



Provincia de Formosa
Poder Judicial
Excmo. Tribunal de Familia

REGISTRADO el 24 /08 /2017

Tomo n° 838

del Libro Sentencias

En la Ciudad de **FORMOSA**, Capital de la provincia del mismo nombre, a los 24 días del mes de Agosto del año dos mil diecisiete, en estos autos caratulados: **“F., J. A. c/L., J.S. s/TENENCIA” Expte. N° 438 AÑO 2.015**, Registro de este Excmo. Tribunal de Familia, venidos al Acuerdo para dictar sentencia.-

El orden de votación es el siguiente: en primer término: la Señora Juez VIVIANA KARINA KALAFATTICH; en segundo término: la Señora Jueza SILVIA TERESA PANDO y en tercer término la Señora Jueza ALICIA ALVARENGA.-

I- RELACIÓN DE LA CAUSA:

La Sra. Jueza Viviana Karina Kalafattich dijo:

Que a fs. 1/ 38/46 y vta. de autos se presenta el Sr. J. A. F., con patrocinio letrado del Dr. Nelson Renée Antola y promueve demanda de Cuidado Personal (ex-Tenencia) de su hijo A. E., F. en contra de la progenitora Sra. J. S., L. y solicita como Medida Cautelar la Prohibición de Traslado y/o salida de la Provincia y/o del país del hijo.-

Relata que su hijo se encuentra viviendo con él, y que tiene serias sospechas de que la madre de su hijo tiene intenciones de llevarlo a la Ciudad Autónoma de Bs. As. Indica que en Marzo del año 2014 se llevó a su hijo a Bs. As. sin su consentimiento ni autorización, la que le manifestó que lo volvería a llevar con ella a esa ciudad, en contra de lo que su hijo quiere, que es quedarse a vivir con él.

Que en el año 2000 empezó la convivencia con la demandada y a los 10 años de ello quedó embarazada en el año 2010, naciendo su hijo en Diciembre de ese año. Más tarde se separaron en el año 2012 porque la convivencia se torno imposible, llevando a su hijo y radicándose en el B°... en la casa de la madre de ella, llevando todo el mobiliario y enseres necesarios para que se instale confortablemente, adjunta Exposición Policial de la Comisaría Tercera -Expte. Pol., N° 1762/2012- donde consta lo relatado.

Agrega como importante el hecho de que siempre cumplió con la cuota alimentaria que ambos pactaron extrajudicialmente, lo que acredita con los recibos firmados por la Sra. L. También colaboró con alimentos en especie para que a su hijo no le faltara nada. Adjunta copia del Acuerdo Conciliatorio sobre “cuota Alimentaria ante el Centro de Resolución Alternativa de Conflictos” del Poder Judicial.

Todo se desarrollaba normal hasta que en Marzo del 2014 se trasladó la Sra. L. con su hijo a la ciudad de Bs. As. sin previo aviso. Y cuando se lo reprochó dijo que lo hizo así porque sabía que no la iba a autorizar a viajar con A. E. Ante tal situación decidió enviarle dinero mediante giros que adjunta como prueba. En Diciembre del 2014 la madre de su hijo envía a su hermana S. F. con su hijo para que éste se quede a su cuidado porque ella tenía que trabajar y no tenía con quien dejarlo, y desde esa fecha su hijo esta a su exclusivo cuidado.

Expone que su hijo ha comenzado su actividad escolar, que cumple con su responsabilidad como padre al hacerse cargo no solo de lo material sino de todo lo afectivo, ya que sus actividades laborales le permiten estar mucho tiempo con el niño, detallando los horarios en que se desempeña.

