TRELEW, de mayo del año dos mil diez.----------

--- **VISTO:** Los recursos de apelación interpuestos a fs. 633 por la parte actora y a fs. 635 y vta. por la parte demandada, los mismos fueron concedidos a fs. 634 y 636 respectivamente. A fs. 661/662 se modifica la forma de concesión de los recursos concediéndolos en relación y con efecto suspensivo, presentando memorial de agravios la actora a fs. 666/682, del mismo se corre traslado a la contraria quien lo contesta a fs. 691/692. La demandada presenta memorial de agravios a fs. 685/689 corrido traslado a la contraria no lo contesta.----------

--- **Y CONSIDERANDO:** ----------

--- I.- A fs. 622/631 la jueza de grado dicta sentencia por la cual otorga la guarda provisoria del niño F. D. A. G. F. a ambos progenitores, la que será ejercida de manera compartida como paso previo para otorgar la guarda definitiva, la que se efectivizará bajo la modalidad de contacto que se acuerde con posterioridad a la audiencia que dispone en el punto III de su resolutorio. Impone a los padres la realización de un tratamiento terapéutico sea de modo conjunto o por separado o el que aconsejen los profesionales especializados para superar sus problemas de comunicación. Fija fecha de audiencia a la que deberán comparecer familiares de las partes e impone las costas por su orden ---------- Motiva su decisión en la idoneidad de los progenitores para asumir la guarda del menor. En referencia al Sr. G., señala que del informe de la psiquiatra del Equipo Técnico Interdisciplinario Dra. S. surge que el nombrado registra antecedentes judiciales de violencia familiar sucedidos en Lago Puelo y derivados de la relación que mantuviera con la madre de su primera hija. Detalla la evaluación efectuada por la citada psiquiatra al Sr. G. y concluye que se descartan las causales de promiscuidad, drogadicción y pertenencia a una secta religiosa que impidan que el Sr. G. ejerza la guarda de su hijo, pues no hay daño o peligro cierto y actual para el niño y que la decisión a tomar no puede depender de valoraciones abstractas, destacando que el padre del menor no construye un buen canal de comunicación con su ex pareja al igual que con la Sra. F. y que la Dra. S. advierte dificultades para proyectarse en un futuro de convivencia permanente con su hijo.---------- En relación a la Sra. F. refiere que el Dr. S. ha dicho que no le provoca daño psicofísico al menor la no convivencia con su padre. Y transcribe párrafos de declaraciones testimoniales, entre otras de la abuela paterna que señala que el menor reconoce por fotografías a su padre para concluir que la señora F. no padece el Síndrome de Alienación Parental. En cuanto al rol materno que cumple la madre del menor se transcriben párrafos de testimonios en los cuales se destacan la actitud protectora y de cuidado de la madre hacia el niño, la conducta conflictiva de los adultos al momento de hacer efectivo el régimen de comunicación, reconociendo la Lic. V. rasgos paranoides y el sobre dimensionamiento de la realidad por parte de la Sra. F., en razón de la desconfianza que le provoca que el padre busque el nene incumpliendo los horarios y días de visita, o cuando lo buscaba acompañado de alguna persona no

conocida por ella. Añade que la terapeuta señala que la Sra. F. percibe un riesgo en el padre, por sus características de personalidad, miedo a que no cuide o no proteja al niño, y que las acciones que tomó son para amparar a su hijo, pero que ese riesgo no se encuentra acreditado en hechos concretos. Bajo tales argumentos con abundante citas doctrinarias y jurisprudenciales la jueza de grado se inclina por otorgar la guarda compartida, a fin de paliar la actual situación beligerante de ambos padres y en aras de la felicidad del menor de conformidad con el interés superior del niño amparado por la Constitución Nacional y Tratados Internacionales. Asimismo compartiendo lo peticionado por la Asesora Civil de Familia e Incapaces se impone a los padres un tratamiento terapéutico.

---------- II.- A fs. 666/682, el actor se agravia sosteniendo que la sentencia dictada carece de fundamentación pues al resolver el apartado referido al síndrome de alienación parental confirma que está ausente este padecimiento sin explicar nada más. Que habiendo planteado su parte que este síndrome se presenta cuando uno de los padres no permite una adecuada comunicación con el hijo del no conviviente, la jueza “a quo” le dedica solo unos párrafos extraídos de pruebas testimoniales dedicando 17 renglones a este fin, y sólo tres a la fundamentación de su conclusión, pero -asevera- no existe ninguna fundamentación, no existe una explicación del derecho aplicable y tampoco una explicación del razonamiento que llevó a la magistrada a la conclusión de inexistencia de este padecimiento.----------

--- Afirma que la jueza de anterior grado en su decisión no ha emitido su voto, sino que señala que en base a tales pruebas sigue los argumentos de prestigiosos magistrados de la Suprema Corte de Buenos Aires, y se interroga ¿porqué ha desechado la custodia unilateral que es una cuestión debatida en autos?, ¿porqué ha elegido la figura de la custodia compartida?, ¿cuál es el derecho vigente que ha aplicado para construir la solución del caso?.----------

--- Puntualiza que se viola el interés superior del niño pues no se puede extraer de la sentencia de qué manera la magistrada entiende que con la solución adoptada se cumple con dicha garantía. Asimismo sostiene que se viola la garantía constitucional del debido proceso pues luego de transitar todas las etapas necesarias para obtener un pronunciamiento, el mismo coloca a las partes en una situación incierta ya que se desconoce el marco legal en el que fueron citadas personas extrañas al proceso, cual es la vía procesal a seguir sino comparecen y si comparecen los litigantes si serán escuchados, si se dictará una nueva sentencia, si se puede aportar nueva prueba, todo lo cual lleva a determinar la nulidad de la sentencia.----------

--- Añade que no existe una derivación razonada del derecho vigente y de las circunstancias particulares del caso y de qué manera se subsume una en otra. Y no ha examinado la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia.----------

