Puerto Madryn, de Julio de 2010.

VISTOS:

Estos autos caratulados **"A. N. s/ Guarda Judicial"** Expte. N° 05 Año 2010 provenientes del Juzgado de Familia N° 2 que llegan a esta Cámara para resolver la apelación deducida por la Abogada Adjunta de la Defensoría Pública Civil en representación del actor y la Sra. Asesora de Familia e Incapaces, en su carácter de representante promiscuo de la joven E. M. M. C..

CONSIDERANDO:

1. Apelaron el actor y la representante de la Asesoría de Familia e Incapaces, la Sentencia Definitiva dictada en los presentes autos a fs. 29/32, registrada bajo el Nº 39/2010.

Se agravia el actor, en el grave perjuicio que le ocasiona a la joven el que no se le haya otorgado a éste la guarda judicial. Refiere que la acción entablada en autos es a fin de encuadrar en el marco jurídico una guarda de hecho que se viene sosteniendo en el tiempo. Hace mención que el haber sido rechazada su pretensión por la jueza de primera instancia, implica dejar a la menor sin atención de su salud. Menciona doctrina y jurisprudencia.

Por su parte la Sra. Asesora de Familia refiere que la sentenciante de grado aplica e interpreta erróneamente el derecho en perjuicio de su asistida. Hace mención a la Ley 24.714, y a sus alcances. Asimismo hace referencia a que la a quo no tiene en cuenta la realidad social imperante, el costo actual de la canasta familiar, rechazando con livianos argumentos la legítima pretensión del actor. Considera que la magistrada hace una errónea interpretación del régimen vigente, colocando a M. en una situación desventajosa. Cita doctrina y jurisprudencia al respecto.

2. Previo a dar comienzo al análisis de los agravios planteados, esta Cámara al igual que en los autos caratulados "L. G. R. s/ Guarda Judicial", Expte. 16/2010 y citando lo allí expresado quiere señalar cuestiones de índole netamente procesal.

La jueza de grado a fs. 14 en la providencia inicial, le imprime el trámite de proceso sumario, el cual se regirá de conformidad al Art. 122 Ley III Nº 21. Creemos errado tal encuadramiento debido a que el mencionado artículo expresa: "El proceso sumario se aplicará a las cuestiones previstas en los incisos h), i), j) y k) del artículo 87 de la presente ley". Dichos incisos se refieren, el h) a la Suspensión, privación, restitución de la patria potestad y toda cuestión relativa a su ejercicio; el i) a la Custodia de menores de edad y régimen de comunicación de los mismos con su familia; el j) a las acciones relativas a la asistencia alimentaria y el k) a la designación, suspensión y remoción del tutor y toda cuestión referente a la tutela.

Entendemos que la "guarda judicial" no entra en ninguno de estos supuestos, en primer lugar porque ninguno de los incisos la enumera, y en segundo lugar porque el trámite del proceso sumario comprende una serie de elementos y circunstancias que no se dan en este tipo de procesos. No existe contraparte, ni objeto litigioso, entre otras cuestiones.

"En los procesos de conocimiento, el conflicto se resuelve definitivamente mediante una sentencia que pasa en autoridad de cosa juzgada material y resulta por ello inmutable...". "... los procesos de conocimiento tienen en común que en ellos, en principio, se debaten todas las cuestiones vinculadas con el conflicto que originó la intervención judicial..." (Roland Arazi, "Derecho Procesal Civil y Comercial", Tomo I, Rubinzal Culzoni, 2004, pág. 271).

Consideramos que el trámite que se le debe dar a este tipo de cuestiones es el de los "Procesos Voluntarios" y dentro de éste el de "Información

Sumaria", debiendo el magistrado dictar Sentencia Interlocutoria y no definitiva como se viene dando en la práctica.

"El proceso es de jurisdicción voluntaria cuando no existe un conflicto de intereses y se trata de integrar la personalidad de un sujeto, o un acto jurídico, mediante la intervención y decisión del juez. E intuyo que el ´voluntarismo´ incluido en la denominación podrá encontrarse en que se trata, por regla, de actos de integración de la voluntad mediante el concurso del órgano jurisdiccional". "... debemos decir que el proceso es voluntario cuando no existe controversia en el campo de su desarrollo, no hay una parte contraria con quien litigar, con quien establecer un juicio, y esto justamente porque se trata de un proceso que puede ser contencioso o voluntario." (Enrique M. Falcón, "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Tomo VI, Procesos Voluntarios, Especiales (De conocimiento y Ejecución) y Colectivos, Ed. Rubinzal Culzoni, Año 2007, pág. 15).

