



**Poder Judicial de la
Provincia de Formosa
Excmo. Tribunal de Familia**

REGISTRADO el 01 / 08 / 2019
TOMO N° 730 / 2019
DEL LIBRO de AUTOS INTERLOCUTORIOS

Formosa, 01 de Agosto de 2.019.-

VISTOS: Estos autos caratulados: “**M., J.A. S/APELACION – JUZGADO DE MENORES - CLORINDA**”, Expte N.º 2223 – Año 18, Registro de éste Excmo. Tribunal venidos al Acuerdo para resolver y;

CONSIDERANDO: I.- Que mediante el Auto Interlocutorio N° 77/18 la Jueza de Menores de Clorinda resuelve hacer lugar a la medida cautelar planteada y en consecuencia atribuir el cuidado personal provisorio del niño L.N. M. a su progenitor, bajo su cargo y responsabilidad, hasta tanto se resuelva la causa principal.-

Que contra tal decisión la progenitora -Sra. G.P.P.- interpone recurso de apelación, el que se concede en relación y con efecto devolutivo a fs. 41, obrando el memorial de agravios a fs. 49.-

Como primer agravio sostiene que para definir el cuidado personal de un hijo, sea en carácter definitivo y/o provisorio, la a quo debió tener en cuenta el mantenimiento de la situación existente, la improcedencia de innovar sobre estados de hecho consolidados, el centro de vida y la preservación de la convivencia de hermanos, pautas que no se tuvieron en miras ni fueron correctamente aplicadas.

Aduce que los elementos probatorios de autos no ameritan una modificación en el cuidado personal, ya que no surge que exista de su parte violencia, desatención y/o descuido respecto del niño, ya sea en cuanto a su salud o educación.

Indica que el informe psicológico obrante a fs. 04 no puede ser utilizado como sustento para modificar el cuidado personal del niño, puesto que del mismo no se desprende que sea perjudicial y/o que la continuidad del niño viviendo con su madre, la pareja de ésta y su hermanito podría afectarlo.

Refiere que no se indagó sobre la condición de vida de la progenitora, los cuidados brindados a L., como tampoco se evaluó si un cambio tan brusco para el niño, implicaría una afectación psicofísica y emocional después de vivir siete años con su madre. Añade que resultará difícil para el niño tener que cambiarse a mitad de año a otra escuela, vivir en otro lugar y mantener contacto madre solo durante los fines de semana.

Finalmente, reitera que introducir cambios sustanciales en la vida de L. como ser no vivir con su progenitora, alejarlo de su hermano, cambiar de domicilio y de escuela, de su entorno familiar y social, lejos de favorecerlo, podría colocarlo en una situación de riesgo en su bienestar.

A fs. 54 se tiene por presentado el memorial de agravios y se ordena el traslado del mismo y firme que fuera se cumpla con la elevación a la Alzada.

A fs. 55 el Sr. J.A. M. debidamente patrocinado, contesta agravios. Expresa que desde la separación con la Sra. P., siempre tuvieron inconvenientes respecto a los temas vinculados a su hijo L.N..

Aduce que durante los encuentros que mantenía con su hijo, el niño demostraba

conductas y signos que evidenciaban estar sufriendo algún tipo de maltrato físico como psicológico, sumado a los constantes impedimentos de contacto que ejercía la progenitora para evitar el vínculo del niño con sus familiares paternos. Sostiene que ante tal situación, acudió a la justicia para la defensa de los derechos de su hijo L.N., quien le solicita ser retirado de ese ambiente que lo perjudica, circunstancia que manifestó ante la profesional que lo entrevistó, como también ante la *a quo* y la Sra. Asesora de Menores.

Refiere que L. en su domicilio encuentra un lugar cálido, que le brinda paz, tranquilidad, un ambiente saludable, conformado por su pareja la Sra. Y.C. y la familia paterna. Solicita en consecuencia, que el Auto Interlocutorio en crisis sea confirmado.

A fs. 60 son recepcionados los autos, se ordenan medidas de rigor y cumplidas se corre vista a la Sra. Asesora de Menores, pronunciándose la funcionaria por el rechazo del recurso (fs. 62).

A fs. 64 se ordena el pase al Acuerdo para resolver.

II.- Para una mejor comprensión de la cuestión a decidir, cabe previamente reseñar las circunstancias que precedieron al dictado del fallo recurrido.

En la causa principal (Expte N.º 276/18 registro del Juzgado de Menores de Clorinda), el padre -domiciliado en la localidad de Laguna Blanca-, inicia demanda solicitando ejercicio compartido de la responsabilidad parental y cuidado personal con domicilio principal en el propio, fundando su pretensión en el maltrato psicológico, físico e impedimento de contacto de parte de la madre, la que se domicilia conjuntamente con el niño en la localidad de Buena Vista.

Se ordena la sustanciación del planteo, fijándose asimismo una audiencia con el niño L.N. M. a efectos de ser oído por la judicatura, ser examinado por el Médico Forense y entrevistado por la psicóloga. Realizada que fuera la audiencia cfr. art. 12 CDN, el niño manifiesta ante la Sra. Jueza y la Sra. Asesora de Menores expresamente lo siguiente: “... *Vive con su mamá, su papá lo busca sábado y domingo. Con ellos vive R., la pareja de la mamá, a veces se lleva bien siempre que juega con él lo lastima. R. se pelea con su mamá y eso no le gusta a él. Le gusta ir a casa del papá, ahí vive Y. que es la pareja del papá, ella es buena con él. Su mamá vive en Buena Vista y su papá vive en Laguna Blanca. Quiere vivir con el papá y ver los fines de semana a la mamá.*” Seguidamente la psicóloga presenta informe de la entrevista mantenida con el niño, señalando que resultaba para L. una situación angustiosa mantener la entrevista, por lo que da por terminada la misma, sugiriendo la realización de una actividad dinámica y lúdica evaluativa para investigar la vinculación del niño y cada progenitor con su pareja, indicando la profesional que con dicha actividad se busca investigar en que ambiente el niño encuentra su lugar más sano en la dinámica familiar (fs. 19).

Ante esta situación, el padre plantea cautelarmente el cuidado personal provisorio del niño fundando la petición “en las claras, precisas e indudables

manifestaciones vertidas en tal sentido, hechas en el día de la fecha por su hijo L.N., ante S.S., como así ante la Sra. Asesora de Menores y Licenciada Silvia Llerandi” sic (fs. 01 de los presentes autos).

En este proceso cautelar, la Juez a quo ordenó como primera medida la realización de la entrevista de psicodiagnóstico sugerida por la Licenciada Llerandi en la causa principal. Llevándose a cabo la misma aplicando la metodología de la Técnica Vincular Familiar la que fue aplicada a cada grupo familiar con el niño, obrando el resultado de la misma a fs. 04 y vlta. Corrida la pertinente vista a la Sra. Asesora de Menores de Clorinda se expide dictaminando que considera se debería conceder la medida cautelar solicitada por el Sr. M. (fs. 06 y vlta). Seguidamente se pasan los autos a resolver la cautelar planteada y en consecuencia, atribuir el cuidado personal provisorio del niño L.N. M. a su progenitor J.A. M., bajo su cargo y responsabilidad hasta tanto se resuelva la causa principal.

III.- Del relato anterior se desprende que la a quo modificó el cuidado personal del hijo, fundado en el resultado del informe psicológico (fs. 04 y vlta) y lo manifestado por el niño (a fs. 18 del Expte N.º 276/18 s/ Ejercicio Compartido de la Responsabilidad Parental y Cuidado Personal”) por entender que la dinámica vincular y afectiva de L.N. hacia su padre y entorno familiar sería vivenciado como seguro y estable, resguardando su seguridad psico-emocional, fallo que recurre la progenitora.

Se agravia en prieta síntesis por entender que esta decisión: 1º) contraría pautas determinantes para definir el cuidado personal (mantener status quo, no innovar sobre estados de hecho consolidados, centro de vida, preservación de vínculos fraternos) y 2º) porque los elementos probatorios (informes psicológicos) no demuestran que mantener a L.N. con ella sea perjudicial, ya que en ningún momento se indagó sobre las condiciones de vida de su parte.

En principio es dable recordar que los requisitos exigidos para la adopción de medidas cautelares en el marco de un proceso de familia, presentan características propias y diferentes al régimen general de orden patrimonial establecido por las normas contenidas en nuestro ordenamiento procesal. Ello implica una adecuación de los principios que rigen el instituto a las particulares características que presentan este tipo de acciones en las cuáles la apreciación estricta del cumplimiento de ciertos recaudos podría redundar en un perjuicio en la persona o en las relaciones familiares.-

Basta la comprobación de ciertas circunstancias demostrativas por sí misma de la situación que se tiende a proteger, para acceder a la protección que se solicita.

En el caso que sean adoptadas con relación a niñas, niños y adolescentes, el bien jurídico a proteger es el interés superior de ellos hasta tanto se decida la cuestión de fondo, que deberá encauzarse a través de las vías procesales pertinentes. Así la legislación vigente -de rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la C.N.)- ha dado

prioridad fundamental al interés superior del niño (art. 3 - ap. 1 de la Ley 23.849 ADLA L-D 3693) y otorga al magistrado amplias facultades para resolver las medidas que considere adecuadas en miras a su formación y protección. En consonancia el Código Civil y Comercial lo ubica en la categoría de principio en su art 706 inc. “c”, este principio del derecho internacional (art. 3° CDN) está presente en varias normas del mencionado cuerpo normativo. En la regulación de los procesos de familia, se refuerza como una directiva insoslayable para el órgano de decisión, y como orientador, para el supuesto de conflictos de orden procedimental que surjan en el transcurso de aquellos y que no tengan una respuesta legal expresa. La directiva, como se sabe, importa la satisfacción plena e integral de los derechos que titularizan los niños, niñas y adolescentes. Como bien es sabido el interés superior debe primar en todas las medidas o decisiones que afecten a un niño, niña y adolescente. El objetivo del concepto interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos y el desarrollo holístico del niño, abarcativo de su aspecto físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social.

A fin de dictar las medidas peticionadas, es necesario, como recaudo medular, la acreditación de la verosimilitud del derecho argüido, y además, la acreditación del perjuicio inminente o irreparable del niño.

Aclarado lo anterior, adelanto mi opinión en cuanto a que en el caso particular no se han agregado elementos de prueba con entidad suficiente como para tener por acreditado el segundo de ellos -peligro en la demora- que permita suponer que existe un riesgo inminente que justifique la adopción de la medida solicitada (cambio cuidado personal), sin antes haber ahondado sobre la conveniencia del cambio y lo que impactaría en L., modificar su centro de vida.

Se visualiza que la decisión se asienta en la opinión del niño (Expte 276/18 fs. 18) y el informe de la psicóloga Lic. Llerandi. La entrevista psicológica personal mantenida con L. (fs. 19) no pudo concluirse pues resultaba angustiosa para el niño, sugiriendo la profesional, -Licenciada Llerandi- otro modo de evaluación. Llevada adelante una nueva evaluación, donde se visualiza la dinámica familiar, por un lado el padre con su actual pareja y por el otro lado la progenitora con su conviviente y L.N., del que se desprende que: *“(...)El primer grupo familiar que realizó la técnica esta compuesto por A., Y. y L., se observó que los tres miembros componen una dinámica familiar integrativa con comunicación clara, acuerdos y decisiones que incluyen a todos, todos son escuchados y considerados. La función nutricia es cumplida por ambos adultos, mientras que la función normativa se diluye y hasta se tendría el permiso de quebrantarla desde la figura del padre, es decir, faltarían marcar los límites y solicitar cumplirlos, a fin de lograr un orden que beneficiará al menor en su desarrollo psico-emocional. Así mismo, es el padre quien sostiene claramente al niño y este se apoya*

confiadamente. A. y Y. se manifiestan como una pareja constituida, con acuerdos claros, respeto mutuo y valorización del otro como padre y persona.

El segundo grupo familiar en realizar la técnica está compuesto por G., R. y L., al realizarla se observó poca comunicación entre madre e hijo, y ninguna entre R. y L., cada uno hizo su parte y a su tiempo, sin interacción. El niño busca atención y la obtiene de la madre, R. queda a un lado observando. L. hace unos intentos por anular la presencia de R., en forma de chiste, que es comprendida y dejada pasar por los adultos.

En un primer momento los lazos entre los tres fueron laxos, con poca atención de los adultos hacia el menor y siendo R. el miembro más distante. Al momento que L. cambia de lugar y se pone delante de los dos, la relación cambió, ambos adultos colaboran en la tarea del menor, y a pesar de que L. responde casi indiferente a los comentarios de R., es R. quien logra sostener al menor y es aceptado por el pequeño.”

Concluye la profesional respecto al segundo grupo familiar que G. -progenitora- y R. -convivente- son una pareja en proceso de conformación, en busca de la estabilidad económica, profesional y en adaptación al nuevo integrante, N.. Este contexto podría estar provocando tensiones en la pareja a nivel de ordenamiento originario, es decir, de cómo será la dinámica de pareja, debiendo ir, al mismo tiempo, creando acuerdos y criterios en relación a ser padres. Mientras que entre A. y G. -progenitores-, la relación sigue siendo tensa, por momentos descalificativa y hasta competitiva por el cariño de L. y buscando lo mejor para él.

Entiendo así que tales conclusiones, están anudadas a lo expresado por el niño, no resultado suficiente para modificar cautelarmente la situación de L., en tanto desde que nació convivió con su madre, teniendo allí su centro de vida.

Las constancias descritas deben ser valoradas junto con otros elementos probatorios no ordenados en autos, como ser entrevista psicológica de los progenitores e informe social en los respectivos domicilios, elementos que permitirían determinar si resulta procedente modificar el status quo de L.N. quien reside hace más de siete años con su progenitora en la localidad de Buena Vista asistiendo allí a la Escuela ..., como así también debió verificarse -con informe social o testigos propuestos por el requiriente de la medida- como se desarrolla la vida cotidiana de L. en el domicilio de la progenitora lo que echaría luz respecto a si el niño se encuentra en alguna situación de riesgo que requiera se adopte dicha medida cautelar.

No se me escapa que L.N. ha manifestado su deseo de vivir con su progenitor, incluso ha expresado que no le gusta cuando su madre y actual pareja pelean. Al respecto enseña la doctrina especializada que el derecho del niño y adolescente a ser oído no se limita a una mera formalidad sino que su opinión debe ser valorada y, cuanto mayor es su grado de madurez y comprensión del sentido y las consecuencias, mayor peso ha de tener su opinión cuando deba adoptarse una decisión que afecte sus derechos

e intereses. En esa línea, la Convención sobre los Derechos del Niño recepta en su art. 3° como principio rector el interés superior del niño señalando que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, *una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*. Si bien no define que se entiende por tal, la ley 26.061 en su art. 3 señala y concreta que el interés superior del niño es la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esa ley, postulando como pautas interpretativas del mismo, que deberá respetarse su condición de sujeto de derecho, su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, así como tenerse en consideración su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.

En otros términos, la ley le ha otorgado contenido al principio, advirtiéndose que entre las pautas de interpretación invoca el derecho a ser oído. Así, la norma garantiza al niño el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta en consideración a la edad y al grado de madurez del mismo.

Sentadas tales pautas y en consonancia con los principios descriptos anteriormente (interés superior del niño y derecho a ser oído) se erige el reconocimiento de autonomía y de capacidad progresiva en las personas menores de edad, principio que implica la participación del niño en la realización de sus derechos, siempre de acuerdo con el grado madurativo y discernimiento alcanzado, de allí que se habla de ejercicio progresivo en tanto se le da la posibilidad de ejercer y defender sus derechos naturalmente de acuerdo con su etapa evolutiva y consiguiente capacidad progresiva, siendo así participe directo de su propio proceso de desarrollo y madurez, por lo cual algunos autores entienden que el concepto de capacidad progresiva no estará sujeto a una edad cronológica determinada, sino que habrá que verificar en cada caso concreto el discernimiento del niño, su madurez intelectual, psicológica y el suficiente entendimiento.

En el caso de L.N. (08 años), cuyo interés superior debemos proteger, durante la entrevista personal (fs. 18 del Expte. Principal) expresó su deseo de vivir con su padre, pero se desconoce en autos si conoce realmente los efectos que esto causará en su vida diaria, como ser, no convivir con su madre y hermano, cambio de escuela y un nuevo núcleo social al que se debe integrar.

Tal como enseña destaca la doctrina, uno de los problemas mas complejos que se presentan al magistrado es dilucidar si las opiniones y deseos del niño son productos de una expresión libre y autónoma, o en cambio el fruto de una manipulación de alguno de los progenitores o representantes. Por eso es importante contar con un interlocutor

suficientemente preparado que, con la ayuda interdisciplinaria de otros profesionales especializados, resulte capaz de desentrañar la voluntad real del niño y neutralizar el riesgo de que éste se vea en un conflicto de lealtades que lo convierte en árbitro de los problemas de los adultos. (Kemelmajer de Carlucci, Aída – Molina de Juan, Mariel, “Los principios generales del proceso de familia en el Código Civil y Comercial”, Revista de Derecho Procesal, nro 2, Rubinzal-Culzoni, 2015).-

Lo cierto es que en el caso analizado no se cuenta con suficientes elementos que permitan determinar si otorgando el cuidado personal provisorio al progenitor en el inicio del proceso -cautelamente- se estaría preservando el interés superior de L.N., que en principio se protege respetando su centro de vida (para el caso el domicilio de la madre en Buena Vista), puesto que no surge de las constancias de la causa que sería perjudicial para el niño mantener la situación existente, no se ha acreditado liminarmente que la progenitora sea inepta para ejercer los derechos que le asisten y cumplir con los deberes que la responsabilidad parental le impone (Arts. 638, 639, 641, 646 y cc del CCyC), ni se encuentra probado que exista un riesgo para el niño.

De ahí que, hay que tener presente que el criterio cautelar debe contemplar muy especialmente el mantenimiento del estado de cosas mientras dure el proceso, salvo que circunstancias extraordinarias aconsejen apartarse de esa solución (CNCivil, Sala G, 12/11/1984 “Di L., G. A. c. J., V. M.” LL 1985-A-105, DJ 1985-1-7526).

Por lo expuesto, estimo que el recurso interpuesto debe prosperar, dado que ninguno de los elementos agregados a autos y los hechos denunciados por el progenitor, pueden servir de fundamento en esta instancia para modificar el status quo del niño, mudando su residencia a otra localidad.

En cuanto a las costas, corresponde imponerlas por su orden conforme art. 68 - 2da parte- del CPCC. ES MI VOTO.

La Dra. VIVIANA KARINA KALAFATTICH dijo:

Que habiendo examinado la Sra. Juez preopinante analizado el caso y la normativa aplicable, a la petición planteada en autos no resta más que adherirme con MI VOTO a los términos esgrimidos por la miembro preopinante.

Por las consideraciones expuestas, con el voto de la Sra. Jueza Dra. SILVIA TERESA PANDO y la Dra VIVIANA KARINA KALAFATTICH de conformidad al art. 10 del Reglamento para el Funcionamiento del tribunal de Familia (Acordada del STJ N° 1897/93) que en su parte pertinente dice “*Las sentencias y resoluciones del Excmo. Tribunal se dictaran con la intervención de todos sus miembros y por el voto concordante de la mayoría. En caso de existir vacancia o ausencia e impedimento de alguno de sus titulares bastará la intervención de los otros dos si estuvieran de acuerdo en la resolución a dictar...*”; en concordancia con los arts. 33 de la L.O. y el art. 188 del R.I.A.J.;

EL EXCMO. TRIBUNAL DE FAMILIA

RESUELVE: 1º HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto a fs. 40 por los argumentos señalados en los considerandos, y en consecuencia **REVOCAR** el Auto Interlocutorio N.º 77/18.-

2º COSTAS por su orden en la Alzada (cfr. art 68 2º parte CPCC)

3º REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE personalmente o por cédula. **CÚMPLASE.**

Fecho que fuere: REMÍTANSE las actuaciones al Juzgado de origen, bajo constancia.-
mtr

Dra. SILVIA TERESA PANDO
Jueza

Dra. VIVIANA KARINA KALAFATTICH
Jueza