--- Afirma la existencia de arbitrariedad por violación al Art. 82 de la Ley III Nro. 21 (antes Ley 4347), toda vez que los juzgados de familia cuentan con equipos técnicos interdisciplinarios permanentes que tienen como función elaborar diagnósticos, pericias e informes, y que si bien sus conclusiones no son vinculantes para los jueces deben fundar bajo pena de nulidad su apartamiento de las mismas en caso de resolver en sentido contrario al criterio sustentado por el equipo actuante, puntualizando que la magistrada sostiene la inexistencia de daño psicofísico para el niño, cuando los múltiples informes del Equipo Técnico Interdisciplinario como asimismo de la Lic. F. del Cuerpo Médico Forense son contestes en la situación de apropiación del niño por parte de la Sra. F. y que ello resulta dañoso para el niño. En tal sentido, esta nulidad no es “in procedendo” sino “in iudicando” ya que sólo es posible determinar su incumplimiento por la magistrada al momento de dictar sentencia.---------- Resalta que el niño no ha podido tomar contacto con ninguno de los magistrados del Poder Judicial de modo tal que no se ha respetado el derecho del niño a ser oído, y cita un antecedente de la Corte Suprema de Buenos Aires que entendió que debía anularse de oficio la sentencia si el requisito de oír al niño no se ha cumplido por el tribunal, cualquiera sea su edad. Asimismo cita a la Corte Suprema quien entendió que no es obligatoria la consulta directa del niño dado que la Convención hace referencia a representante u órgano apropiado, pero la jueza de grado no ha dicho como ha considerado los dichos del menor a través de la Asesoría de Familia e Incapaces en base a los innumerables dictámenes y participación en audiencias frente a las partes.------ Se agravia el apelante porque se desconoce el paradero del menor y la Sra. F., circunstancia que imposibilita ejercer la custodia compartida. Sostiene que la conducta asumida por la Sra. F. puede calificarse de injerencia ilícita en las relaciones familiares a que tiene derecho el menor, llevándolo fuera de la ciudad y ocultándolo de cualquiera que pretenda acercar a las partes con una solución distinta a la que ella propone. También agravia al apelante el criterio adoptado por la magistrada de innecesariedad de contacto del niño con su padre y que esta figura se ve suficientemente incluída en la vida del niño con mostrarle fotos, toda vez que atenta contra la misma Convención de los Derechos del Niño, el Art. 14 bis de la Constitución Nacional y la Ley III, Nro. 21 (antes Ley 4347), que garantiza la protección integral de la familia, porque no debe analizarse la conveniencia de determinados beneficios para un niño sino que se debe hablar de derechos de ese niño, porque es considerado sujeto de derecho y no un mero objeto de protección.---------- Sostiene asimismo que no se respeta el derecho a la paternidad del Sr. G., quien luego de transitar por diversos litigios para obtener el reconocimiento de este derecho, con esta sentencia queda trunca, porque desconoce donde está su hijo y la sentencia no aporta solución al respecto, de modo que las medidas que tiene que adoptar el Estado para dar efectividad a los derechos están ausentes en la sentencia.----- En relación a la idoneidad de la Sra. F., si bien reconoce que la jueza tiene la atribución de considerar aquellos testimonios que considere

pertinentes, se agravia el apelante pues estima que es buena madre, aquella que reconoce como sujeto de derechos a su hijo y respeta el pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social o cultural. Afirma que la Sra. F. al interpretar que sólo es válido su punto de vista se arroga esta atribución delimitando los derechos de su hijo, y no cumple con su rol en el marco de protección integral. Y agrega que la Sra. F. además no ha respetado el centro de vida del niño mudando de domicilio al solo efecto de evitar que el padre pueda mantener contacto con su hijo, y evitando que el niño cuente con este derecho.---------- Suma a lo ya señalado la conducta procesal de la Sra. F. impediente del régimen de comunicaciones y ello ya ha sido considerado en el expediente principal como asimismo al resolverse la medida cautelar. La Sra. F. ha frustrado constantemente el régimen de comunicación entre padre e hijo al punto de mudarse de ciudad, pero ello no ha sido motivo de análisis por la jueza de grado. Concluye señalando que la Sra. F. no cumple los acuerdos sobre régimen de comunicación como asimismo los mandatos judiciales.---------- III.- A fs. 685/689 la demandada presenta su memorial de agravios, sosteniendo que yerra la jueza de grado al resolver la custodia del niño compartida porque ha quedado demostrado que la Sra. F. no es inidónea para el ejercicio de la custodia de su hijo, ya que no padece el síndrome de alienación parental y conforme surge de las conclusiones de las testimoniales de los testigos S., S., Dr. S. y Licenciada V., de modo que mal puede prosperar la pretensión del actor respetándose el principio de congruencia..---------- Se agravia porque la jueza de grado descartó la promiscuidad, drogadicción y pertenencia a la Secta de Santo Daime endilgados al Sr. G.. Ello así toda vez que fue reconocido en la prueba confesional en las respuestas a las posiciones vigésimo quinta y vigésimo sexta y el álbum de fotos de fs. 60/61 reconocido por G., el informe de Migraciones, habiendo demostrado que dicho culto no está reconocido en nuestro país por el consumo de la sustancia ayahuasca. Puntualiza que los antecedentes del Sr. G. con su anterior pareja lo perjudican notablemente, por ello se cuestiona la idoneidad del Sr. G. no solo para ejercer la custodia de su hijo sino para sostener un régimen de comunicación. Sostiene que se ha demostrado la conducta de hostigamiento, control, manipulación pretendiendo ejercer poder sobre la Sra. F.. Resalta que el Sr. G. realiza su aporte alimentario a partir de los seis meses de edad del niño a través de un expediente judicial. Refiere a la conducta del Sr. G. a quien se le solicitó que se retire de la sala por inconducta cuando prestaba declaración la Sra. A.. Que el informe psiquiátrico no es suficiente para aseverar que se encuentra en condiciones de asumir la custodia de su hijo.---------- Se agravia asimismo, porque aún cuando la magistrada reconoce que la Sra. F. es idónea para ejercer la custodia de su hijo se aparta de los dispuesto por el Art. 206 del C. Civil, modificando el “status quo” del menor, siendo doctrina judicial no variar la situación de los menores salvo casos de extrema

