

Puerto Madryn, febrero de 2018.

VISTOS:

Los autos caratulados “C. H., B. C/ M., J. S/ Privación de Responsabilidad Parental” (000700/2016), y el llamado de autos de fs. 80 para dictar sentencia;

RESULTA:

Que a fs. 02/12 se presenta la Sra. B. C. H. por su propio derecho, con el patrocinio, en aquel entonces, de la abogada contratada de la Oficina de la Defensoría Pública Civil María Esther MURPHY, solicitando se decrete la privación de la responsabilidad parental del Sr. J. M., respecto de sus hijos G. M. C. y J. D. M. C..

Que señala que estuvo en pareja con el Sr. J. M. durante 14 años, fruto de esa relación nacieron sus hijos G. y J. D. M. C., y que la relación siempre estuvo signada de violencia, con maltrato reiterados y violencia tanto física como emocional, y delante de sus hijos, lo que dio origen a los autos caratulados “C., B. s/ Violencia Familiar” (Expte. N° 39 Año 2010).

Que indica que a fines de febrero se va de viaje, y al regresar su hija le relatada que su padre abusaba de ella. Habiendo negando el Sr. M. todo tipo de conducta inapropiada hacia su hija, y que no obstante ello, formuló la correspondiente denuncia, la que tramitó en la Carpeta OFIJUD 6036, legajo fiscal N° 42718.

Que refiere la actora que en el mes de abril del año 2015, se produjo un hecho de violencia, siendo abusada ella por su pareja, y cuando llegaron sus hijos la encontraron gravemente golpeada y sangrando, y luego de pedir ayuda llamando a la policía, se dio origen a la causa, conforme número de carpeta OFIJUD 6020.

Que indica que en fecha 26 de noviembre del año 2015 se dicta sentencia en la causa “M. J. p.s.a. Abuso Sexual Agravado Puerto Madryn” (carpeta OFIJUD 6020, Legajo de Investigación Fiscal N° 47150 y su acumulado, carpeta OFIJUD

6036 Legajo Fiscal N°47218) condenándose al Sr. J. M. en el carácter de autor material y penalmente responsable de los delitos de Abuso Sexual con Acceso Carnal en concurso real con Abuso Sexual Simple agravado por el vínculo, a la pena de seis años de prisión. Advirtiéndose que el Sr. M. reconoció la autoría material de ambos hechos.

Que señala que para el caso de G. su pretensión se fundamenta en el inc. a) del art. 700 del CCyCN, quedando los extremos acreditados con la sentencia dictada en sede penal.

Que puntualiza que luego de ser detenido el Sr. M., sus hijos niegan querer tener algún tipo de relación con el nombrado por el dolor que les ha producido. Cita jurisprudencia y doctrina.

Que resalta que el Sr. M. no puede continuar detentando la responsabilidad parental, el hecho de ser condenado es motivo suficiente para tener por acreditado su incapacidad para ejercer el rol parental, no le importó la integridad psicofísica de su hija, también ha afectado la integridad de su hijo quien ha atravesado un gran malestar, y angustia, por el accionar de su padre, con quien no quiere vincularse.

Que concluye solicitando la privación de la responsabilidad parental del demandado respecto de G. y J. D.. Ofrece prueba documental. Subsidiaria. Informativa e informes socio ambientales y de interacción familiar.

Que a fs. 13 se da trámite a la acción de privación de la responsabilidad, ordenándose correr traslado al demandado.

Que a fs. 14/15 obra la debida constancia de la notificación.

Que a fs. 18/26 se presenta el Sr. J. M., por su propio derecho, con el patrocinio de la abogada de la oficina de la Defensoría Pública Civil María Amelia LEINENN, contestando la demanda, solicitando el rechazo del pedido efectuado por la Sra. C. H..

Que por imperativo procesal, niega todos y cada uno de los hechos no reconocidos expresamente.

Que sostiene que convivió en pareja con la Sra. C. durante catorce años, que de dicha relación nacieron sus hijos G. y J. D., y que la relación siempre se desarrolló con normalidad, siendo siempre una familia unida y armoniosa.

Que refiere que no es una persona violenta, y menos que haya ejercido hechos de violencia frente a sus hijos, negando que haya abusado de su hija, porque jamás le ha hecho daño, ni le haría daños a sus hijos.

Que señala que si bien efectuó un reconocimiento en sede penal como autor del hecho y para que se acumulen las carpetas de los delitos de abuso sexual a la Sra. C. y a su hija, ello fue para ser más favorable para su pena, pero indica que no es culpable de ninguno de los delitos que se le imputaron.

Que puntualiza que no es cierto que sus hijos no quieran verlo, sino que ello obedece a que la Sra. C. lamentablemente ha ejercido una manipulación sobre ello, con el fin de separarlos de él.

Que indica que en reiteradas oportunidades ha intentado extrajudicialmente y a través de audiencias de avenimiento en la Asesoría de Familia poder ver a sus hijos, pero ello no ha sucedido ya que refiere que la Sra. C. no ha permitido que sus hijos elijan libremente.

Que detalla que la privación de la responsabilidad parental es el último recurso estatal, que solo debe ser adoptado en caso de extrema gravedad y como medida de protección de los niños, y no como una sanción dirigida a los padres. Cita jurisprudencia y doctrina.