3. Dicho esto corresponde avocarse al tratamiento de los agravios, citando nuevamente el criterio que se ha fijado en los autos ut supra mencionados.

La jueza de a quo a fs. 29/32 refiere en los considerandos de su sentencia que la guarda con fines asistenciales no tiene encuadre legal en nuestro dispositivo normativo, pero que la jurisprudencia ha entendido que la misma resulta admitida, y así ha sido su criterio. Que con la entrada en vigencia del Decreto Nacional 1602/2009 ref. normativa Ley 24.714, entre otras, se habilita a los progenitores, a pesar de desconocerse la situación de estos para que perciban las asignaciones de los menores conforme el decreto indicado "Asignación Universal por Hijo para Protección Social". Reseña que existiendo la posibilidad de que los progenitores puedan percibir una asignación por hijo y que el tío de la niña pueda incorporar a convivientes en su obra social, ello justifica que deba acreditarse la

imposibilidad de brindarle a la niña dichos beneficios, debiéndose cumplir para ello los procedimientos establecidos, para así poder encuadrar y contemplar lo pretendido.

Creemos cierto lo referido por la a quo en relación a "que la guarda es la primera obligación que surge para los padres en el ejercicio de la patria potestad, derecho - deber que a veces puede ser delegado por los padres a un tercero, sin derecho de representación, que lo convierte en custodio de un menor para darle asistencia integral y proveer a la formación y educación de la persona". Así lo ha dicho la jurisprudencia "Existen distintos tipos de guarda según quien la ejerza y la forma de otorgamiento. Así la que ejercen naturalmente los padres es la guarda originaria derivada de la relación paterno – filial y permite el ejercicio de las funciones paternas. Pero también esa guarda puede desmembrarse ante situaciones especiales y recaer en una persona que tiene a su cargo la protección y asistencia del menor, más no su representante legal" (Conf. "Derecho Argentino de Familia, Legis, 2009, p. 396, punto 2006 citando Fallo: C.A. Civ. Com., Dolores 09-09-2008, "L.N s/ Protección y Guarda"). Y es lo que en este caso en particular ha ocurrido, según lo que se ha podido constatar del informe del ETI de fs. 15/16 y de las audiencias recepcionadas en la sede de esta Cámara que se encuentran a fs. 61/63.

Del informe de Equipo Técnico y de las audiencias se desprende que M. se encuentra viviendo con sus tíos desde muy corta edad, situación elegida por la joven y avalada por su madre y tíos; como así también que han sido y son estos últimos quienes se encargan de su educación, formación y sostenimiento económico, brindándole el trato de "hija" (sic audiencias fs. 62 y 63).

La nueva visión del reconocimiento internacional de los Derechos Humanos influyó decisivamente en la conceptualización jurídica de la familia tradicional y en el reconocimiento de las nuevas formas familiares.

“El impacto de los DD.HH. en las relaciones familiares se observa a partir de la visión de la persona como eje de protección y no de la institución de la familia en sí. Con este giro, la “familia” no es el centro de la protección legislativa sino que es la “persona”, en sus diversas relaciones familiares, la que debe contemplarse en la tutela.” “...estamos obligados a considerar los esquemas de regulación de los DD.HH. en las relaciones familiares, buceando en el rol jurídico de la intimidad personal, en la intervención del Estado y su medida, en el criterio de autoridad, en la existencia y contenido de la solidaridad familiar, en el rol de la autonomía de la voluntad, entre muchos aspectos.” “En esta línea de pensamiento, el derecho de familia debe ajustarse a la realidad social y amoldarse al cambio social operado, en tanto no puede desconocer que la familia no es un sujeto jurídico, sino que la familia es el seno, el importante ámbito de desarrollo del proyecto vital de la persona humana y, por ende, de la materialización de los derechos humanos de cada uno de sus integrantes.”(Nora Lloveras – Marcelo Salomón “El Derecho de Familia, Editorial Universidad, pág. 41/42 y 45).