necesidad. Cita jurisprudencia en su apoyo.---------- IV.- A fs. 691/692 la demandada contesta el traslado del memorial de la actora, manifestando que no puede endilgarse a la magistrada que concluyó que la Sra. F. no padece el síndrome de alienación parental sin fundamento alguno, dado que ha quedado demostrado tal aserto y a mayor abundamiento le correspondía al actor probar sus afirmaciones. Afirma que no ha sido vulnerado el interés superior del niño, resta importancia al respeto del derecho del niño por tratarse de un menor de tres años dado que el espíritu del Art. 3 de la Convención es no tener presente la opinión de un niño que pueda formarse su propio juicio. Afirma que el Sr. G. siempre ha mantenido contacto con su hijo y que nunca su mandante de modo ilícito o caprichoso ha impedido el contacto y que la conducta procesal de su mandante nunca ha entorpecido el desarrollo del proceso, más aún siempre ha concurrido a las audiencias y la inasistencia a la audiencia del Art. 130 no puede ser valorada en su contra toda vez que no existe sanción para el caso de no concurrir.---------- V.- A fs. 702/707 el Asesor de Familia e Incapaces contesta la vista conferida manifestando que no se desconoce que la tenencia compartida es cada vez más aceptada, pero no es factible en todos los casos, no es lo mismo una familia que tiene algún desentendimiento que el presente caso. Sostiene que debía valorarse la idoneidad para otorgar la custodia del menor, pero no la custodia compartida, porque fácticamente no es viable dado que la madre y el niño no viven en esta ciudad y no sabemos donde se encuentran. No es posible acordar la custodia compartida cuando no hay un diálogo entre los padres, cuando no puede haber un mínimo acuerdo en nada cuando ambos deben ponerse de acuerdo para adoptar cada decisión respecto de su hijo. Refiere a que la jueza “a quo” señala que el Sr. G. no construye un canal de comunicación, pero un canal de comunicación se construye entre dos personas y hay que analizar toda la situación, que no consideró los informes del Servicio Social realizado por las profesionales como resultado de lo que vieron en esos encuentros entre el padre y el hijo, y respecto de las dificultades para proyectar una convivencia futura permanente con el hijo, es común a todos los padres y no es un argumento de peso para determinar la idoneidad de un padre. Sostiene que los testimonios deben ser valorados distinguiendo el contenido que nace de percepciones propias de los testigos de aquellos en que se pone de manifiesto porque se lo contaron o leyeron un informe. Critica que la magistrada descarta la existencia del síndrome de alienación parental porque el niño reconoce una foto de su padre, cuando los especialistas en su gran mayoría marcan estas conductas como síndrome de SAP. Actitudes como confiar a todo su círculo de amistades su versión de los hechos, demonizar a G., aparecer siempre como víctima, desarraigar al hijo al irse a otro lugar, descalificar a cuanto profesional o funcionario opine diferente que ella, identifican a este padecimiento. Añade que la Sra. F. se apropió de su hijo según surge de los informes técnicos, tampoco la magistrada dice nada respecto de la actitud demostrada por la Sra.

F. en estos dos años con una seguidilla de desobediencias judiciales, un atropello a los derechos de su hijo, llevándolo a otra ciudad separándolo de su padre y de todos sus afectos, cambiándole unilateralmente su centro de vida, a la vez que nunca compareció con el niño ante los jueces. Aún intimada bajo apercibimiento de cambiar la custodia del niño continúa con su conducta desobediente. Cierto es, señala que ese Ministerio siempre resaltó la importancia de no alterar la estabilidad del niño, salvo que exista algún fundamento que aconseje el cambio, y en el caso existen causas graves que ameritan el cambio por ser lo más beneficioso para el niño. Refiere al testimonio de S. cuando señala que “el niño era feliz hasta que la madre se lo llevó, me llama y extraña su jardincito y hasta a su papá, nunca se tendría que haber ido”. En orden al Art. 206 del C. Civil, refiere que la custodia se atribuye a la madre respecto de los hijos menores de cinco años siempre que no existan causas graves que afecten el interés del menor en su condición de sujeto de derecho. Señala que es dudosa su constitucionalidad y no es un derecho absoluto. Que constituyen causas graves para cambiar la custodia del menor, impedir el cumplimiento del régimen de comunicación y cambiar de radicación al menor. Realiza numerosas citas doctrinarias y jurisprudenciales. Resalta la necesidad de contar con una sentencia definitiva viendo pasar decisiones judiciales que no se cumplen burlándose permanentemente la Sra. F. de la justicia. Concluye solicitando se revoque la sentencia y se otorgue la custodia al Sr. G.. ----------

--- VI.- 1. El proceso transitó por las etapas correspondientes a un proceso sumario con fundamento en el Art. 123 de la ley III, Nro. 21 (antes Ley 4347) y de un incidente arts. 175 y siguientes del Anexo “A”, Ley XIII, Nro 5 (antes arts. 175 y siguientes del C. P. C. C.) (ver fs. 08), de modo que de conformidad con los arts. 124 de la ley de familia, y el Art. 187 Anexo “A” Ley XIII, Nro 5 (antes Art. 185 del C. P. C. C.), concluido el trámite del incidente la jueza de grado debe dictar el pronunciamiento que decida la cuestión. En una materia de contenido tan humano, la decisión debe poner fin al conflicto jurídico y abarcar la integralidad de las restantes implicancias, aunque cabe reconocer que difícilmente las resuelva de modo definitivo si se produce un cambio de circunstancias fácticas. Para decidir el juez de grado cuenta con un número importante de herramientas tales como disponer de oficio las medidas que estime necesarias para esclarecer la verdad objetiva de los hechos, acudir a las ciencias multidisciplinarias, tales como psicólogos, psiquiatras, asistentes sociales, o dictar medidas para mejor proveer para así estar en condiciones de elaborar una decisión, sin ignorar aquello que pasa ante sus sentidos procurando que la verdad objetiva prevalezca sobre la propuesta por las partes. Pero a la hora de pronunciarse debe decidir la cuestión planteada. Es que, son amplias y flexibles las facultades otorgadas al juzgador para dirigir el proceso y recolectar la prueba que estime necesaria, pero ello no lo habilita a modificar las etapas por las cuales debe transitar el proceso, dado que ello contraría la garantía del debido proceso consagrado en el Art. 18 de la CN y Art. 44 de la

