000248/2009

--- En la ciudad de Trelew, a los días de agosto del año dos mil nueve, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Dante Ferrari y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Marcelo J. López Mesa, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“P., J. A. s/ Guarda judicial” (Expte. 248 - Año 2009 CANE)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 34.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, dijo el Dr. Ferrari: ----------

----I. A fs. 10 la Sra. J. A. P. inició demanda solicitando se la designe guardadora de la menor G. N. M. D.N.I. N° **********, con el correspondiente consentimiento por parte de su progenitora la Sra. M. I. M., D.N.I. N° **********. A fs. 12 contesta vista la Asesora de Familia e Incapaces considerando correspondería hacer lugar a lo peticionado por la actora, decretándose la guarda judicial, fundando en derecho (arts. 3 y 6 de la Convención de los Derechos del Niño y arts. 3,4,6 y concs.de la Ley 4347).----------

----II. A fs. 14 y 14/vta. obra en autos sentencia definitiva de primera instancia mediante la cual se rechaza la demanda intentada por la Sra. J. A. P. respecto la solicitud de Guarda Judicial de su nieta G. N. M..---------- III. A Fs. 15 se interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva de fs.14, y a fs. 16 La juez de grado concede libremente el recurso de apelación interpuesto.--------- IV. Expresa la representación letrada de la apelante que resulta agraviante a su parte la resolución dictada por la jueza de grado mediante la cual rechaza la demanda intentada por la Sra. J. A. P. respecto la solicitud de Guarda Judicial de su nieta G. N. M., toda vez que en sus considerandos, yerra el encuadre jurídico fundando la sentencia en la tutela del art. 377, sgtes. y conc. del Código de rito, cuando en realidad la tutela oportunamente discernida, tuvo como fundamento el art. 264 bis del mismo cuerpo legal.---------- Señala que que la actora fue designada tutora de la menor, tal y como surge de la copia certificada del testimonio de tutela, acompañada en autos a Fs. 8.Que dicha tutela fue discernida en virtud del art. 264 bis del Código Civil, norma que sienta el principio de que un menor de edad no emancipado es un incapaz, por ende no podría ejercer la patria potestad de su propio hijo. También es cierto –agrega– que dicha norma consagra el principio protectorio al núcleo familiar conviviente del menor, otorgándole prioridad a los abuelos convivientes con los menores, razón por la cual hace subsistir la tutela aún cuando el progenitor no conviviente adquiera la mayoría de edad o se emancipe. Empero –expresa– este supuesto no se corresponde con el caso de marras, toda vez que la menor no posee filiación paterna, por lo que no existe razón para hacer subsistir una tutela, devenida en abstracta, toda vez que la progenitora adquirió la mayoría de edad, circunstancia que fuera acreditada mediante la

documental que obra en autos.--------- ----------

----A continuación puntualiza que de la documental acompañada en el libelo de inicio se desprende que la progenitora de G. N. M., adquirió la mayoría de edad el día 08 de septiembre del año 2007, asumiendo de esta manera de pleno derecho el ejercicio de la patria potestad, extinguiéndose *ipso iure* la tutela que le fuera discernida a la Sra. P., en virtud del art. 264 bis del Código Civil. La resolución dictada le causa así un gravamen irreparable, privando a la menor de la protección de derechos fundamentales de raigambre constitucional, tales como el derecho a la salud, toda vez que la cobertura social que la Sra. P., podría otorgarle a la menor por encontrarse desempeñándose laboralmente para la E. A. S.A (acreditado mediante documental acompañada), no resulta posible, por no contar con la guarda judicial de la misma.----------

---------- Expresa luego que causa un gravamen irreparable el no poder percibir las correspondientes asignaciones familiares, toda vez que la ANSES le niega el pago de las mismas, por no contar con la guarda judicial solicitada en los autos traídos en apelación.----------

----

----Como corolario de lo expuesto, la recurrente entiende que la decisión del *a quo* rechazando la guarda judicial solicitada, se contrapone, no solo contra la opinión favorable que la Asesora de Familia e Incapaces manifestara en su escrito de fs. 12, sino también contra todo el cuerpo normativo que protege específicamente a los menores, como la Convención de los Derechos del Niño arts. 3 y 6, Ley 26061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, arts. 3, 4 y 6 de la Ley Provincial 4347. Por todo lo expuesto peticiona se ordene la revocatoria de la sentencia dictada.----