Que concluye en que hablar del art. 700 del CCyCN importa la privación de la responsabilidad parental para aquellos progenitores que ponen en riesgo la seguridad, la salud física y psíquica del hijo, y que solo será viable cuando se verifique de manera concreta el perjuicio actual o potencia para la seguridad y bienestar físico o psíquico del hijo menor de edad. Ofrece prueba documental, confesional, pericial y solicita se señalen audiencias para sus hijos de conformidad a los derechos de los niños de ser oídos.

Que a fs. 31/32 mediante Sentencia Interlocutoria registraba bajo el N° 767/2016 se ordenó al producción de las pruebas ofrecidas y se dispuso la fecha para la celebración de la audiencia de vista de causa.

Que a fs. 44 se reciben las actuaciones caratuladas "M. J. p.s.a. ABUSO SEXUAL AGRAVADO- Puerto Madryn, caso N° 47150 -Madryn, (MPF) carpeta N° 6020 (OFIJUD).

Que a fs. 46/47 obra el informe socio ambiental llevado a cabo en el domicilio de la Sra. C. H., sito en calle J. Contín N° x casa N° x de esta ciudad.

Que a fs. 50/52 obra constancia de la evaluación realizada por la Licenciada Marisol SANTOS integrante del Equipo Técnico Interdisciplinario, habiéndose evaluado a los Sres. B. C. H. y J. M..

Que a fs. 63 obra la constancia de la audiencia llevada a cabo en la sede del juzgado con el niño J. D. M. C. de conformidad al derecho de los niños de ser oídos (art. 12 C.I.D.N. Ley 23.849, art. 24 Ley 26061, art. 707 CCyCN y art. 14 Ley III N° 21).

Que a fs. 65/66 obra constancia de la celebración de la audiencia de vista de causa, habiendo estado presente la Sra. B. C. H. junto a su abogada, por parte de la Asesoría de Familia la abogada Marina Haydee SANCHEZ, y la abogada del Sr. M., no así el nombrado, y encontrándose pendiente de producción pruebas, se dispone la suspensión de la misma.

Que a fs. 67/66 obra el informe elaborado por la Licenciada Marisol SANTOS del Equipo Técnico Interdisciplinario, habiéndoselo evaluado al niño D. M. C..

Que a fs. 69 no quedando pruebas pendientes de producción, por cuestión de economía procesal, no se dispone la reanudación de la audiencia de vista de causa, poniendo en cambio los autos en secretaría para que las partes aleguen sobre el mérito de las pruebas producidas.

Que a fs. 73/76, obra el alegato de la parte actora, habiéndose presentado con la abogada Ana Jessica OLMEDO.

Que a fs. 77 se dispone correr vista al Ministerio Pupilar, quien la evacua a fs. 78/79.

Que a fs. 80 se llaman autos para dictar sentencia.

CONSIDERANDO

Con las documentales de fs. 03 y 04 tengo por acreditada la filiación de G. M. C., Fecha de Nacimiento 01 de abril del año 2001, DNI para Extranjeros XX.XXX.XXX, de nacionalidad Boliviana, y J. D. M. C., Fecha de Nacimiento 28 de abril del año 2008 DNI N° XX.XXX.XXX de nacionalidad Argentina, con los Sres. J. M. CI Boliviana N° X.XXX.XXX con DNI para Extranjeros XX.XXX.XXX (fs. 18), y B. C. H. CI Boliviana X.XXX.XXX con DNI para Extranjeros XX.XXX.XXX(fs.02).

Surge del Sistema de Gestión que en el mes de febrero del año 2010 según los autos caratulados “C. B. s/ Violencia familiar” (Expte. N° 39/2019), el que se encuentra archivado desde el 20/10/2017 y remitido a la oficina de archivo en fecha 19/12/17, frente a las denuncias por violencia expuestas por la Sra. C. H., se dispuso entre otras medidas mediante el Auto Interlocutorio de fecha 22 de febrero de 2010, la exclusión del hogar familiar del Sr. J. M..

Por otro lado, se advierte desde el análisis del sistema de gestión, que en los autos caratulados “AF M. J. y C. H. B. s/ Homologación de Convenio (Expte. N° 153 Año 2016) los que también se encuentran archivados desde el 23/11/2016 y remitidos a la Oficina de Archivo desde el 19/12/2017, que en fecha abril de 2016 mediante sentencia Interlocutoria N°170/2016 se homologó el acuerdo celebrado entre los Sres. M. y C. H., relativo al cuidado personal de la adolescente G. y del niño J. D. el que sería ejercido de forma unilateral por la progenitora y la atribución de la vivienda familiar a favor de la nombrada.

Además según el Expte. N° 834/2016 caratulado “AFI s/ Medida de Protección de los Derechos de (G y J.D M.), el que tengo a la vista, surge que se ha dispuesto una serie de actuaciones con intervención de distintos organismos, para velar para la protección de los derechos de G. y J. D., habiéndose dispuesto en fecha diciembre de 2016 (fs. 121/126) autorización para que J. D. M. C. y G. M. C. puedan salir de la República Argentina junto a su progenitora con destino a la República de Bolivia, obrando a fs. 147/148 constancia del regreso del niño a este país, y según fs. 177 el regreso de la joven G..