Constitución Provincial.----------

--- En tal contexto, el pronunciamiento que se dicte no tendrá carácter provisorio, salvo la provisoriedad reconocida en materia de derecho de familia toda vez que la cosa juzgada tiene alcance solo formal, que permite ante un cambio de circunstancias fácticas modificar lo resuelto para el caso que a posteriori de dicho pronunciamiento se produzca una alteración o modificación de la situación de hecho que amerite su modificación. Es decir, ha confundido la sentenciante de grado la eventual posibilidad de modificación de lo resuelto sujeto al cambio de la situación fáctica, con el dictado de un pronunciamiento provisorio cuando correspondía dictar una resolución que debía poner fin al incidente, asistiéndole razón al actor apelante en su agravio, en cuanto a la falta de certeza de la sentencia dictada. Por ello, es que dada la importancia de la cuestión planteada esta Alzada procederá al análisis de los agravios formulados por las partes siguiendo las pautas señaladas en el primer párrafo.----------

--- VI.- 2. La tenencia compartida dispuesta en la anterior instancia, agravia al actor. En este aspecto, cabe señalar que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria sostienen que la tenencia compartida implica una equitativa distribución de responsabilidades, unificación de criterios para llevar adelante la educación del niño, y también plasticidad y disposición para atender a los imponderables que diariamente se producen. Es decir, trae aparejadas ventajas y desventajas y su aplicación debe ser profundamente analizada en cada caso concreto en función de las características del grupo familiar. Este sistema requiere el contacto frecuente y continuo de ambos progenitores quienes en común deciden lo más conveniente sobre cada una de las circunstancias de vida del menor, porque la tenencia compartida no implica que el niño permanezca 3,5 días con el padre y 3,5 días con la madre para que exista una distribución equitativa de responsabilidades sino que, consiste en reconocer a ambos padres el derecho de tomar las decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, sus posibilidades y características personales, las responsabilidades y deberes en un ámbito de armonía y bienestar para el menor. El alto nivel de conflicto existente entre ambos padres que surge de los informes técnicos obrantes en las presentes actuaciones (ver fs. 52/53, tercer párrafo) y en el expediente agregado por cuerda (fs. 17 Expte. 1068 – Año 2009), sólo para intentar llevar adelante un régimen de comunicación, permiten prever que resultará cuanto menos muy dificultoso implementar una custodia compartida que tiene por finalidad garantizar en la medida de lo posible las mejores condiciones de vida del menor; dado que es muy factible -atento las dificultades para relacionarse de los padres- que se coloque al niño en una situación de permanente tironeo e inestabilidad que no lo beneficiará en absoluto. Sumado a ello que en la actualidad se desconoce con exactitud el paradero del menor y su madre, estimándose que podrían estar radicados en Carmen de Patagones a cientos de kilómetros de la ciudad en la que vive el padre. Por ello, a criterio de esta Alzada el régimen de guarda resuelto por la jueza de grado resulta incompatible con el

deteriorado vínculo existente entre los progenitores y en consecuencia de imposible cumplimiento en la actual situación.----------

--- En efecto, la tenencia conjunta resulta conveniente cuando ambos padres viven en el mismo vecindario, o al menos en la misma ciudad, en la medida en que puedan cooperar en las cuestiones relativas a la educación de los hijos (Mc Dougal vs. Mc Dougal, West Virginia -1992, citado en "Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia " Nro. 9, Ed. Abeledo Perrot -1995, Jurisprudencia Extranjera, Pág. 194).----------

---- VI.- 3. Nuestra Constitución ha colocado en la cúspide de nuestro ordenamiento los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos al considerarlos complementarios de nuestra ley fundamental (Art. 75, inc. 22), y ello se ha visto reflejado en numerosos pronunciamientos de la Corte Suprema. La Convención sobre los Derechos del Niño trae como uno de sus principios destacados que cuando los tribunales, las instituciones de bienestar social o las autoridades administrativas toman medidas concernientes a los niños darán una consideración primordial al interés superior del niño y se examinará con atención la opinión del mismo.----------

--- No han sido observados estos preceptos jurídicos en el presente caso. Conforme surge de las constancias de audiencia celebradas en autos a fs. 546 y fs. 699, el niño no ha tenido contacto con esta Alzada en ninguna ocasión. Ello no ha permitido al Tribunal conocer si el menor goza de buen estado de salud, como es su estado de ánimo, como interactúa, entre otros aspectos. Y no puede suplir el Asesor de Familia e Incapaces estos aspectos, más allá del ejercicio de la defensa de sus derechos que cabe destacar adecuadamente realizó. Tampoco la ausencia de la presencia del menor puede reemplazarse por los testimonios producidos en autos porque carecen de actualidad a la luz del cambio de residencia de la madre.----------

--- Es que, el niño pequeño aunque incapaz de expresarse por medio de un lenguaje inteligible para el adulto, oye y comprende lo que está dispuesto a comunicar. El pequeño dice sus sentimientos con el cuerpo, la mímica, el juego, los dibujos o los movimientos, incluso si es bebé puede darse el vínculo de manera intuitiva, y dado que el niño es una persona el juez tiene la responsabilidad de adoptar los recaudos necesarios para permitir su participación en los asuntos que lo vinculen (Conf. "Familia, matrimonio y divorcio" Mauricio Luis Mizrahi, Ed. Astrea-2006, Págs. 729/730, Ap. 323). Por ello resultan inaudibles los agravios de la demandada orientados a sostener que su incomparencia y la del menor a las audiencias es irrelevante, pues violando el principio de inmediación consagrado en la ley provincial III, Nro 21 (antes Ley 4347) no le fue permitido a esta Alzada mantener contacto directo con el niño para formarse su opinión respecto al bienestar del mismo. Cabe resaltar que idéntica conducta asumió ante el juez de grado conforme surge de fs. ref. 123 y constancia de audiencia de fs. ref. 149/151vta., aún cuando justificó con un certificado médico la inasistencia del menor.----