La búsqueda de la efectiva materialización de los derechos humanos lleva a la evolución del Derecho de Familia a la perspectiva constitucional; por tal motivo ésta Cámara entiende que el basamento para otorgar o no la guarda judicial de un menor a un familiar conviviente, no tiene que encontrase circunscripto a normas rígidas, y que más allá de las obligaciones que los progenitores tienen respecto de sus hijos, las cuales deben cumplir, existen casos, en que debe estarse más allá de lo reglado y velar por el interés superior de los mismos, utilizando un criterio amplio de interpretación de las normas y aplicando los tratados internacionales para así poder tutelar la integridad de las personas. “El Derecho Constitucional de Familia, entonces, conlleva la necesidad de contrastar o compatibilizar armónicamente las regulaciones legales de segundo grado con los derechos,

valores y principios que emanan de la carta magna como "conjunto normativo"... (Ob. cit. Nora Lloveras – Marcelo Salomón, pág. 49).

La jueza de a quo en su sentencia refiere que "se encuentra atendida la situación de la niña C. a partir del dictado del Decreto Nacional 1602/09". Por otro lado en relación a la cobertura de la obra social expresa: "Con respecto al beneficio para la cobertura de la obra social, resulta inadmisible la petición de una guarda para tales fines, es que mas allá de las reparticiones públicas y gratuitas que brindan dicha asistencia, podría intentarse la posibilidad, al estar el Sr. A. afiliado a una obra social (fs. 10) de cubrir dicha asistencia para su sobrina.... ". Es claro que la Magistrada al expresarse de esa forma no está teniendo en cuenta el "interés superior del niño", ya que si bien existen reparticiones públicas y gratuitas que pueden brindar el servicio en caso que la obra social del Sr. A. le niegue cobertura, no es la mejor opción, máxime cuando existe la posibilidad de tener un mejor servicio.

La ley 23.660 de Obras Sociales establece en su art. 9 que también asumen calidad de beneficiarios los integrantes del grupo "familiar primario", esto es "los hijos del cónyuge" y "las personas que convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar" (incs. a) y b). La acreditación está sujeta a la reglamentación particular, según lo dispuesto por el art. 1608/2004 y la Resolución Nº 81/95 – INOS. En ese orden, y conforme lo establece expresamente el "Manual del Beneficiario de Obras Sociales" -de la Superintendencia de Servicios de la Nación, en tanto autoridad de aplicación del sistema- se exige para acreditar esa situación, en lo que interesa al presente caso, probar el vínculo de parentesco y la guarda o tutela otorgada por autoridad administrativa o judicial (ps. 18-19, cons. http://www.ssalud.gov.ar).

Por otra parte, la Asignación Universal por hijo para Protección Social está destinada a grupos familiares que no pueden acceder al Régimen de

Asignaciones Familiares previsto en el art. 1 inc. a) y b) de la Ley 24.714. Si bien la madre de la niña se encuentra en condiciones de percibir la Asignación Universal por hijo, que sea el Sr. A. quién perciba la asignación como trabajador en actividad, redundará en mayor beneficio económico para la joven, toda vez que el monto a cobrar por este último concepto es considerablemente más alto que lo abonado por el primero.

El art. 3 de la CDN dispone que en todas las medidas concernientes a los niños que adopten las instituciones públicas, privadas, los tribunales, los órganos legislativos o las autoridades administrativas, deberá atenderse primordialmente el interés superior de los NNA. "Este interés del niño es de difícil determinación, de tal modo que se cita en un sentido y en otro, para resolver conflictos análogos con soluciones diametralmente distintas." "Tenemos la convicción, especialmente en función del derecho constitucional, de que se debe asignar una doble visión al "interés superior de los NNA": la conceptualización más precisa posible sobre el contenido del interés superior del niño y la búsqueda real y efectiva de la implementación práctica de tal interés, es decir, de lograr el "cómo" se realiza el "interés superior del niño" (Nora Lloveras – Marcelo Salomón, ob. ya citada, pág. 120).

Es en esa búsqueda, de lograr una real y efectiva implementación práctica del interés superior del niño, que debe otorgarse la guarda judicial.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, no debe dejarse de resaltar que el presente caso tiene una singularidad, y es que M. desde muy pequeña vive junto a sus tíos, quienes le brindan el trato de hija, compartiendo cada momento y vivencia de la joven, necesitando en algunas oportunidades una constancia que acredite la guarda de hecho existente.

