

GUARDA

- Titular del patronato
- Guarda - Mutación
- Interés Superior del Niño

“L.I.I. s/ art. 10 ley 10.067”

Tribunal: Excma. Cámara de Apelación Civil y Comercial - Sala I

Causa: 52.281

R.S.: 333/05

Fecha: 29/12/05

Firme

/// la ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, a los VEINTINUEVE días del mes de diciembre de dos mil cinco, reunidos en la Sala I del Tribunal, los señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, doctores **Liliana Graciela Ludueña y Juan Manuel Castellanos** para, pronunciar sentencia en los autos caratulados: **"L.I.I. S/ ART. 10 LEY 10067"** y habiéndose practicado el sorteo pertinente (art. 168 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código de Procedimientos Civil y Comercial), resultó que debía observarse el siguiente orden: Dres. **LUDUEÑA-CASTELLANOS-RUSSO**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra. ¿Es justa la resolución apelada de fs. 80?

2da. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION: La señora Juez doctora Ludueña, dijo:

Contra la resolución de fs. 80 interpone el Sr. Asesor de Incapaces recurso de apelación, el que concedido en relación resulta fundado a fs. 925, obrando a fs. 98/100

réplica de los Sres. E.elR. E. de G. y J.A.G., cumplimentándose a fs. 108 lo dispuesto por el art. 50 de la ley 10.067.

El Titular del Tribunal de Menores nro. 1 Departamental dispuso el egreso del menor I.I.L. del Hospital Interzonal "Dr. Noel Sbarra" (Casa Cuna), de la Ciudad de La Plata y mantenerlo bajo la responsabilidad del matrimonio constituido por los Sres. J.A.G.-E.R.E., con carácter provisorio, a disposición del Tribunal, bajo el contralor del Perito Social Sra. G. Nuño, quien deberá presentar los informes pertinentes.

En lo que se refiere a la reseña de las actuaciones que efectúa en su memorial el Sr. Asesor interviniente, debo referenciar que a fs. 68/9 el Sr. Juez se expidió sobre los planteos que efectuara hasta ese momento dicho funcionario, haciéndoselo saber el 10 de diciembre de 2004, sin que éste dedujera, de manera formal, recurso alguno (véase recepción de fs. 69 vta. y términos de la devolución de fs. 70). No cabe volver, entonces, sobre etapas anteriores que aunque discutidas fueron superadas. Al respecto se ha dicho que el instituto procesal de la preclusión produce la clausura definitiva de las etapas del proceso, impidiendo el regreso a estadios y momentos ya extinguidos y consumados (Fenochietto, Bernal Castro-Pigni, "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Ed. La Rocca, pág. 183, pto. 2).

Por lo demás esgrime el Sr. Asesor que la decisión conlleva una resolución de fondo atendiendo al egreso decretado respecto de un matrimonio que a su criterio, y de acuerdo a las reglamentaciones vigentes, no sería el que habría que elegirse; plantea finalmente la nulidad de lo decidido en razón de entender configurada una guarda preadoptiva viciada, por la no realización de la entrevista que reclama, quejándose del tiempo transcurrido hasta que se le hace saber lo decidido.

En primer lugar, corresponde señalar - teniendo en cuenta el actual estado de la causa- que la función proteccional que asume el Estado de los menores "desamparados" en la Provincia de Buenos Aires es ejercida por los jueces de menores (artículo 1º ley 10.667); el titular del Patronato es únicamente el juez, sin perjuicio que para su ejercicio sea asistido por otro órgano del Poder Judicial: el Ministerio Público de Menores y por uno administrativo: la Subsecretaría del Menor y de la Familia. Ello sentado y si bien hubiera

resultado aconsejable notificar al ahora apelante -con la debida antelación- la decisión tomada en relación al matrimonio designado para proceder al egreso del menor (téngase en cuenta aspectos humanos que sensibilizan la realidad que afrontaba el pequeño Iván Ismael como por ejemplo la ausencia de visitas en el nosocomio donde se hallaba, ver informe de fs. 47), tal déficit no podría acarrear -en pos de satisfacer pruritos meramente formales- una sanción de nulidad como la pedida; corresponde entonces que adelante mi opinión, fundada en el superior interés del mencionado niño, que aconseja, sin duda, mantener la situación de hecho en que se encuentra (artículos 234, 236 C.P.C.C., 47 Ley de Patronato).

En efecto, la figura del guardador nace de diversas normas del Código Penal y del Código Civil. La guarda legal es la que el ordenamiento jurídico reconoce a los padres o a los tutores; la judicial es la que el juez otorga como órgano del poder jurisdiccional o en el ejercicio del Patronato del Estado, y la de hecho, tiene lugar cuando una persona sin atribución de la ley o delegación del juez, en los hechos y por propia autoridad toma a un menor a su cargo. La guarda conferida judicialmente -como la de fs. 80, con carácter provisorio- constituye una típica medida tutelar consistente en la entrega de un menor a quien no es su representante legal, a fin de que le brinde la necesaria asistencia material y espiritual (S.C.B.A. Ac. 26.455, D.J.J.B.A. 18/9/78, pág. 46; Cafferata, "La guarda de menores", pág. 83 y ss.).

