de su madre, quien no había buscado hasta esa fecha, asistencia psicológica para revertir ese conflicto. Por el contrario, de los informes referidos en párrafos precedentes, (fs. 24/25, 30, 34, 48/49, 133/136 y 178/181), como así también de la copia del boletín de calificaciones del año 2015 (fs. 187); puede concluirse que el desempeño escolar de F., así como su conducta y adaptación (cfr. fs. 139/140 y 182/184) ha mejorado durante los años 2014 y 2015, notoriamente. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por los fundamentos expuestos, se concluye -tal como lo resolvió el Sr. Juez a quo-, que no existe razón suficiente para modificar la situación actual y no parece prudente, desde la perspectiva del interés de la menor, alterarla a través de un pronunciamiento judicial. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por ello y teniendo en cuenta lo dictaminado por los representantes del Ministerio Público Pupilar y Fiscal, cabe desestimar el recurso deducido. Ello sin perjuicio de advertir que el informe psicológico obrante en autos se encuentra desactualizado y que la decisión podría eventualmente ser modificada, si en el futuro surgen razones de entidad suficiente respecto del interés de la menor que así lo aconsejen, lo que deberá ser valorado a la luz del cambio de circunstancias que eventualmente se acrediten. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Las costas, atento la naturaleza de la cuestión resuelta, se imponen por el orden causado (art. 67 apartado segundo, CPCC). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por lo expuesto, \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ **LA SALA CUARTA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN  
LO CIVIL Y COMERCIAL** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ **I. NO HACE LUGAR** al recurso de apelación interpuesto por la  
actora a fs. 204. Costas por su orden. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ **II. REGÍSTRESE**, notifíquese y **BAJE**. \_\_\_\_\_