--- Siguiendo en el análisis de la conducta de la progenitora, han de rechazarse los fundamentos esgrimidos por la demandada en cuanto asevera que no ha impedido el contacto del niño con su padre. Dan cuenta de ello las múltiples medidas adoptadas a fin de lograr un régimen de comunicación del padre con el menor, a saber: fijación de astreintes por el juez de grado a fs. 152/153 ante el incumplimiento del régimen de visitas, su confirmación y aumento del monto de la multa por esta Alzada conforme surge de a fs. 247/249 de los autos caratulados: “G., F. A. c/ F., M. C. del H. s/ Custodia-Alimentos-Régimen de Comunicación (Expte. 531 – Año 2009); la causa penal caratulada: “F., M. psa. de impedimento contacto hijo no conviviente-Trelew”, Carpeta 1283 –Legajo Nro. 12321 iniciada por incumplimiento del régimen de comunicación, el posterior cambio de residencia de la madre y el menor cuando se dictó la cautelar que establecía como régimen de visitas que el niño permaneciera un fin de semana con cada progenitor (ver fs. 11), y la medida cautelar dictada a fs. 153/159 de los presentes en la cual se otorgó la custodia del menor al padre. Todo ello implica un desconocimiento absoluto de las normas que consagran el derecho del niño a mantener una comunicación permanente con ambos progenitores. (Art. 3ro. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ley 26061 y ley III- Nro. 21 (antes Ley 4347).-

---

--- VI. 4.- El Art. 206 C. Civil establece que los menores de cinco años quedarán bajo la guarda de la madre, salvo que existan causas graves que afecten el interés del menor. Si bien este principio obedece a razones de conveniencia en la medida que se considera a la mujer más apta para responder a las necesidades del niño, cede cuando existen causas de tal gravedad que ameriten otorgar la guarda al padre.----------

--- En el supuesto que nos ocupa, se alegó el padecimiento de la madre del síndrome de alienación parental, el que si bien no ha sido reconocido como enfermedad por la Organización Mundial de la Salud ni por la Asociación Internacional de Psiquiatras, si son reconocidas internacionalmente bajo esta denominación determinadas conductas asumidas por los progenitores, todas ellas enderezadas a evitar el contacto del menor con el progenitor no conviviente. Más allá de carecer de importancia la denominación científica que pudiere corresponder a la conducta asumida por la progenitora, cabe señalar que ha quedado palmariamente demostrado que la misma, sin razón ni fundamento, con sus conductas reiteradas ha intentado por todos los medios evitar el contacto del padre con su hijo. Ello así, atendiendo al informe de la Lic. F. obrante a fs. 218/221 del Expte. 531/2009 en el que expresa que el rol paterno se encuentra movilizado por sentimientos reparatorios y protectores. Afirma también que al momento de la evaluación no se registran indicadores de riesgo del progenitor en la vinculación con su hijo, resultando que la falta de contacto con el mismo en una etapa donde se gesta la imagen del otro como proveedor de cuidado resulta perjudicial para su desarrollo. Por su parte respecto de la madre, señala que ésta descarta toda posibilidad de parentalidad con el Sr. G., y aunque a veces muestra la intención de permitirlo el

coartamiento permanente de cualquier línea de pensamiento que apunte a una solución denota su incapacidad para incluir a un tercero en la relación madre-hijo. La Lic. S. estimó que de los encuentros mantenidos con las partes no se evaluaron indicadores que hicieren suponer riesgos en el contacto paterno-filial o necesidad de supervisión de los mismos sino que por el contrario la Sra. F. se ha apropiado de su hijo (fs. 51 y vta. Expte. 531/ Año 2009). A fs. 130vta/131 del Expte. Penal en la sentencia dictada, se hace referencia al Licenciado C., terapeuta del padre, quien señaló que el vínculo del padre con el hijo es lo que permite que una persona pueda constituirse como sujeto, es decir no ser sicótico. Que los primeros cinco años de vida son fundamentales para la constitución de la personalidad sobre todo de la sexualidad del niño. Y añadió que si bien el padre aceptó las visitas supervisadas para poder ver al niño, no hay elementos de riesgo para el pequeño. Señala que F. inmediatamente le decía papá y le estiraba los brazos. A fs. 131vta. del mismo expediente se detalla la perspectiva brindada por la Licenciada A. V. en cuanto descarta la existencia de un trastorno de personalidad de la Sra. F. en base a su historia terapéutica, aunque reconoce que presenta rasgos paranoides, y coincide con el Lic. C. que la falta de contacto parental no es beneficioso para nadie.------- En tal contexto, la conducta irrazonable de la Sra. F. la llevó a rechazar toda opinión o consejo dirigido a hacerle entender de la conveniencia en permitir la comunicación del menor con su padre, de modo que resultaron infructuosos los diagnósticos de médicos especialistas idóneos en la materia y las decisiones judiciales que intentaron compelerla a cumplir con las normas legales de protección respecto de su hijo como del padre a tener una adecuada comunicación con aquél.---------- Cabe señalar que las normas del derecho positivo son instrumentos prácticos, elaborados, construidos por los hombres para que, mediante su manejo produzcan en la realidad social unos ciertos efectos, precisamente el cumplimiento de los propósitos concebidos que inspiraron la elaboración de tales normas (Recasens Siches, Luis, Introducción al estudio del derecho, México, 1970, Págs. 213 a 215, cit. en “Derecho de Familia Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia “ Nro.15, Ed. Abeledo Perrot - 1999 - Jurisprudencia Nacional, Pág. 212) .---------- No obstante, la Sra. F. ante la insistencia de la jurisdicción para que cumpla con el régimen de comunicación establecido y el dictado de la medida cautelar que otorgaba la custodia un fin de semana a cada progenitor, opta por cambiar de residencia, alterando el “status quo” del menor, alejándolo no sólo de su padre sino de su entorno familiar y social, sin reparar en el daño que le provoca a su hijo, al punto que reconoce que se trasladó a la Ciudad de Carmen de Patagones porque no se le daban garantías en el expediente (ver audiencia fs. refoliado 151). En tal sentido es revelador el testimonio de la Sra. S. al responder a la pregunta de la Asesora Civil de Familia e Incapaces respecto de por qué el niño dejó de ser feliz cuando cumplió los dos años (fs. 292vta. in fine/293), dijo ”… porque el nene ya no estaba en su casa con sus cosas, sus juguetes, su padre, el jardín, sin ver a su papá.