Aquí el otorgamiento de la guarda se da en respuesta a una realidad que hoy vive esa familia, siendo esa guarda "delegada" por vía jurisdiccional para brindar a la joven una asistencia integral, proteccional y formativa. Lo

que ello no significa el desmembramiento de la patria potestad, sino el poder darle a la joven una mejor calidad de vida.

La Sra. B. F. C., progenitora de M., continuará conservando los derechos y obligaciones que le son propios de la función que tiene por poseer la patria potestad de la misma, conforme lo prescriben los arts. 264 y subsiguientes del Código Civil. El autorizar que su hija viva con sus tíos es una facultad que le brinda el art. 275 del Código Civil al referir: "Los hijos menores no pueden dejar la casa de sus progenitores, **o aquella que éstos les hubiesen asignado**, sin licencia de sus padres..."

Analizando las constancias de autos se desprende que se encuentran acreditados los extremos necesarios para que esta guarda prospere. Así, certificados de nacimiento de la niña (fs. 08 el cual certifica el vínculo con su progenitora), certificado de nacimiento de la madre de M. y su tía (fs. 03 y 06) certificado de matrimonio del Sr. A. y la tía de la joven (fs. 04), información sumaria (fs. 09) de la cual surge que M. se encuentra a exclusivo cargo del Sr. A., recibo de sueldo del mismo (fs. 10), informe del ETI en el cual se constata la convivencia de M. con sus tíos (fs. 15/16), y audiencias celebradas con la menor, la madre y la tía de las que se pudo concluir la necesidad de transformar una situación de hecho, a una situación jurídicamente protegida.

En consecuencia, teniendo en cuenta la provisoriedad que caracteriza las resoluciones que recaen en cuestiones de familia y con el dictamen favorable de la Asesoría de Familia e Incapaces, corresponde hacer lugar a los agravios de los apelantes, revocando la Sentencia Definitiva de fs. 29/32 y otorgar la guarda de la joven al Sr. A., mientras perdure la situación fáctica que se encuentran viviendo.

Cabe resaltar que esta Cámara tiene presente lo solicitado por la Asesoría de Familia respecto a que la guarda judicial debería otorgarse a ambos tíos de la menor, y no sólo al Sr. A.. Ello por el rol que ambos

cumplen con cotidianidad en la vida de M., viéndonos restringidos en nuestro decisorio, para fallar con ese alcance, por no poder ir mas allá de lo solicitado por las partes en su escrito de inicio, ni al momento de la manifestación de sus agravios. Al mismo tiempo, y sin perjuicio de ello, se considera que la joven estará igualmente resguardada y sus intereses protegidos con el presente decisorio. No obstante, y como se ha dicho ut supra respecto a la provisoriedad que caracteriza las resoluciones que recaen en cuestiones de familia, podrá presentarse en el expediente y solicitar las modificaciones o figuras jurídicas que consideren mas favorables para M..

4. No se imponen costas porque excepcionalmente el Ministerio de Pobres, Ausentes, Menores e Incapaces y los Abogados de la Defensoría Pública perciben honorarios regulados judicialmente de los usuarios que cuentan con medios suficientes (art. 3 inc. 7mo. Ley V Nº 90 -antes 4920-).

Por ello, la Excma. Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn;

R E S U E L V E

1) Revocar, en todas sus partes, la Sentencia Definitiva registrada bajo el Nº 39/ del año 2010 de fs. 29/32, conforme lo expuesto en los considerandos precedentes.

2) Hacer lugar a lo solicitado por el Sr. N. A., DNI. **.***.***, otorgándole la guarda de la joven E. M. M. C., DNI. **.***.*** en los términos establecidos en los Considerandos de la presente resolución.

3) Sin costas atento que excepcionalmente el Ministerio de Pobres, Ausentes, Menores e Incapaces y los Abogados de la Defensoría Pública perciben honorarios (Art. 3 inc. 7, Ley V Nº 90 – antes Ley 4920-).

4) REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

La presente resolución es dictada por dos jueces de Cámara por haber alcanzado mayoría (art 8 y 9 Ley V N° 17 – antes ley 1130 texto según ley 4450) y encontrarse vacante una vocalía de cámara.

REGISTRADA BAJO EL N° /10 SIF.