Cuenta luego que ínterin, más precisamente en Enero de 2015 la madre de su hijo se presentó a su casa con intención de retirar a su hijo y llevárselo a Bs. As., a lo que se opuso ya que A. E. ya estaba adaptado a su hogar, familia primos amigos y próximamente a continuar con su escolaridad en ese momento el Jardín de Infantes, además que su hijo le manifestó que no quería irse. No obstante ello la Sra. L. siguió con su postura, lo que confirmaron los mismos familiares de ella, incluso inició un Reclamo de “Restitución” por la Defensoría, Expte N° 264/15, solicitando se agreguen a estos autos el Expte que referencia..

Continúa relatando que la relación se ha convertido en muy agresiva, y reitera que su hijo le ha pedido que no permita que lo lleven, lo que motiva el pedido de tenencia. Y asegura que no pretende que su hijo no tenga contacto con su mamá sino pretende darle seguridad a su hijo. Cita doctrina y derecho aplicable al caso. Reitera su pedido de que no se deje salir al niño de la ciudad de Formosa ni de la Provincia. Y se resuelva la medida cautelar que petitiona En otro punto petitiona la tenencia o guarda provisoria del niño. Ofrece pruebas, funda en derecho y pide se haga lugar a lo petitionado, todo con expresa imposición de las costas.

Que a fs 50 obra Acta del orden en que intervendrán las señoras Juezas en el presente proceso.

Que a fs. 51 se dicta la resolución de rigor, se ordena el traslado a la contraparte, se da intervención a la Sra. Asesora de Menores de Cámara, se convoca a audiencia a las partes conforme el art. 8 inc. "e" del CPTF. Se ordena se libre Oficio para que una Asistente Social se constituya en el domicilio de las partes y realice un amplio informe socio ambiental económico y de concepto. Y a un licenciado/a en Psicología para que evalúe a las partes. Y se ordena que la Prohibición de Salida del niño A. E., F. de la jurisdicción, al tal efectos ordena Oficios a la Policía de la Provincia, a la Policía Federal, Gendarmería Nacional y todo otro organismo correspondiente a estos efectos.

Que a fs 73 contesta la contraparte, negando los hechos que le atribuye el accionante, reconociendo que se conocieron en el año 2010 que de esa convivencia nació el hijo de ambos, y si bien como dice el actor convivían en un departamento de los padres de éste y trabajaba en el comercio de ellos percibiendo un sueldo, el Sr. F. un día abandona el hogar y poco tiempo después los abuelos de su hijo le piden el desalojo y es por ello que se va a vivir con su madre. Como consecuencia de ello dejó de trabajar en el comercio de los padres del Sr F. subsistiendo con la ayuda de su familia. Siempre el padre de su hijo tuvo contacto con él, llevándolo consigo, tan es así que en varias ocasiones tuvo que pedir la restitución de A. E.

Continua relatando que en junio del año 2013 falleció su madre y siendo insuficiente el abono que realizaba el Sr. F. para la subsistencia de su hijo, ante la propuesta de su hermana L. M. F. a fin de buscar trabajo se fue a vivir a Bs. As., lo que comunicó al padre de su hijo que consintió incluso ofreció pagar los pasajes para ella y el niño.

Siempre que pudo trajo al niño para que esté con el padre, tan es así que en Diciembre le dice que pasará Navidad con ella y su hermana traería a A. E. para que pase la fiesta de fin de año con él y la familia paterna. Luego el Sr. F. le pidió lo deje un tiempo más aprovechando las vacaciones, y en esa oportunidad ya sabia que estaba inscripto en un Jardín de Infantes en Bs. As. no sospechando lo que ocurriría después accedió al pedido. Cuando quiere regresar a Bs. As., el padre se niega entregarle su hijo, condicionado que solo vería a A. E. una hora y en su casa, es por ello que inició la causa "L. J. S. c/ F. J. A. s/ Restitución" Expte 264/15. En la actualidad por esta situación ha decidido quedarse en esta ciudad, y expone que el niño es manipulado por su padre para que tenga una figura negativa de su madre. Cita jurisprudencia, impugna como prueba la Exposición Policial. Y solicita Régimen de Visitas Provisorio. Funda en

derecho, ofrece pruebas y pide que oportunamente se rechace la demanda impetrada contra ella.