En abril cortaron las visitas asistidas que llevaban dos meses y medio regulares, el bebé sufrió la afectación. Nunca tendría que haber cortado las visitas con su papá…”---------- En efecto, es pacífica la jurisprudencia y doctrina en sostener que ha de evitarse modificar el “status quo” del menor admitiéndose sólo en casos de extrema gravedad. ----- Nuestro máximo Tribunal ha señalado que el “status quo” es una de las circunstancias más importantes a sopesar en las cuestiones de tenencia de menores, ya que se parte de la base de que debe evitarse todo cambio si no existen graves perjuicios o poderosas razones que lo justifiquen, pues en lo posible, se debe tratar de no alterar las condiciones de hecho en las que vive el niño. (Sent. 009/SER/05).----------En el sub-exámine la madre desconoce este principio y prefiere atender a los temores infundados que alimenta y a la tranquilidad que le produce residir en una localidad lejana para que el menor no tenga contacto con su padre haciendo prevalecer su interés personal sobre el interés superior del niño. Esta conducta “in crescendo” asumida por la progenitora, en abierta desobediencia a las medidas cautelares dispuestas por la jurisdicción y en una actitud carente de cooperación y enderezada a adoptar todas las medidas que están a su alcance para evitar el contacto del niño con su padre, son de gravedad tal que ameritan el cambio de custodia a favor de este último.---------- En tal contexto, el "interés superior del niño" consagrado en los arts. 3.1 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño debe ser preferido y amparado por los jueces sobre los demás derechos de los padres y de la familia, al momento de decidir los conflictos que impliquen la tenencia de menores.---------- Siguiendo esta línea de pensamiento en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, realizado en Mendoza en Septiembre de 1999, con motivo de la presunción a favor de la madre que establece el Art. 206 del C. Civil, la Comisión Nro. 4 recomendó que en las legislaciones que prevén la preferencia materna para conferir la guarda de los hijos de corta edad, ésta debe interpretarse como una presunción de conveniencia para el niño que cede ante prueba en contrario.---------- En supuestos similares al presente se ha juzgado: “Los padres habían estipulado la tenencia de la hija a favor del padre. El progenitor entorpecía, por todos los medios, la relación de la niña con su madre y hermano. Este obrar dio lugar a un cambio de tenencia a favor de la madre (in re “Sliwinsky”, Nueva York, 1993, En igual sentido, in re “Carl. J. B.”, 1992), y, “Se modificó el régimen de tenencia compartida y se otorgó la tenencia al padre pues en el expediente se había acreditado que la madre violaba permanentemente las órdenes judiciales …Las visitas a la madre fueron suspendidas por seis meses y el tribunal decidió que la progenitora no podía solicitar la reanudación de su comunicación con los hijos hasta tanto se acreditara que se había sometido a un tratamiento terapéutico (“Jones, vs. Jones” Nueva Cork - 1992, cit. en “Derecho de Familia Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia“ Nro. 9, Ed. Abeledo Perrot -1995,

Jurisprudencia Extranjera, Pág. 194).---------- En efecto, “si de la prueba se evidencia el reiterado incumplimiento del padre a las obligaciones que había contraído y su olvido para con la madre del menor sin justificación alguna corresponde modificar lo acordado por las partes y otorgar la tenencia del menor a su madre. En ciertos casos el incumplimiento del régimen de visitas por la intervención obstruccionista del padre es actitud denotativa suficiente como prueba de la falta de comprensión del delicado papel que está obligado a desempeñar el progenitor. Esa tenencia implica un comportamiento que autoriza a la vez la fijación de límites y pautas de dirección educativa al menor y, al mismo tiempo, el encauzamiento de la relación afectiva entre el niño y el progenitor no tenedor, máxime si el padre modificó temporalmente su domicilio sin comunicarlo a la madre o al Tribunal como hubiera correspondido en una actitud de buena fe." (Autos: B. A. C. J. y otro c/ E. R. A. A. s/ tenencia de hijos - Nº Sent. 46523- -Civil- Sala B - 20/06/1989-Microjuris). ------- Por aplicación de estos principios, nuestros tribunales han dicho que planteada la necesidad de decidir el otorgamiento de la tenencia de los progenitores, debe buscarse aquello que en ese momento particular, les permita a los hijos lograr la mejor orientación o formación posible que los habilite para una preparación para su vida. (Conf. CN Civ., sala G. L. 40.643, "M. P. R. c. V. de M. P. s/ divorcio", del 23/10/89 Microjuris).---------- En consecuencia, cabe concluir que la conducta de la madre en ostensible contraposición con el interés superior del niño habilitan a este Tribunal a conceder la guarda y custodia a su padre.---------- Cabe recordar, que la Corte Suprema Nacional, en relación a la atención del interés superior del niño como condición primordial impuesta por la Convención señaló: “dicha regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualquiera otras circunstancias tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquél interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres.” (S. C. s/ adopción fallo 02-08-05).---------- VI.- 5. En orden a la idoneidad del padre para asumir la custodia del menor no se ve afectada por su asistencia en dos oportunidades al culto de la Secta Santo Daime, ello conforme surge del informe de la Lic. F. obrante a fs. 218/221 del Expte. 531/2009. Las acusaciones de la demandada sobre consumo de drogas, promiscuidad, participación en sectas religiosas y violencia que atribuye al Sr. G., son desvirtuadas por el informe de la citada profesional en el que da cuenta que no se observan en el padre trastornos psiquiátricos o de personalidad graves que puedan implicar situaciones de riesgos para sí o para terceros, ni dificultades en el control impulsivo o riesgo de perversión, y a fs. ref. 146 de los presentes autos el Cuerpo Médico Forense dictaminó que el Sr. G. no evidenció signos clínicos que permitan suponer que esta persona consuma sustancias alucinógenas.----------