Y por último tengo por acreditado según las actuaciones caratuladas “M. J. p.s.a. ABUSO SEXUAL AGRAVADO- Puerto Madryn, caso N° 47150 -Madryn,

(MPF) carpeta N° 6020 (OFIJUD), -copias del fallo agregadas también a fs. 05/08 y y 19/22 de estas actuados-, que en fecha 26 de noviembre del año 2015 se condenó al Sr. J. M. de nacionalidad Boliviana DNI N XX.XXX.XXX, en el carácter de autor material y penalmente responsable de los delitos de Abuso Sexual con Acceso Carnal en concurso real con abuso sexual simple agravado por el vinculo, a la pena de seis años de prisión por el hecho ocurrido en esta ciudad de Puerto Madryn el día 04 de abril de 2015 en el que resultara víctima B. C. H.; y a partir de marzo de 2015 en el que resultara victima G.M.

Ahora bien, ingresando de lleno al objeto de este proceso, resalto que la responsabilidad parental se encuentra consagrada en el art. 638 y siguientes del CCyCN, y consiste en el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral, mientras sean menores de edad y no se hayan emancipados. La titularidad de esa responsabilidad esta, habiendo dos padres, en cabezas de ambos.

Es que el CCyCN pone, como regla general, en cabeza de ambos progenitores la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna.

Pero en cuanto al ejercicio de esa responsabilidad el art. 641 del CCCN enumera distintos supuestos, regulándose así las distintas posibilidades teniéndose en cuenta la situación de los padres.

Lo que interesa en definitiva es saber si se encuentran dadas las condiciones para disponer la privación de la responsabilidad parental del Sr. J. M. de sus hijos J. D. y G., tal cual es el objeto de la pretensión de la Sra. B. C. H., invocando el art. 700 inc a) del CCyCN respecto a G., y por haber afectado gravemente al integridad de J. D. como consecuencia del accionar de su padre.

La responsabilidad parental es susceptible de tener un fin, y el CCyCN prevé diversos supuestos; a) la extinción de la titularidad (art. 699), b) la privación de la responsabilidad parental (art. 700), y c) la suspensión del ejercicio (art. 702).

El art. 700 del CCyCN establece; "Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: a) ser condenado como autor, coautor,

instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata; b) abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero; c) poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo; y d) haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo. En los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación; en el caso previsto en el inciso d) desde que se declaró el estado de adoptabilidad del hijo...”

La Sra. C. H., en síntesis, requiere que se resuelva a favor de la privación de la privación de la responsabilidad parental por haber sido el padre condenado como autor de un delito cometido contra G..

Vale resaltar que este supuesto el del inc. a) del CCyCN, recoge el mismo hecho que el de la legislación anterior, Código de VELEZ SARFIELD, pero con una importancia diferencia, ya que se contemplaba, que el delito cometido contra uno de los hijos provocaba la privación respecto de todos ellos, mientras que en la actualidad sólo se lo priva de la responsabilidad parental del hijo que ha sido víctima del delito.

Más allá de ello, es necesario, poder destacar la diferencia entre la extinción de la titularidad de la responsabilidad parental (art. 699 del CCyCN) con la privación de la responsabilidad parental (art. 700 del CCyCN) en cuanto a la operatividad y los efectos temporales. Es así que se tiene dicho que la extinción de la titularidad de la responsabilidad parental opera de pleno derecho y por causales objetivas que no guardan relación con reproche o imputación al/los progenitor/es, en cambio la privación requiere la declaración judicial, la sentencia pertinente, previa valoración de la inconveniencia para el hijo del mantenimiento de la responsabilidad parental en cabeza de su/s progenitor/es, y sus efectos se producen desde el momento del dictado de la sentencia que declara la privación de la responsabilidad parental .

Ahora bien, mientras tramitaba este proceso, el que se inició en fecha 25 de agosto de 2016, en fecha 31/05/2017 se dictó la Ley 27.363, la que fue promulgada en fecha 22/06/2017, y publicada en el Boletín Oficial Nacional el

26/06/2017, entrando en vigencia el día 04/07/2017 según el art. 5 del CCyCN, que ha introducido modificaciones, incorporando al Código Civil y Comercial de la Nación el art. 700 bis, y modificando el art. 702 del mismo cuerpo normativo.

De acuerdo con esta ley, si uno de los progenitores es condenado por homicidio agravado por el vínculo o por lesiones contra el otro progenitor, por homicidio contra una mujer a causa de violencia de género o por el delito de lesiones o contra la integridad sexual del hijo o hija de que se trate, queda privado de la responsabilidad parental.

Las nuevas causales de privación tienen justificativo pues, si la responsabilidad parental es “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral, está claro que no puede estar a cargo del padre o la madre que son condenados por homicidio o lesiones contra el cónyuge o el otro miembro de la pareja, o por lesiones o delitos contra la integridad sexual del menor a quien deben proteger y formar.