Que a fs 79/80 obra Informe de la entrevista psicológica a las partes.

Que a fs 82 obra A.I. N° 522/15 en el que se resuelve fijar una Modalidad de Contacto Provisorio del niño A. E., F. respecto de sus progenitores.

Que a fs 83 obra Informe Social N° 125/15 en el domicilio del Sr. F.

Que a fs 85 obra Informe Social N° 126/15 en el domicilio de la Sra. L.

Que a fs 95/101 obran los Oficios diligenciados de la Policía Federal Argentina, de la Prefectura Naval Argentina, de la Policía de la Provincia de Formosa de la toma de razón de la orden judicial de egreso de la provincia del menor de autos.-

Que a fs 107/109 el accionante propone una readecuación sobre el ejercicio de la Responsabilidad Parental y Cuidado Personal (Plan de parentabilidad), de lo que corre traslado a la contraparte a fs 110.

Que a fs 115 contesta la propuesta de readecuación del Plan de Parentalidad la Sra. L., y se opone a que el ejercicio sea de manera compartida, solicitando el cuidado compartido con la modalidad indistinta a favor de ella conforme el art. 651 del CCC. Y la modalidad que hasta ahora vienen realizando no es efectiva entre las partes atento a las discrepancias que surgen. Y como el niño pasa mayor tiempo con ella pide se le atribuya el cuidado del niño sin perjuicio de establecer un trato conforme las obligaciones laborales de cada progenitor a fin de cuidar a A. E. cuando uno de ellos no pueda. Indica la obligación alimentaria que corresponde, Solicita el levantamiento de la Medida Cautelar de “Prohibición de salir de la Provincia y del país”. Ofrece prueba. Adjunta documental. Funda en derecho y solicita se haga lugar a lo peticionado.

Que a fs 117 se tiene por presentada a la demandada, y se cita a audiencia a las partes conforme el art. 8 inc, e) del CPTFlia.

Que a fs 122 obra Acta de audiencia a la que comparecieron las partes, momento en que el Sr. Figueredo solicita el Cuidado Personal compartido con la modalidad alternada a favor de su hijo A. E. como se venía cumpliendo, y a su turno la Sra L. se opone a la modalidad pretendida por el progenitor solicitando el Cuidado Personal compartido en la modalidad indistinta residiendo su hijo en su domicilio y proponiendo un régimen de contacto con el progenitor amplio.- No llegan a acuerdo por lo que alguno se da por finalizado el acto.-

Que a fs. 124 de lo actuado se corre Vista a la Sra. Asesora de menores e Incapaces, la que dictamina a fs. 125 proponiendo se mantenga el régimen de comunicacional pactado en audiencia de fs 82/vta., conforme las constancias de autos y el art. 656 del CCC. , y art. 9 de la CDN., es decir el Cuidado Personal compartido en la modalidad alternado como se venía desarrollando.-

Que a fs. 127 pasan los autos al Acuerdo para dictar sentencia.-

La Sra. Jueza Silvia Teresa Pando dijo:

Que adhiere en todos sus términos al relato de la causa de la Juez preopinante.-

I- ALA CUESTIÓN PLANTEADA:

La Sra. Jueza Viviana Karina Kalafattich dijo:

¿Qué pronunciamiento corresponde efectuar?

I) Planteada la cuestión, señalo que el CC.y C. regula las relaciones jurídicas entre progenitores e hijos y se rescata la condición de sujetos de derecho de los niños y niñas, y ya no se concentra la autoridad en los adultos (el progenitor que ejercía el derecho de la Patria Potestad, resabio de la familia patriarcal) siendo acatada esta autoridad sin cuestionamiento ni posibilidad alguna de realizarlo.-

Es así que “el interés superior del niño” (CDN) es la meta y la guía para que estos gocen y usufructúen sus derechos como sujetos reconocidos por el ordenamiento jurídico, lo que llevo a reemplazar la expresión “patria potestad” por el de “responsabilidad parental” cuyo último fin es la responsabilidad de la crianza y desarrollo del niño.