--- En tal sentido, no resulta ocioso reiterar el pronunciamiento citado por el juez de grado, emitido por la Corte Europea de Derechos Humanos, de fecha 16/12/03, Palau-Martínez v. Francia" Sup. Const. 2004-Julio p.62, en el cual se estableció que configura un trato discriminatorio respecto de la madre, por ausencia de justificación objetiva y razonable, si se acordó una importancia determinante a la religión de esta última, y la educación de los niños conforme a sus prácticas, no habiéndose efectuado la habitual investigación social de los procesos de guarda, por lo que se falló en forma abstracta y sobre la base de consideraciones generales, sin vincular las condiciones de vida de los niños con su interés real.----------

--- Por otra parte, las conductas de violencia que se atribuyen al Sr. G. en su relación con la Sra. A. responden a una relación ajena a la del presente litigio de modo que no serán objeto de ponderación por este Tribunal. Y en orden a las actuaciones iniciadas por la Sra. F. por conductas de esa naturaleza que atribuye al Sr. G. (Expte. 1068 – Año 2009), no han sido objeto de juzgamiento. Sin perjuicio de ello, aún cuando esta Alzada no justifica la violencia en ninguna de sus formas, la Sra. F. alega violencia verbal, la cual no revestiría una gravedad tal que torne inidóneo al Sr. G. para asumir la custodia y guarda de su hijo, máxime cuando quien la detenta en la actualidad ha asumido conductas similares, violando permanentemente los derechos del padre y su hijo.----------

---------- Cabe resaltar que en fecha 16-09-09, a fs. 153/159, el juez de grado dispuso como medida cautelar otorgar la custodia provisoria del menor a su padre, medida que fue confirmada por esta Alzada a fs. 244/249vta., en razón de la conducta impediente de la Sra. F. dirigida a evitar por todos los medios el contacto del niño con su padre, al punto de modificar la residencia del niño. No obstante, con posterioridad al dictado de la medida cautelar y su confirmación por este Tribunal, la conducta de la progenitora no ha variado sino que por el contrario continúa en la misma tesitura sin intenciones de modificarla, desconociendo los derechos de su hijo.----------

---------- Asimismo, la opinión sin fundamento científico emitida por el Dr. S. en cuanto a la ausencia de daño psicofísico en el menor derivada de la falta de contacto con su padre resulta insuficiente y en este aspecto se estará a los informes del Equipo Técnico Interdisciplinario y Cuerpo Médico Forense transcriptos en párrafos precedentes, de conformidad con el Art. 82 de la Ley III, Nro. 21 (antes Ley 4347).--------

---------- Al respecto, es relevante el testimonio de la Lic. A. M., al que refiere la sentencia del expediente penal (ver fs. 132), al señalar que el padre se presentaba en horario para las visitas de F. y con propuestas lúdicas y que era difícil sacar al niño de los brazos de su padre cuando terminaban los encuentros. A ello cabe agregar que la crisis del modelo de familia patriarcal y la aparición de nuevos modelos de familia, donde existe una transformación de la composición y funciones de cada miembro familiar, ha llevado al padre a realizar tareas que antaño estaban reservadas exclusivamente a la madre, tales como la preparación de alimentos, ayuda en la higiene, en la realización de tareas escolares, llevar y traer al niño al colegio,

acompañarlo en sus actividades deportivas entre otras numerosas, a lo cual cabe agregar el avance de la tecnología que facilitan la realización de las tareas enunciadas, y que lo colocan en igualdad de condiciones respecto de la madre.----------

--- Eminentes psiquiatras especialistas en infancia, han demostrado que lo que el menor necesita no es “una madre”, sino de alguien que lo provea de amor, confianza, protección, cuidado, control y guía. La habilidad de una persona en “anidar” a un niño no depende necesariamente del sexo del progenitor (Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Nro. 11, Ed Abeledo Perrot -1997, Tenencia de los niños menores de cinco años, Pág. 128).----------

---- VII.- De lo reseñado, es evidente e indiscutible la falta de cooperación de la madre en allanar el camino para establecer un régimen de comunicación que se desarrolle en armonía para todos los involucrados y en beneficio del menor. Por su parte, el Sr. G. ha insistido para que sus derechos sean reconocidos a través de diversos procesos, -que cabe aclarar no importan hostigamiento ni persecución a la progenitora-, y no obstante contar con sendos pronunciamientos que le reconocen el derecho a mantener contacto con su hijo, no han sido pasibles de ejecución al punto que hace un año que no mantiene contacto con su hijo. (ver audiencia fs. 699 y vta).---------- En este marco fáctico las denuncias a magistrados, que dice la demandada realizó el Sr. G.ante el Consejo de la Magistratura, configuran el ejercicio de su derecho de peticionar ante las autoridades consagrado en el Art. 14 de la Constitución Nacional, Art. 18, inc. 8 de la Constitución Provincial y Art. 19 de la Ley 4461 modificada por ley 4496, y ello no modifica las conclusiones a las que arribó este Tribunal. ---------- En consecuencia, atento los informes del Equipo Técnico Interdisciplinario y del Cuerpo Médico Forense reseñados, los constantes y permanentes incumplimientos de la madre del menor en el régimen de comunicación con el padre no conviviente, compartiendo las manifestaciones formuladas por el Asesor Civil de Familia e Incapaces al responder a la vista conferida, este Tribunal estima que ha quedado demostrada la existencia de causas de tal gravedad que ameritan la aplicación de la excepción prevista en el último párrafo del Art. 206 del C. Civil, y en consecuencia corresponde revocar el decisorio de fs 622/631 y otorgar la guarda del menor F. D. A. G. F. a su padre F. A. G., e imponer a ambos progenitores tratamiento terapéutico, bajo la modalidad y periodicidad que los especialistas en la materia aconsejen, ello con la finalidad de conseguir una relación armoniosa entre ambos respecto de su hijo que en definitiva redundará en beneficio de este último. ----------