Según el primer artículo mencionado, el 700 bis, establece la privación de la responsabilidad parental en tres supuestos; a) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género, conforme lo previsto en el artículo 80, incisos 1 y 11 del Código Penal de la Nación, contra el otro progenitor o contra el hijo o hija de que se trata. b) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de lesiones previstas en el artículo 91 del Código Penal, contra el otro progenitor; o contra el hijo o hija de que se trata. c) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito contra la integridad sexual previsto en el artículo 119 del Código penal de la Nación, cometido contra un hijo o hija de que se trata...”.

Es necesario, aclarar que la privación de la responsabilidad parental del art. 700 produce efectos a partir de la sentencia que lo resuelve. Pero ahora, el art. 700 bis hace alusión a una cuestión novedosa, que la privación operará de pleno derecho desde el dictado de la condena penal firme. Quedando aún a criterio jurisdiccional determinar si la privación de pleno derecho opera solo en los delitos

de grado de tentativa art. 700 bis o abarca también los supuestos regulados por el art. 700 inc a) del CCyCN, el de los delitos contra las personas o los bienes del hijo.

Que la sanción sea automática, “de pleno derecho”, implica que no es necesaria la promoción de ningún proceso de familia para este objetivo. Tan solo la sentencia debe ser comunicada al Ministerio Público (art. 103 del CCyCN), y a las autoridades de protección de los derechos del niño, niña y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que proceda en sede civil, en los términos del art. 700 bis.

Y conforme el art. 701 del CCyCN, se mantiene la posibilidad de la restitución de la responsabilidad parental, frente al pedido jurisdiccional de un de los progenitores, y ello será posible, si se justifica en beneficio e interés del hijo. Es decir, que siempre se podrá dejar sin efecto la privación de la responsabilidad parental en tanto uno de los progenitores se encuentre en condiciones de ejercerla en beneficio del hijo.

A su turno, la modificación del art. 702, en lo referido a la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, incorpora el inciso e), el que ha quedado redactado de la siguiente manera, y prevé que el ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure: a) La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento; b) El plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres (3) años; c) La declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio; d) La convivencia del hijo o hija con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales; e) El procesamiento penal o acto equivalente, por los delitos mencionados en el artículo 700 bis. El auto de procesamiento debe ser comunicado al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el artículo 703, teniéndose en cuenta la asistencia letrada establecida en el artículo 26, segundo párrafo y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que proceda en sede civil, a los fines de este artículo. Se deberá observar lo previsto en el artículo 27 de

la ley 26.061. No se procederá a suspender el ejercicio de la responsabilidad parental en los términos del presente inciso en los casos del artículo 700 bis incisos a) y b), cuando en los hechos investigados o en sus antecedentes mediare.

Es así, que el ejercicio de la responsabilidad queda suspendido, mientras duren estas causales previstas por la ley, por lo que operan de pleno derecho, y cesa la suspensión automáticamente al desaparecer las causales que lo fundaron. Es sabido que la suspensión no se trata de una medida de naturaleza sancionatoria, tan solo, por cuestiones fácticas se advierte que uno de los progenitores no se halla en condiciones de ejercer la responsabilidad parental, y por ello, es entendible que la suspensión también cesa de pleno derecho cuando se revierte la circunstancia por la que se ha dado inicio a la suspensión. En el caso concreto de autos, debiera ser al cumplimiento de la pena.

Ha quedado claro que la accionante fundamenta su accionar en el art. 700 del CCyCN. en el inc a) respecto a G. “ser el progenitor condenado como autor, instigador o cómplice de un delito doloso contra al persona o los bienes del hijo que se trate”, y que al entrar en vigencia la Ley 27.673 debiera encuadrarse la pretensión en el inc. c del art. 700 bis “ ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito contra la integridad sexual prevista en el art. 119 del Código Penal de la Nación, cometido contra el hijo o la hija de que se trata.”

Es necesario, destacar aquí, que el Ministerio Pupilar se ha circunscripto al momento de contestar al vista, la edad de 13 años del primer párrafo del art. 119 del Código Penal, habiendo planteado inclusive la inconstitucionalidad de dicho artículo, pues G. al momento del hecho tenía 13 años y no a la sanción de la Ley 27.363. Sobre ello, digo que fue innecesario el planteo efectuado, pues el inc. c) del art. 700 bis del CCyCN, refiere a todo el art. 119 del Código Penal, previendo también supuestos de las personas menores de 18 años.

Se ha demostrado por otro lado en estos actuados que el Sr. J. M. conforme constancias del caso N° 47150 -Madryn, (MPF) carpeta N° 6020 (OFIJUD), ha sido condenado en el carácter de autor material y penalmente responsable de los delitos de Abuso Sexual con Acceso Carnal en concurso real

con abuso sexual simple agravado por el vinculo, a la pena de 6 años de prisión por el hecho ocurrido en esta ciudad de Puerto Madryn el día 04 de abril de 2015 en el que resultara víctima B. C. H., y a partir de marzo de 2015 en el que resultara victima G. M. C..

Es así que encuadrado el hecho tanto en la normativa del art. 700 como del art. 700 bis del CCyCN, merece sin más prueba, decretarse la privación de la responsabilidad parental del Sr. M. respecto a la adolescente G..

El debate se centra ahora, en la eficacia temporal de dicha privación, pues el art. 700 del CCyCN en su último párrafo prevé que; "...la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación..." (sic), y el art. 700 bis indica "La condena penal firme produce de pleno derecho la privación de la responsabilidad parental. La sentencia definitiva debe ser comunicada al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el artículo 703, teniéndose en cuenta la asistencia letrada establecida en el art. 26, segundo párrafo y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que se procesa en sede civil a los efectos de este artículo. Se debe observar lo previsto en el artículo 27 de la Ley 26.061..." (sic)

La accionante al momento del instar la acción, nunca pudo hacer hincapié en el efecto de pleno derecho del art. 700 bis, pues no estaba sancionada la ley que incorpora tal previsión. Pero al momento de efectuar el alegato la parte actora, tampoco tuvo en consideración la Ley 27.363, se limitó tan solo, a que se haga lugar a la demanda de privación en los términos del art. 700 del CCyCN en el inciso a) respecto G. y en el inciso c) respecto a J. D..

Pero a su turno, el Ministerio Pupilar cuando contestó la vista (fs. 78/79) refirió que al sancionarse la Ley 27.363 respecto a G., el Sr. M. estaría privado de pleno derecho de su responsabilidad parental (art. 700 bis), mientras que respecto a J. D., ante la condena se desde allí se encuentra suspendido el ejercicio de la responsabilidad parental (art. 702 modificado por la Ley 27.363), por lo que requiere que basta con una comunicación al Registro Civil y Capacidad de las Personas a efectos de que tomen razón mediante nota marginal en la partida de nacimiento de G. y J. D. de la privación y suspensión de la condena penal dictada

por la jueza penal Dra. Marcela Perez BOGADO en fecha 26 de noviembre del año 2015 en la carpeta OFIJUD 6020.

Es así que el Ministerio Pupilar pretende la retroactividad de los efectos de la privación y suspensión de la responsabilidad parental a la fecha del dictado de la sentencia en sede penal, descartando previamente que no se haga lugar a la privación de la responsabilidad parental sobre J. D., sino que la suspensión, hecho sobre el que ya me expediré.

Pero previamente debo expedirme sobre los efectos retroactivos de las leyes, adelantando mi opinión respecto al rechazo pretendido por el Ministerio Pupilar respecto a G..

Es que el art. 7 del CCyCN establece "...A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales..." (sic). Estamos así frente a la irretroactividad de las leyes. De habilitarse la retroactividad de una ley, la misma se debiera mover y activar a un periodo y sobre hechos, conductas o derechos previos a su promulgación.

La propia Ley 27.363 en su artículo 3 prevé "La presente ley será aplicable a las situaciones jurídicas pendientes o en curso de ejecución..." (sic).

Resultando así, improcedente que los efectos de la Ley 27.363 -privación de la responsabilidad parental desde la condena penal firme- la que entró en vigencia el día 04/07/2017 retrotraiga sus efectos al mes de noviembre del año 2015 -sentencia condenatoria en sede penal-.

Por lo que el planteo será rechazado y se contemplara los efectos de la privación de la responsabilidad de pleno derecho desde la entrada en vigencia de la Ley 27.363.

Es así que condenado el Sr. J. M. por ser autor material y penalmente responsable del delito de abuso simple agravado por el vinculo, en concurso con otro delitos, tiene como consecuencia directa, la privación de la responsabilidad paterna respecto a G..

Para materializar dicha situación debiera el juez penal una vez dictada la condena penal, comunicar al juez civil que prevenga, si hubiera alguna causa abierta al respecto de las partes. Caso contrario correspondería que oficie al Registro Civil y Capacidad de las Personas a los efectos de inscribir la privación de la responsabilidad parental. Pero habiendo entrado en vigencia la Ley 27.363 con posterioridad a la firmeza del fallo condenatorio, nada debió hacer la justicia penal al respecto, será desde esta jurisdicción donde se desplegara la actividad para tal fin y atendiendo a que G. es de nacionalidad Boliviana, se acudirá al exhorto diplomático.

Con respecto al pedido de la privación de la responsabilidad parental del Sr. J. M. en relación a su hijo J. D., debo volver a insistir en que en el escrito de demanda los fundamentos de la parte actora se circunscribían a que el hecho cometido por el progenitor afectó la integridad de su hijo, que lo hizo atravesar un malestar y profunda angustia como consecuencia del accionar de su padre, pero no ha fundamentado en derecho tal petición.

Luego al momento de producir el alegato sobre el merito de la prueba (fs. 73/76), la parte actora soslayó que se ameritaba la privación de la responsabilidad parental por haber puesto en peligro la seguridad, salud física o psíquica de su hijo (art. 700 inc. c) del CCyCN, frente a la grave agresión sexual que sufriera su hermana.

Hay coincidencia en la doctrina y jurisprudencia de que la privación de la responsabilidad parental es un recurso extremo que sólo opera para casos muy graves. No alcanzará para decretarla un incumplimiento más o menos irregular, sino que éste debe ser palmario; esto es que resulte irreconciliable con el ejercicio de la función. De ahí que las conductas que den lugar a la mentada privación deben estar claramente reñidas con los fines que persigue la institución, que son - en esencia- la protección y formación integral de los hijos. El aserto apuntado significa decir que, para tener por acreditadas las causales, la interpretación de las previsiones legales tienen que ser restrictiva, correspondiendo aplicar en todos los supuestos un criterio rigurosos en el respectivo examen que se haga a cada una de ellas...La privación de la responsabilidad parental sin ninguna dudas es una

consecuencia de actos reprochables ejecutados por el progenitor; tal como lo certifica a las claras el art. 700 del Cod. Civil y Comercial...Lo diremos en otras palabras la privación de la responsabilidad parental por haber incurrido en algunos de los hechos previstos por el ordenamiento (art. 700), son en verdad sanciones al progenitor; solo que la aplicación efectiva de ellas van a quedar subordinadas a lo que sea el mejor interés de los hijos...Podríamos decir que, cuando se aplica la medida de privación de la responsabilidad parental, ésta opera como sanción al progenitor y es en ese caso, al mismo tiempo un instrumento de protección al hijo..." (Responsabilidad Parental Mauricio Luis MIZRAHI editorial ASTREA págs. 480/ 482, edición2015).

"Cada uno de los supuesto contemplados en la norma que se analiza importan la perdida de la titularidad de la responsabilidad parental, luego de la decisión judicial que así lo establece. Se trata en definitiva, como lo ha dicho la doctrina de "un recurso extremo previsto en el ordenamiento jurídico, por medio del cual los padres no podrán ejercer sus derechos-deberes derivados de la patria potestad. Dicho criterio excepcional y restrictivo de la privación de la patria potestad queda fortalecido con el carácter eminentemente temporal de la sanción, pues puede ser recuperada exigiendo, por lo tanto una mayor certeza en la prueba producida" (SOLARI Néstor, Criterios para la privación de la patria potestad, en D.J. del 14-6-2006 pa. 472).

Respecto puntualmente al inciso c) del artículo 700, se tiene entendido que dicha causal, importa la privación de la responsabilidad parental para aquellos progenitores "que ponen en riesgo la seguridad, la salud física o psíquica del hijo". Si bien se trata de un inciso que permite encuadrar una amplitud de situaciones, solo será viable como causal de privación de la responsabilidad parental cuando se verifique de manera concreta el perjuicio actual o potencial, para la seguridad y bienestar físico o psíquico del hijo menor de edad... La causal se justifica ya que determinadas conductas de los progenitores pueden en muchos casos contrariar el objetivo básico central de la responsabilidad parental, tal como está delineada en el artículo 683 del Código Civil y Comercial, como es la protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de esta y no se haya emancipado.."

(Tratado de Derecho de Familia, Aida KEMELMAJER de CARLUCCI, Marisa HERRERA y Nora LLOVERAS Directoras Tratado de Derecho de Familia, Rubinzal Culzoni Editores, edición 2014, pág. 403/404).

“El texto de análisis es de gran amplitud, posibilitando a los jueces una amplia apreciación de las circunstancias que pueden poner en peligro la seguridad del menor. Comprende tanto la seguridad y la salud psíquica como física. El texto deroga la seguridad moral, incurriendo así en un perjuicio innecesario. El riesgo moral del menor es un motivo de privación. Un progenitor que índice a su hijo a cometer delitos no pone en peligro tal vez su seguridad física o psíquica, sino su seguridad moral. Es motivo suficiente para probarlo de la responsabilidad parental...Es decir, comprende todos aquellos actos en que el hijo sea víctima, tanto de la conducta del progenitor, como de un medio familiar en el que reinen los malos ejemplos, que los inciten a realizar actos manifiestamente perjudiciales, tales como la mendacidad, vagancia, al delincuencia, la incursión de adicciones graves...” Jorge O. PERRINO - Derecho de Familia - Editorial Abeledo PERROT, Tomo III pág 2269/2270 edición 2017).

La parte actora sostuvo que el hecho de haber sido condenado el Sr. M. por abuso sexual simple contra su hija, pone en riesgo y peligro cierto a J. D..

Del informe del ETI de fs. 67/68, luego de haber entrevistado al niño J. D., dentro del desarrollo del informe se ha previsto; “...En relación al padre manifiesta estar al tanto de su condición de detenido cree que el motivo de la detención del mismo se encuentra vinculado a la violencia física ejercida por su padre respecto de su progenitora. Expresa contar con recuerdos negativos traumáticos, respecto de la convivencia con su padre. En tal sentido el niño manifiesta su voluntad de no querer tener contacto con el mismo...(sic)

Y luego se ha concluido; “...En segundo lugar de la evaluación al niño se desprende que el mismo no se encuentra en condiciones anímicas de sostener la comunicación paterno filial. Además de la falta de consentimiento del niño respecto de la posibilidad de contactarse con su padre, se encontraban elementos que dan cuenta de que el niño se encuentra afectado anímicamente por haber sido testigo de violencia en la interacción de la pareja. Se sugiere que D. pueda

contar con un espacio de orientación psicológica a los fines de elaborar las situaciones transitadas...”(sic)

Todo ello se condice con las constancias obrante a fs. 63, donde se le dio la oportunidad a J. D. para poder expresarse, en consonancia con la ley subjetiva de la normativa constitucional y supra constitucional sobre el derecho del niño a ser oído “en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte” y garantiza su derecho 'de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez es lo que no debe desatenderse.