El art. 648 del C.C.C. conceptualiza los deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos “**Cuidado personal**. Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”. A continuación el art. 649 del CCC., indica que el cuidado personal puede ser asumido por un progenitor o ambos, el subrayado me pertenece.-

El ejercicio de la responsabilidad parental debe ser total o parcialmente atribuida a uno de los progenitores o acordada por éstos. Si es establecida por una decisión judicial, distribuyendo entre ellos su funciones, debe ser por un plazo que no puede exceder de dos (2) años.

Si no conviven los progenitores se puede atribuir a uno de ellos o ambos el cuidado personal, y en el caso de que este -por decisión judicial- fuera compartido, podrá ser alternado o indistinto.

a) El cuidado alternado, es cuando el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno

de los progenitores, según la estructura y constitución de la familia.

b) El cuidado indistinto, es cuando el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, y ambos progenitores comparten las decisiones y se distribuyen las labores atinentes a su cuidado.

Esta nueva figura parental permite que ninguno de los padres se sienta excluido del proceso de crianza de hijo, elimina la lucha por el poder que significa “la guarda” del hijo. Concluyendo responsabiliza a ambos por el niño y se evitan los reproches a los actos realizados por uno u otro progenitor.-

A mayor abundamiento señalo que La *Convención sobre los Derechos del Niño* estableció, en su artículo 9.3, que “*Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*”.

II) Atendiendo a las circunstancias del caso a resolver, atento a las constancias de autos véase que la situación inicial ha cambiado ya que ambos progenitores residen en ésta Ciudad de Formosa. Aclarado ello se advierte que el profesional -Psicólogo- a fs. 79/80 visualiza que es necesario que estos progenitores sigan dialogando para consensuar respecto del niño de autos, siendo padres manifiestamente cariñosos. De los informes sociales de fs 83 y 85 se concluye que la preocupación de ambos es que el hijo esté bien. Al progenitor solo le preocupa que el niño no sea trasladado a la ciudad de Bs. As., hecho que ocurrió anteriormente y motivó actuaciones judiciales para restringir la salida de aquel de la ciudad y de la provincia como Medida Cautelar (ver A.I. N° 298 / 15 de fs 71). A posteriori la Sra. L. manifiesta que se radicará en esta ciudad para estar cerca de su hijo, acreditando que consiguió trabajo, con recibo de haberes (fs. 112) expresando que el motivo por el cual fue a vivir a Bs. As., fue porque estaba desocupada y no conseguía donde trabajar en Formosa.

Ante la falta de acuerdo en la modalidad, sin que exista oposición de que se establezca un régimen comunicacional, de manera que se estableció una modalidad de comunicación alternado provisoria (A.I. N° 522/15), lo que benefició a este niño porque comparte fluidamente con su madre y padre. Ese contacto se cumple desde el día domingo que la madre lo retira de la casa paterna, por la tarde, hasta el día miércoles al mediodía que lo retira del establecimiento escolar la progenitora hasta el domingo a la tarde y así sucesivamente.

Por ello, de lo que surge de autos y lo dictaminado por la Sra. Asesora de Menores de Cámara, y la edad actual de A. -6 años- me lleva a la convicción de que

debe convertirse este Régimen de Personal alternado provisorio con su correspondiente modalidad en Cuidado Personal con su correspondiente modalidad en Cuidado Personal alternado en fechas especiales.-

Teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión a resolver, indico que hoy se encuentra firmemente arraigada la concepción del menor como sujeto y nunca como objeto de derechos, en consecuencia no se debe disponer del niño como si se tratara de un bien mueble que se cambia de lugar y se traslada de acuerdo a los humores de sus progenitores, pasando de mano en mano, no reparando en que con cada desarraigo al que se lo somete se le cercena irreparablemente una porción de su identidad y se le ocasiona un gravísimo trastorno psicológico en su esfera afectiva (SCBA. Ac. 66.519, sent. del 26/X/1999; Ac. 71.303, sent. del 12/IV/2000; AC. 78.726, sent. del 19/II/2002 votos del Dr. Pettigiani).