--- V. A fs. 29 obra el dictamen de la Asesora de familia e Incapaces *ad hoc* evacuando la vista corrida en esta instancia. Reiterando lo ya opinado a fs. 12, la Asesora considera que puede hacerse lugar a lo solicitado por la parte actora.--------- ----------

----VI. Considero que le asiste razón a la parte recurrente en su queja. En situaciones análogas se ha seguido un criterio de amplitud, siempre atendiendo a los intereses del menor involucrado. Así, por caso, a los fines de la aplicación del art. 22 de la ley 24.714 en cuanto dispone que: “A los fines de otorgar las asignaciones por hijo, hijo con discapacidad y ayuda escolar anual, serán considerados como hijos los menores o personas con discapacidad cuya guarda, tenencia o tutela haya sido acordada al trabajador por autoridad judicial o administrativa competente” se ha efectuado una interpretación amplia para el otorgamiento de estos beneficios.----------

--- Al respecto, hallándose probada la guarda actual, se ha tenido en mira el concepto de inmediación de la abuela con sus nietos, convivencia que se traduce en la diaria atención de sus necesidades básicas, que sin esa colaboración no podría lograrse. En este sentido la Convención de los Derechos del Niño en sus arts. 3°, 4°, 5°, 27, 28, 29, siguientes y concordantes, destacan en síntesis que todas las medidas concernientes a los niños, se tendrá una consideración especial en el interés superior, que se concreta

en la atención y cuidados necesarios para su bienestar , teniendo en cuenta no solo los deberes de sus padres, sino también de los tutores u otras personas responsables de los mismos, extensiva a la familia ampliada. Las normas operativas de la Convención, tienen jerarquía constitucional conforme art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, por lo que se imponen y deben ser rectoras en la interpretación de las leyes (conf. Cámara de Apelaciones en Familia y Sucesiones de Tucumán, sala II - 08/11/2004 – autos: S. de Ch., R. V. - LLNOA 2006 (abril), 348). Este criterio, que comparto, resulta plenamente aplicable a la especie, por lo que propondré revocar el fallo apelado a fin de hacer lugar a la petición incoada.----------

--- VIII. Por otra parte, no puede dejar de atenderse a las circunstancias del caso, de las que se desprende que la madre de la menor ha consentido hasta hoy la guarda judicial oportunamente concedida a la abuela, en un contexto de convivencia con los abuelos (conf. informe del ETI de fs. 8/10 de los autos agregados por cuerda – “P., J. A. S/ Tutela” - Expte. 593-112-2000), por lo que se no se aprecian motivos para denegar la petición incoada. Este género de situaciones ha motivado interesantes precedentes, habiéndose decidido, por ejemplo que "Cabe revocar la sentencia que rechazó la acción de guarda de dos menores en favor de su abuelo, dado que surge acreditado que tanto éste como su esposa les brindan desde siempre asistencia de distinta índole, que la madre de los niños prestó su conformidad a que sus hijos estén a cargo de su padre y que todos viven en el mismo domicilio y subsisten gracias a lo que percibe el accionante, todo lo cual evidencia la existencia de una situación de hecho preexistente dada la cual la progenitora seguirá ejerciendo y cumpliendo los derechos y deberes que se desprenden de la patria potestad y los menores no sufrirán cambios que les produzcan mortificación de ningún tipo." (C.Ap.C.Com. y Laboral de Goya, LLLitoral 2006-1057). En sentido concordante: "Cabe conceder la apelación interpuesta contra la sentencia que rechazó in limine el pedido de guarda judicial solicitado por la abuela del menor, ya que, no se ha manifestado argumento alguno para declarar su inadmisibilidad, siendo que ante una situación de hecho de un menor que requiere regularización no puede el sentenciante rechazarla por no estar el caso previsto en la ley, pues ello denota un apartamiento notorio del interés superior del niño -conforme art.3° de la Convención de los Derechos del Niño- (Adla, L-D, 3693)." (C.C.Com. Laboral y de Paz Letrada de Goya, LLLitoral 2006-1313 – id. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, autos: S., S. I. -11/09/2007 - La Ley Online).-----