Ello encuentra sustento legal y doctrinario en el art. 12 de la CDN - art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional, arts. 26, 113, 639 inc. c, 646 inc. c, 653 inc. c, y 707 entre otros del Código Civil y Comercial Argentino; “La opinión del niño, niña o adolescente es de importancia fundamental, en tanto su versión de los hechos, indicaciones y deseos, pueden ser ilustrativos para el Juez” (Zannoni, Eduardo, “Tratado de Derecho de Familia”, t. 2, p. 695, N° 1220; Grosman, Cecilia”, “La opinión del hijo en las decisiones sobre tenencia”, ED, 107-1001; ver: Gowland, Alberto, “Tenencia de hijos: criterios de atribución”, La Ley, 1984-C, 929; Bosset - Zannoni, “Régimen legal de la filiación y patria potestad”). “El niño siempre debería ser escuchado -agrega Dolto- lo cual no implica en absoluto que de inmediato se hará lo que él pide” (DoltoFrancoise, “Cuando los padres se separan”, p. 130 yss.). Puntualiza Grossman que “su palabra debe valorarse con los restantes elementos del juicio” (C.N.Civ., sala H, 20-10-97, L. L. 1998-D-261; Grosman, Cecilia P., “El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿utopía o realidad posible?”, Kemelmajer de Carlucci, Aída - Pérez Gallardo, Leonardo B., “Nuevos perfiles del derecho de familia”, pág. 179, y ss.).

Y fue sobre ello, que se le otorgó oportunidad a J. D. para expresarse, y en esa ocasión tome contacto con el niño, quien se manifestó con espontaneidad, expresando sus sentimientos y de manera muy clara expresó que; “el no quiere ver a su papá ni hablar por teléfono, que hace como tres años que no lo ve, y no le interesa” (sic).

Con todo ello concluyo en que por el momento nos encontramos frente a una negativa del niño a tener contacto con su papá, a no sostener un régimen de comunicación, a no construir una relación comunicacional con su padre, y ello se condice con lo sugerido por el ETI, cuando se dijo que el niño no se encuentra en condiciones anímicas para provocar un encuentro y/o comunicación.

Pero ello, no habilita y no puede bastar para hacer lugar a la privación de la responsabilidad parental como pretende la actora, y máxime cuando la Licenciada Marisol SANTO ha sugerido que D. pueda contar con un espacio de orientación psicológica a los fines de elaborar las situaciones transitadas.

Recordemos que desde el momento en que el Sr. J. M. ha sido condenado a la pena de 6 años de prisión -noviembre de 2015, conforme el art. 702 del CCyCN modificado por la Ley 27363, el ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años (inc. c), y ello obviamente opera de pleno derecho sin intervención jurisdiccional, por lo que entiendo que frente a ello, está garantizado el interés superior del niño, y no existe ninguna posición judicial frente a ello que obligue a una vinculación paterna filial.

Por lo expuesto, no corresponde disponer la privación de la responsabilidad parental respecto a J. D., por no darse con los presupuesto exigidos para ello, tan solo me limitaré en el fallo a determinar la fecha desde que opera la misma, sin perjuicio de que ello no ameritaba una intervención judicial en tal sentido, pero que frente al rechazo de la pretensión, nada objeta a que pueda expedirme al respecto.

Enfatizo así, que sostener la situación de hecho del niño, -vigencia de la suspensión de pleno derecho de la responsabilidad parental- considero que se está velando por la protección de sus derechos y es lo que debe primar al momento de tomarse la decisión.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su rol de máximo intérprete de la Constitución Nacional, ha dicho que “el interés superior del niño es el lineamiento rector en todas las cuestiones en que éste se halle afectado (.)”, “la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos (.)”, “la regla

establecida en dicha norma que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres” (C.S.J.N., 02/08/2005, Fallos: 328:2870; Fallos 324:122; 02/12/2008, Fallos 331:941). De ello se desprende, que todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento en un conflicto donde hay un menor de edad cuyos derechos pueden verse afectados, deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del niño no debiendo ello ser desplazado por más legítimos que resulten los intereses de los adultos, incluso, el de los propios padres. De lo que se trata es de alcanzar la suficiente certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño.

Mas allá de lo expuesto, y reforzando el rechazo del planteo de la privación de la responsabilidad parental sobre J. D., me permito referir sobre la modificación introducida por el CCyCN en su artículo 700, ya que en el primer supuesto de privación de la responsabilidad parental “ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o bienes de su hijo” recoge los mismos hechos que la legislación anterior -art. 307 del C.C) pero con una importante diferencia, porque antes el delito cometido contra uno de los hijos provocaba la privación respecto de todos ellos, mientras que en la actualidad sólo se lo priva de la responsabilidad parental del hijo que ha sido víctima de ese delito.

Y con el art. 700 bis incorporada por la Ley 27.363 ello no ha sido modificado. No se ha previsto una extensión de la privación de la responsabilidad respecto a los otros hijos.