En cuanto la modalidad del Cuidado Personal compartido en la modalidad "alternado" la doctrina se ha pronunciado al decir ":::: El cuidado personal compartido alternado es el equivalente a lo que hoy se conoce tradicionalmente en nuestro medio como "tenencia compartida". El "cuidado personal compartido alternado" se comprueba cualquiera sea la designación si hay alternancia en la guarda material, tomando a su cargo el progenitor no sólo la custodia del hijo en los días de descanso (p. ej., los fines de semana), sino también la atención del niño en sus actividades diarias. Los casos típicos de esta clase de cuidado se presentan cuando los padres se atribuyen la custodia personal del hijo, por ejemplo, dividiendo por mitades cada semana, quincena o si se asigna un mes completo, alternativamente a cada uno. Debe quedar claro que el art. 650 no requiere, para configurar el cuidado personal compartido alternado, que el hijo pase períodos iguales con cada progenitor; pues los tiempos (en que el niño estará con uno u otro) será "según la organización y posibilidades de la familia"... (universojus.com/codigo-civil-comercial-comentado/artículo -650)".-

Es así que se exhorta a las partes actuar procurando un equilibrio entre ambos, para la toma de las decisiones relacionadas con la vida de su hijo las que deben ser tomadas en

un marco de diálogo, procurando el máximo bienestar del este niño respetando las diferentes etapas evolutivas con sus requerimientos y expectativas (arts. 5, 14.2 y 18.1 y preámbulo de Convención de los Derechos del Niño);

Es por ello que estimo necesario ordenar que se mantenga las circunstancias actuales, remarcando que no es el padre el único titular del cuidado personal, como tampoco la madre, sino que le corresponde a ambos la titularidad, pero la residencia será

en forma alternada en el domicilio de cada uno de los padres, atribuyéndoles el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental de ambos respecto de A. E. conforme la legislación vigente (arts., 648, 650 651,656 del CCC., y arts 3, 5, 9 de la Convención de los Derechos del niño).

De esta manera ambos progenitores compartirán las decisiones y se distribuirán de modo equitativo las labores atinentes al cuidado de A. E., y estableciéndose un Régimen Comunicacional alternado.

Deben ser sus padres quienes deben proteger a A., evitando actitudes obstaculizadoras respecto al contacto con su padre y/o madre, pues es innegable que su padre será siempre su padre cualquiera sea la relación con la madre y en el mismo sentido la madre, más aún cuando no surge de autos que el contacto de la manera que provisoriamente se decretó fuera nocivo o perjudicial, por lo que es necesario **resaltar** que tuvieron hasta ahora un comportamiento conciliador y sanador para que su hijo pueda disfrutar de sus padres, compartir con ellos, tener un contacto sano ya acorde a su edad y crecimiento, que hacen a su seguridad y autoestima. Reitero, no se demostró, en absoluto, que exista ninguna razón de peso para eliminar esa comunicación. Y desestimado el pedido de Readecuación del ejercicio de la Responsabilidad Parental propuesta por el Sr F. como así también la contra propuesta de la Sra. L..

En consecuencia, oído que fue el Ministerio Pupilar a fs 125 corresponde otorgar el cuidado personal compartido alternado en la forma descripta “ut supra”o, y otorgando un Régimen de comunicación como ya lo señalara precedentemente, (conforme Convención de los Derechos del Niño (art. 3), y los arts. 650, 651, 652, y concordantes del Código Civil y Comercial (Ley 26.994) y art 2, inc. e) in fine del CPTFlia., tal como se ha detallado precedentemente. ES MI VOTO.