--- IX. **Conclusiones:** ----------

----A mérito de lo expuesto, propongo hacer lugar al recurso de apelación interpuesto, y en consecuencia, haciendo lugar a lo peticionado, revocar el fallo apelado y otorgar la guarda de la menor G. N. M., DNI. N° **********, en la persona de su abuela materna J. A. P., D.N.I. **********, con las formalidades de ley. Sin costas.----------

---

----Voto entonces a esta cuestión por la NEGATIVA.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Sr. Juez de Cámara Doctor Marcelo López Mesa expresó:----------

--- Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el distinguido colega de primer voto, motivo por el cual no abundaré en ellas, dando por reproducidos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Ferrari. Me concretaré, para el sustento individual de mi voto, a analizar el tópico traído a revisión de esta Sala.----

--- Ingresando al abordaje de la cuestión traida, anticipo que encuentro razón en el planteo de la recurrente. Analizada tal cuestión, encuentro que su abordaje en la instancia de grado es más teórico de lo aceptable.----------

--- Y nunca debe olvidarse que no estamos aquí fallando abstracciones sino realidades concretas, que afectan decisivamente la vida de los involucrados y frente a las cuales hay que ser muy prudente.----------

--- Y bien han enfatizado dos profesores franceses que las soluciones que se tomen en derecho de familia no es conveniente que ignoren la articulación del Código Civil con las necesidades de asistencia de los menores (Claire GEFFROY - Danielle DESGUE, «Ladoption plénière dun pupille de lEtat prononcée par le tribunal en cas de refus abusif de consentement du conseil de famille des pupilles», en Recueil Dalloz 1995, sec. Jurisprudence, p. 113).----------

--- En el caso que nos convoca, denegar la pretensión de la actora implica dejar a la menor sin atención de su salud. Es algo muy concreto y no puede admitirse que ello sea objeto de elaboraciones abstractas, huérfanas de casuismo y lindantes con la entelequia.----------

--- Similares pretensiones a las de la actora de autos han sido favorablemente acogidas por los tribunales nacionales y así se ha decidido que la abuela del menor a quien se ha otorgado la guarda judicial de aquél, "sin desmedro de los atributos de la patria potestad que corresponden a la madre del menor, también menor de edad", está facultada para requerir que se lo incorpore en la cobertura de la obra social a la que está afiliada (C. Civ. y Com. San Nicolás, 19/9/96, “M., L.”, JA 1997-III-560).----------

--- La situación que se da en el caso de autos es la conocida como triángulo afectivo, esto es, existe una relación de patria potestad de la madre con la menor, que no se altera, y se establece otra relación de la niña con la abuela, especialmente a los efectos tutelares de las necesidades de la menor, que no interfiere con aquella. Este triángulo es idóneo en el caso concreto para preservar el interés superior del niño, que ampara la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 3 de la Ley 26061, interés que puede alcanzarse mediante la concreta realización del denominado triángulo adoptivo-afectivo (en similar sentido, aunque con algunos matices diferentes, vid el caso fallado por la Corte Sup., el 13/3/07, in re “A., F.”, en JA 2007-III-48). ----------

--- En casos como el que nos ocupa, el "interés superior del niño" es la pauta hermenéutica constitucional y principio rector para la solución de los derechos en pugna, el que deberá ser determinado en lo que hace a su contenido en cada caso

concreto (Corte Sup., 17/4/07, “Antinao, Celia c. D. C., M. A. - D., G. N.”, DJ 2007-2, 548, y en LÓPEZ MESA, Marcelo, “Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia”, Edit. Lexis Nexis SA, Buenos Aires, 2008, t. V, pp. 1097/1098, voto en disidencia del doctor Fayt).----------

--- La necesidad de una "protección especial" enunciada en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3°, brindan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio (Corte Sup., 28/8/2007, “S., L. E. c. Diario El Sol”, LL 27/9/2007, p. 5, dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hizo suyo). ----------

--- El primordial interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño —art. 3.1.— impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a la infancia estriba en satisfacer las necesidades de aquél del mejor modo posible para la formación de su personalidad (Corte Sup., 17/4/2007, “Antinao, Celia c. D. C., M. A. - D., G. N.”, DJ 2007-2, 548 y en LÓPEZ MESA, Marcelo, “Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia”, cit, t. V, p. 1098, voto en disidencia del doctor Fayt). ------

--- Nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente “inspirar” las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades” (Cilero Bruñol, Miguel: El interés del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en AA. VV. “Infancia, Ley y Democracia en América Latina”, p. 77 y C. Nac. Casación Penal, Sala 3ª, 11/12/2007, “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/recurso de casación” (causa n° 7537), registrada al Nro. 1749/07, publicada en LÓPEZ MESA, Marcelo, “Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia”, Edit. Lexis Nexis SA, Buenos Aires, 2008, t. V, pp. 1098/1099, voto de la Dra. Angela Ester Ledesma, al que adhirieron los Dres. Tragant y Righi).----------

--- Estas pautas interpretativas, aplicadas al caso que nos ocupa, llevan a entender que lo fundamental es la preservación del interés superior de la niña cuya guarda solicita su abuela, la que de concederse asegurará la satisfacción de las necesidades de la menor, actualmente cubiertas precariamente, o de hecho.----------

--- En el caso que nos ocupa, se encuentra acreditada la guarda actual de la menor por su abuela, así como la inmediación de la abuela con sus nietos, traduciéndose la convivencia con ellos en la atención diaria de las necesidades básicas de la menor, la que requiere de la colaboración de la abuela, dada la situación de su madre. Asimismo, la cobertura de salud de la menor estaría asegurada con la concesión de la guarda, lo que constituye otro motivo que demuestra la conveniencia de concederla, dado que la

medida satisface las garantías que la Convención de los Derechos del Niño en sus arts. 3°, 4°, 5°, 27, 28, 29 contempla. ----------

--- En cuanto a la madre de la menor, lejos de resistirse a ella ha consentido hasta hoy la guarda judicial oportunamente concedida a la abuela, lo que surge acreditado del informe glosado a fs. 8/10 de los autos apiolados (caratulados “P., J. A. S/ Tutela” - Expte. 593-112-2000). ----------

--- Lo anteriormente expuesto muestra a las claras que no se evidencian motivos de peso para rechazar la pretensión contenida en la demanda. ----------

--- Todo lo anteriormente expuesto, convence de la pertinencia de acoger el recurso de apelación promovido, y, en consecuencia, revocar el fallo recurrido, para dar paso al acogimiento de la pretensión actora contenida en la demanda y otorgar la guarda de la menor G. N. M., DNI. N° **********, a su abuela materna, Doña J. A. P., D.N.I. **********. Sin costas ni determinaciones curiales, en razón de litigar los adoptantes recurrentes con asistencia oficial. ---------- ----------

--- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO POR LA NEGATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN,** el Dr. Ferrari expresó: ----------

----En vista del acuerdo arribado precedentemente, corresponderá por tanto: I) REVOCAR el fallo apelado y en consecuencia, otorgar la guarda de la menor G. N. M., DNI. N° **********, en la persona de su abuela materna J. A. P., D.N.I. **********, con las formalidades de ley. II) Sin costas.---------- Así lo voto.----------

---

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Sr. Juez de Cámara Doctor Marcelo López Mesa expresó: ---------- ----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Ferrari en su voto a esta cuestión. ----------

----Tal mi voto.----------

----Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por licencia del Dr. Carlos A. Velazquez (art. 8 Ley 1130, To. Ley 4550).---------- ----------

----Trelew, de agosto de 2009.----------

----En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ---------- ---------

----REVOCAR el fallo apelado y en consecuencia, otorgar la guarda de la menor G. N. M., DNI. N° **********, en la persona de su abuela materna J. A. P., D.N.I. **********, con las formalidades de ley. ----------

----SIN COSTAS.---------- -

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

----REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.009 – SDC.- Conste.- ----------

PAULO EDUARDO KÔNIG
SECRETARIO DE CAMARA