--- Ello así, en razón de que las garantías y derechos consagrados en la Constitución Nacional y tratados internacionales no son programáticos sino operativos, resultando de aplicación al caso los arts. 7, 8, 9, y 18 de la CDN, arts. 7 y 11 de la Ley 26061, arts. 206 segundo párrafo, 264 y siguientes del C. Civil, Art. 27 de la Constitución Provincial, arts. 13, 14 y 58 de la Ley III, Nro. 21 (antes Ley 4347). ----------

---- Ha señalado la Lic. Fernández a fs. 218/221 del Expte. 531- Año 2009, que “Es

importante destacar que el sostenimiento del presente conflicto a largo plazo impactará, sin lugar a dudas, de manera seria en el desarrollo saludable del niño". Entonces, ambos padres deben proseguir la convivencia con su hijo, en la medida y con las posibilidades que ambos progenitores facilitarán. Ambos deben crecer. El hijo es una persona valiosa y no propiedad de nadie. Facilitemos su crecimiento con amor y respeto (Conf. "La tenencia de los hijos desde el enfoque de la justicia terapéutica". Teresa Regina Quintana).----------

--- A tal fin se encomendará al magistrado de primera instancia que arbitre los medios necesarios para el cumplimiento de lo resuelto en este pronunciamiento, con intervención del Servicio de Protección de Derechos para que con la intervención de sus profesionales guíe al Sr. G. en la tarea de revinculación paterno-filial. Asimismo deberá disponer un régimen de visitas a favor de la madre previa intervención del equipo técnico interdisciplinario a fin de evaluar la modalidad y periodicidad más conveniente para este caso en particular.----------

--- Costas: Con motivo de la revocatoria del decisorio de primera instancia que se propicia corresponde adecuar las costas y honorarios conforme lo previsto por el Art. 282, Anexo "A", Ley XIII, Nro. 5 (antes Art. 279 del C. P. C. C) y Art. 98 Ley III, Nro. 21, (antes Ley 4347). En consecuencia, por aplicación del principio objetivo de la derrota las costas devengadas en la primera instancia se imponen a la demandada. Asimismo atento el pronunciamiento al que se arriba en esta instancia por idéntico fundamento legal, las costas se imponen a la demandada (Art. 69, Anexo "A", Ley XIII, Nro. 5, antes Art. 68 C. P. C. C. y Art. 98 Ley III, Nro. 21 antes Ley 4347).----------

------- A los fines de la adecuación de la regulación de honorarios de primera instancia, se tendrá en cuenta que el proceso carece de contenido patrimonial y que se encuadró en las normas legales que regulan el trámite para los incidentes, no obstante la naturaleza y complejidad del asunto, en mérito a la extensión, calidad y eficacia de la labor desarrollada y al resultado obtenido, se regularán los honorarios de los letrados intervinientes en la suma de $ 1.800.- para el letrado apoderado del actor y $ 1.350.- para el letrado apoderado de la demandada (Arts. 5, 8, 29, primer párrafo, 32 y conc. de la Ley XIII, Nro. 4, antes arts. 6, 9, 30 primer párrafo y 33 de la Ley 2200).----------

--- En relación a los honorarios por la actuación de los letrados en esta instancia, en mérito a la extensión, eficacia y resultado obtenido, se regulan los honorarios del letrado apoderado del actor en el 35% de los que se le regulan para la primera instancia, y al letrado apoderado de la demandada en el 25% de los que se le regulan para la primera instancia (arts. 13 y conc. de la Ley XIII, Nro. 4 antes arts. 14 y conc. de la Ley 2200 y sus modificatorias).----------

--- En su mérito la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE:** ----------

--- I. REVOCAR el decisorio de fs. 622/631, para otorgar la guarda y custodia del menor F. D. A. G. F., D. N. I. **.***.5***, a su padre F. A. G., D. N. I. **.***.***.----------

---------- II. IMPONER a ambos progenitores un tratamiento terapéutico, bajo la modalidad y periodicidad que los especialistas en la materia aconsejen.----------

--- III. ENCOMENDAR al magistrado de primera instancia que arbitre los medios necesarios para dar cumplimiento a lo resuelto en el punto I de este pronunciamiento, con intervención del Servicio de Protección de Derechos para que con la intervención de sus profesionales guíe al Sr. G. en la tarea de revinculación paterno-filial. Asimismo deberá disponer un régimen de visitas a favor de la madre previa intervención del equipo técnico interdisciplinario a fin de evaluar la modalidad y periodicidad más conveniente para este caso en particular.----------

--- IV. ADECUAR las costas de primera instancia imponiéndoselas a la demandada (Art. 69, Anexo “A”, Ley XIII, Nro. 5, antes Art. 68 C. P. C. C. Art. 98 Ley III, Nro. 21 antes Ley 4347)----------

--------- V. IMPONER las costas ante la Alzada a la demandada (Art. 69, Anexo “A”, Ley XIII, Nro. 5, antes Art. 68 C. P. C. C. Art. 98 Ley III, Nro. 21 antes Ley 4347). ----------

---------- VI. ADECUAR los honorarios regulados en primera instancia, en mérito a la extensión calidad y eficacia de la labor desarrollada y al resultado obtenido, del Dr. R. N., apoderado de la actora, en la suma de $ 1.800.- y los del Dr. R. F., en la suma de $ 1.350.- (Arts. 5, 8, 29, primer párrafo, 32 y conc. de la Ley XIII, Nro. 4, antes arts. 6, 9, 30 primer párrafo y 33 de la Ley 2200).

---------- VII. REGULAR los honorarios por la actuación en segunda instancia, en mérito a la extensión calidad y eficacia de la labor desarrollada y al resultado obtenido, del Dr. R. N., apoderado de la actora, en un 35% de los que a su favor se le regulan para la instancia anterior, y los del Dr. R. F., en el 25% de los que a su favor se le regulan en la instancia anterior (Arts. 13 y conc. de la Ley XIII, Nro. 4 antes arts. 14 y conc. de la ley 2200 y su modificatorias).----------

--- VIII.- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (Art. 8 Ley V – N º 17, antes Art. 9 Ley 1130, to. Ley 4550).----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

REGISTRADA BAJO EL NUMERO____028___ DEL 2010. SIF – CONSTE.

cg

VILMA NOEMI BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA