Puerto Madryn, de Agosto de 2010.

VISTOS:

Estos autos caratulados **"D. D. I. s/ Guarda Judicial"** Expte. N° 73 Año 2010 provenientes del Juzgado de Familia N° 2 que llegan a esta Cámara para resolver la apelación deducida por el actor y por la Abogada de la Asesoría de Familia e Incapaces, en su carácter de representante promiscuo de los niños A. A. e I. A. B. R..

CONSIDERANDO:

1. Apeló el actor y la representante de la Asesoría de Familia e Incapaces, las providencias simples dictadas en los presentes autos a fs. 14 y 15.

Se agravia el actor en que la a quo omite considerar la circular interna de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES). Asimismo se agravia en el quebrantamiento económico y familiar de los chicos, ya que existe una efectiva pérdida de dinero. Considera que la sentenciante equivoca la definición de la guarda con fines de la seguridad social. Por otro lado adhiere a los agravios desarrollados por la representante promiscua de la Asesoría de Familia e Incapaces.

Por su parte la Sra. Asesora de Familia refiere que en las providencias de fs. 14 y 15 la magistrada aplica e interpreta erróneamente el derecho en perjuicio de sus asistidos. Hace mención a la Ley 24.714, y a sus alcances. Asimismo se agravia el Ministerio Pupilar cuando la a quo dispone que sin perjuicio de la providencia de fs. 14, teniendo en cuenta que la cosa juzgada puede y deber ser hecha valer de oficio por el juzgador , impone su declaración en estos autos. Cita doctrina y jurisprudencia al respecto.

2. En cuanto a la providencia de fs. 14 refiere la Sra. Jueza 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. Reseña que existiendo la posibilidad de que los progenitores puedan percibir una asignación por hijo y que el esposo de la madre pueda incorporar a convivientes en su obra social, ello justifica que deba acreditarse la imposibilidad de brindarle a los niños dichos beneficios, debiéndose cumplir para ello los procedimientos establecidos, para así poder encuadrar y contemplar lo pretendido.

Cierto es que la guarda es un atributo originario del ejercicio de la patria potestad, pero ese derecho deber 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.

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 encontrarse circunscripto a normas rígidas, y ello, sin perjuicio 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).

El otorgamiento de la guarda judicial con el fin que un familiar pueda percibir el salario familiar y brindarle al menor la cobertura de la obra social, se da en respuesta a una realidad que se vive hoy en el país, no significando el desmebramiento de la patria potestad, sino el poder darle al niño/a una mejor calidad de vida. La jueza de a quo a fs. 14 y vta. refiere que con la entrada en vigencia del Decreto Nacional 1602/09 y con la posibilidad que el concubino de la progenitora de los niños pueda incorporar a éstos en su obra social, corresponde seguir los procedimientos establecidos para obtener dichos beneficios.

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 los padres de los niños se encuentran en condiciones de percibir la Asignación Universal por hijo, que sea el Sr. D. quien perciba la asignación como trabajador en actividad, redundará en mayor beneficio económico para los niños, 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, así A. A. e I. A. pueden gozar la cobertura de la obra social del Sr. D., percibiendo éste un mayor monto de dinero en las asignaciones familiares, lo que les va a permitir gozar a los niños de una mejor calidad de vida.

En las presentes actuaciones se encuentran acreditados los extremos necesarios para que esta guarda prospere. En consecuencia, corresponde hacer lugar a los agravios de los apelantes, revocar la providencia de fs. 14 y otorgar la guarda de los menores al Sr. D.

3. En cuanto al agravio que cuestiona el dictado de la providencia de fs. 15, ésta Cámara no ingresa a su tratamiento desde que tal como se resuelve, el mismo deviene en abstracto.

4**.** Sin costas en esta instancia porque el recurso se genera por la actuación oficiosa de la Sra. Jueza.

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

R E S U E L V E

1)REVOCAR, la providencia de fs. 15 conforme lo expuesto en los considerandos pertinentes.

2) REVOCAR la providencia de fs. 14 conforme lo expuesto en los considerandos pertinentes.

3) OTORGAR la guarda con fines asistenciales de los menores A. A. B. R., DNI. **.***.*** e I. A. B. R. DNI. **.***.*** al Sr. D. I. D., DNI. **.***.***.

4) Sin costas en esta instancia porque el recurso se genera por la actuación oficiosa de la Sra. Jueza.

5) 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.