“...debe considerarse que con la condena penal contra el padre o madre, condenatoria por un delito cometido en calidad de autor, coautor, cómplice o instigador en contra de los bienes o de la persona del hijo, procederá consecuentemente la privación de la responsabilidad parental para quien haya sido declarado tal...” (Tratado de Derecho de Familia Aida KEMELMASJER de

CARLUCCI- Marisa HERRERA y Nora LLOVERAS Editorial Rubinzal CULZONI- pág. 401).

Ahora bien, culminado el tratamiento del objeto de la acción, y conforme la opinión adelantada sobre lo que fallaré, y frente a que ello limitaría el avance o direccionamiento del proceso sobre la posibilidad de adoptar otras medidas, y frente a la petición del Ministerio Pupilar sobre la disposición de otras medidas sugeridas por el ETI (fs. 78/79), sostengo que estando en trámite el Expediente “AFI s/ Medida de Protección de Derechos (G y J.D. M.) (Expte. N° 834/2016), deberán enderezarse las peticiones dentro de dicho proceso, ya que allí se está trabajando para reforzar la protección de sus derechos y evitar de esa manera una vulneración o amenaza, fuera de este proceso.

Que en relación a las costas nada impide apartarme del principio general de la derrota que las impone al vencido art. 69 del CPCCh..

Por todo lo expuesto con fundamento en los arts. 12 de la CDN - art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional, arts. 700, 700 bis 702 y cctes. del Código Civil y Comercial Argentino y Ley 27363, y arts. 3, 12 y cctes de la CIDN y la Ley III N° 21 y con la opinión del Ministerio Pupilar de fs. 78/79;

FALLO:

1°) No haciendo lugar a la demanda en los términos instaurada.

2°) Declarando que la privación de la responsabilidad parental del Sr. J. M. DNI N° XX.XXX.XXX C.I. Bolivia X.XXX.XXX respecto a la adolescente G. M. C. DNI XX.XXX.XXX, Fecha de Nacimiento 01 de abril del año 2001, en los términos del art. 700 inc. a), y 700 bis inc. c) del CCyCN se encuentra efectivizada desde 04 de julio del año 2017 -vigencia Ley 27.363 art. 5 del CCyCN-, y hasta tanto se produzca la rehabilitación prevista en el art. 701 del CCyCN.

3°) Determinando que la responsabilidad parental del Sr. J. M. DNI N° XX.XXX.XXX C.I. Bolivia X.XXX.XXX respecto a su hijo J. D. M. C. D.N.I. N° XX.XXX.XXX, Fecha de Nacimiento 28 de abril del año 2008, se encuentra suspendida desde el mes de noviembre del año 2015, conforme art. 702 inc. b) del CCyCN modificado por la Ley 27.363, y hasta tanto dure la condena de seis (6) años de prisión dictada en fecha noviembre del año 2015.

4°) Disponiéndose el ejercicio de la responsabilidad parental de manera unilateral y exclusiva de la Sra. B. C. H. DNI N° XX.XXX.XXX respecto a G. M. C. DNI XX.XXX.XXX y de J. D. M. C. DNI N° XX.XXX.XXX, de conformidad art. 703 del CCyCN.

5°) Ordenando la inscripción de la privación de la responsabilidad parental respecto a G. M. C. Documento Nacional de Identidad Argentino N° XX.XXX.XXX, Fecha de Nacimiento el día 01 de abril del año 2001, en la localidad de Cochabamba -Cercado-Cochabamba, según Certificado de Nacimiento (consular) del Consulado de Bolivia en Viedma, provincia de Rio Negro, República Argentina, Libro N° 325 Folio 10 partida N° 10, con fecha 22 de junio del año 2002, en los términos del art. 700 inc. a), y 700 bis inc. c) del CCyCN se encuentra efectivizada desde 04 de julio del año 2017 -vigencia Ley 27.363 art. 5 del CCyCN-, como nota marginal en su partida de nacimiento conforme art. 700 bis in fine del CCyCN incorporado por la Ley 27.363 y hasta tanto se produzca la rehabilitación prevista en el art. 701 del CCyCN. A tal fin líbrese exhorto diplomático con las previsiones de la Ley 22.921.

6°) Imponiendo las costas a cargo del Sr. J. M.. Regulando los honorarios de la Defensoras Publica Civil Maria Esther MURPHY y de la abogada Ana Jessica OLMEDO, de manera conjunta, en la suma equivalente a veinte (20) JUS con más IVA si correspondiere, y los de la abogada de la oficina de la Defensoría Pública Civil María Amelia LEINENN en la suma equivalente a diez (10) JUS Valor de la Unidad Arancelaria la equivalente al dictado de la presente.

7°) Firme la presente remítase la carpeta "M. J. p.s.a. ABUSO SEXUAL AGRAVADO- Puerto Madryn, caso N° 47150 -Madryn, (MPF) carpeta N° 6020 (OFIJUD), a la Oficina Judicial de esta ciudad. A tal fin líbrese Oficio por Secretaria.

8°) Regístrese y Notifíquese personal o digitalmente, y al Ministerio Pupilar en su publico despacho, fecho expídase testimonio.

Sentencia Registrada bajo el N°..... / del año 2018(SD).