Puerto Madryn, Julio de 2010.

VISTOS:

Estos autos caratulados: **"L., G. R. s/ Guarda Judicial"** Expte. N° 16 Año 2010 provenientes del Juzgado de Familia N° 2 que llegan a esta Cámara para resolver la apelación deducida por la Abogada Adjunta ad hoc de la Asesoría de Familia e Incapaces, en su carácter de representante promiscuo de los niños P. y F. A. M..

CONSIDERANDO:

1. Apeló la representante de la Asesoría de Familia e Incapaces, la Sentencia Definitiva dictada en los presentes autos a fs. 27/30, registrada bajo el Nº 30/2010. Se agravia la misma, juntamente con la Sra. Asesora, en virtud del grave perjuicio que le ocasiona a los menores P. y F. A. M. el que no se le haya otorgado la guarda judicial solicitada al actor. Refiere que la sentenciante de grado aplica e interpreta erróneamente el derecho en perjuicio de sus asistidos. Hace mención a la Ley 24.714 y a sus alcances. Asimismo hace referencia a la discriminación de la cual son objeto los menores al negar la guarda ya que la situación fáctica de P. y F. es idéntica antes y después de la entrada en vigencia del Decreto 1206/09 y equivalente al del resto de los niños sobre los cuales la Magistrado otorgó la guarda con fines asistenciales. Cita doctrina y jurisprudencia la respecto.

2. Previo a dar comienzo al análisis de los agravios planteados, esta Cámara quiere señalar cuestiones de índole netamente procesal que se han observado en el presente expediente.

La jueza de grado a fs. 13 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 encuadra 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 del agravio.

La jueza de a quo a fs. 27/30 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 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. Asimismo y en respuesta al dictamen efectuado por la Asesoría de Familia refiere que no le asiste razón, toda vez que lo que se pretende con la obtención de la "guarda judicial" es la obtención de beneficios sociales, beneficios que hoy se pueden obtener sin la necesidad de acudir a esta figura judicial, considerando que ello no es discriminar, entendiéndolo cuando arbitrariamente se efectúa una distinción, exclusión o restricción que afecta el derecho igualitario que tiene toda persona a la protección de las leyes.

Cierto es que la “guarda”, como situación de hecho, 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 o 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 esta 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).

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 desmembramiento de la patria potestad, sino el poder darle al niño/a una mejor calidad de vida. La jueza de a quo en su sentencia refiere que "se encuentra atendida la situación de los niños M. 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. L. afiliado a una obra social (fs. 09) de cubrir dicha asistencia para los hijos de su esposa...". Es claro que la Magistrada al expresarse de esa forma no está teniendo en cuenta el "interés superior del niño", ya que no puede afirmar que existen reparticiones públicas y gratuitas que pueden brindar el servicio en caso que la obra social del Sr. L. les niegue cobertura. Es de conocimiento público y notorio el servicio que prestan tales reparticiones, con mucha demora y deficiencia, no pudiendo entenderse que existiendo la

posibilidad que cuenten con una mejor cobertura, no se les dé esa posibilidad.

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 los niños se encuentra en condiciones de percibir la Asignación Universal por hijo, que sea el Sr. L. 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 P. y F. pueden gozar la cobertura de la obra social del Sr. L., percibiendo éste un mayor monto de dinero en las asignaciones familiares, lo que les va a permitir gozar a los niños una mejor calidad de vida.

En las presentes actuaciones se encuentran acreditados los extremos necesarios para que esta "guarda" prospere; léase, certificados de nacimiento de los niños (fs. 06/07) los cuales certifican el vínculo con su progenitora, certificado de matrimonio (fs. 10) entre la madre de los menores y el Sr. L., información sumaria (fs. 11) de la cual surge que P. y F. A. se encuentran a exclusivo cargo del Sr. L. y recibo de sueldo del mismo (fs. 09).

En consecuencia, corresponde hacer lugar a los agravios de la apelante, revocar la Sentencia Definitiva de fs. 27/30 y otorgar la guarda de los menores al Sr. L..

4. No se imponen costas porque excepcionalmente el Ministerio de Pobres, Ausentes, Menores e Incapaces percibe 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 30 del año 2010 de fs. 27/30, conforme lo expuesto en los considerandos pertinentes.

2) Otorgar la "guarda" con fines asistenciales de los menores F. A. M., DNI. **.***.*** y P. M., DNI. **.***.*** al Sr. G. R. L., DNI. **.***.***.

3) Sin costas atento que excepcionalmente el Ministerio de Pobres, Ausentes, Menores e Incapaces percibe 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.