La Sra. Jueza Silvia Teresa Pando dijo:

Que adhiere en todos sus términos al Voto de la Sra. Jueza preopinante.-

Por lo expuesto, con los Votos coincidentes de las Señoras Juezas Dras. VIVIANA KARINA KALAFATTICH y SILVIA TERESA PANDO, sin que emita voto la Dra. ALICIA ALVARENGA por haberse arribado la mayoría legal de conformidad el art. 10 del Reglamento para el Funcionamiento del Tribunal de Familia (Acordada del STJ. N° 1897/93) en concordancia con los arts. 33 de la L.O. y art. 188 del RIAJ.-

A mérito del Acuerdo que precede, **EL EXCMO. TRIBUNAL DE FAMILIA.**

SENTENCIA: 1º) OTORGAR A AMBOS PROGENITORES: Sres. J. A., F. DNI. N° domiciliado en calle B° ..., y la Sra. J. S. L. DNI. N° domiciliada en el B° Mza. ... Casa ...de esta ciudad de Formosa, EL CUIDADO PERSONAL

compartido alternado del hijo: A. E. F. D.N.I. N° con los deberes y facultades establecidos en el Libro SEGUNDO -Relaciones de Familia, Título VII “Responsabilidad Parental” del Código Civil y Comercial, arts 638, 640, 648, 649, 650 cons. y sig. RESIDIENDO el niño todas las semanas desde el día miércoles al mediodía con la progenitora hasta el día domingo. Y desde el día domingo a las 18 hs. Con el progenitor hasta el día miércoles .

2) En fechas especiales disponer que: a) NAVIDAD pasara desde el día 24 de Diciembre al mediodía hasta el día 25 al mediodía con la progenitora. Y Año Nuevo pasara desde el día 31 de Diciembre al mediodía con el progenitor hasta el 01 de Enero al mediodía, que será retirado por la progenitora.- 3) Los días del padre y la madre con sus respectivos progenitores ese día, como así también compartirá sus respectivos cumpleaños con cada uno de los progenitores. En cuanto al cumpleaños de A. E., exhorto a los padres compartan con este y los familiares tanto paternos como maternos, debiendo los adultos acordar lo más conveniente para el niño.-

3) RECOMENDAR a los progenitores propiciar el contacto amplio, sin participar al niño de sus conflictos personales cuando se cumpla el cuidado personal en el domicilio de cada uno, todo por el mejor interés del mismo (art. 3 de la CDN). Y propiciar también el contacto con sus otros hermanos.-

4º) COSTAS por su orden conforme ha haber resuelto oficiosamente este Tribunal y por no haber contraparte vencida (art. 68 2do párrafo del C.P.C.C). SE REGULAN los honorarios profesionales del Dr Nelson Renee Antola como patrocinante del actor – Sr. J. A. F. en la suma equivalente a TREINTA JUS (30 Jus) de conformidad a los arts. 8, 9, 10, 12, 45 y 59 de la Ley 512 con más el I.V.A. que corresponda teniendo en cuenta la categoría tributaria de los obligados al pago. No se regulan los honorarios de Defensora de Pobres y Ausentes N° 2 Dra. Silvia G. Córdoba, como patrocinante de la parte demandada, Sra. J. S. L. atento a su carácter de funcionaria.-

6º) REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE las partes personalmente o por cédula, al representante del Ministerio Pupilar en su Público Despacho, y a la Dirección General de Rentas mediante cédula. **OFÍCIESE.- CÚMPLASE y OPORTUNAMENTE ARCHÍVESE.**

Viviana Karina Kalafattich
Jueza

Silvia Teresa Pando
Jueza

Alicia Alvarenga
Jueza