La guarda de un niño -conceptualizada magistralmente por el doctor Laborde, ex Ministro de la Suprema Corte- es un "instituto de protección de menores- a diferencia de otros pertenecientes al Derecho Civil, busca, por su carácter genuinamente tuitivo, el interés del menor por sobre toda otra consideración. Dicha guarda no procura dar una solución definitiva al problema del menor ya que se halla afectada por la transitoriedad de su vigencia, aunque intenta dar satisfacción a las necesidades de amor, sostén y comprensión que tiene el niño, siendo la familia el ámbito específico de cumplimiento normal de tales requerimientos" (S.C.B.A. 17/11/87 Ac. 34.861, Ac. y Sent. 1987-V-68). Asumen así los guardadores las mismas responsabilidades que los padres, tanto respecto a la persona del niño, como frente a la sociedad, a los terceros y al Estado, con la única diferencia

de que no son sus representantes legales, de ahí que la guarda, al no brindar una solución definitiva o integral al problema, sea de vigencia transitoria. De ello también se deriva que la remoción de los guardadores no está sujeta a los mismos trámites judiciales previstos para la de los representantes legales; basta con que el juez entienda que su idoneidad para el ejercicio de la función ha desaparecido, para que pueda apartarlo de la misma. Pero tal remoción no ha de ser arbitraria, deben existir pruebas de su falta de idoneidad.

La guarda y su mutación han de privilegiar siempre el derecho del niño, deben encontrar en la tutela de sus intereses fundamentales su propio centro de gravedad. Ello así porque el niño no es un objeto que se lo puede mudar de un lugar a otro; el cambio de guarda es una de las decisiones más delicadas por las implicancias actuales y futuras que sobre su personalidad en desarrollo pueden producir.

El punto de partida es la "remanida pero no superada fórmula del interés superior del menor, verdadera regla de oro, a la que no resulta posible sustraerse, por mandato constitucional y por respeto a los principios más elementales del Derecho minoril; dicho superior interés excluye toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares del caso. Bajo la invocación del amparo del menor se estaría de hecho desprotegiéndolo, si lo que realiza el interés minoril es brindarle adecuado cobijo, es evidente que la declaración de nulidad no lo logra" (S.C.B.A., Ac. 73.814 27/9/00 D.J.J.B.A. 195-691; Ludueña, Liliana, "La defensa de los derechos del niño y el adolescente en la realidad judicial", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni T. 2003-2-175 y "El Derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio Constitucional de su interés superior", Revista de Derecho de Familia, Ed. Lexis Nexis, 2004, N° 28-97).

El interés superior del niño puede ser definido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizando en concreto; la atención primordial al interés superior del niño a que alude el art. 3° de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño apunta a dos finalidades básicas; constituirse en pauta de

decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño (S.C.B.A. 16/6/2002 Ac. 84.418; en el mismo sentido, 26/10/1999 Ac. 66.519; 12/4/2000 Ac.71.303; 27/6/2001 Ac.78.446; 2/4/2003 Ac. 78.013; 28/3/2001 Ac. 78.099).

Al interpretar el mentado artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que la expresión "interés superior del niño" implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y la aplicación de normas en todos los órdenes relativos a la vida del menor (28/08/2002, opinión consultiva O.C. 17/2002, L.L. 2003-B-312); habiendo sido conceptualizado recientemente en la ley 26.061 (B.O. 26/10/05) como la "máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley" (artículo 3º 1er. párrafo).

I.I. tiene 20 meses, y desde hace un año tuvo por primera vez la posibilidad de encontrar -en un hogar- el compromiso de cuidados y respeto, y fundamentalmente afecto y cariño; esto lo afirmo teniendo presente la audiencia llevada a cabo en este Tribunal el 30 de junio del corriente, con la presencia del Sr. Asesor de Incapaces interviniente (fs. 108), de conformidad con lo dispuesto por el art. 50 de la ley 10.067.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expresado, las cuestiones precluidas de la causa, las articulaciones expuestas por el Sr. Asesor, las que no tienen entidad suficiente para generar la sanción pedida, el conocimiento que este Tribunal ha tomado de la realidad existencial que nos ocupa, y fundamentalmente el "superior interés del niño", me llevan a proponer confirmar la apelada resolución en lo que ha sido materia del recurso, desestimando los agravios.

VOTO EN CONSECUENCIA POR LA AFIRMATIVA.

A la misma cuestión, el señor Juez doctor Castellanos por los mismos fundamentos votó también por la AFIRMATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTION: La Señora Juez doctora Ludueña dijo:

Conforme se ha votado en la cuestión anterior corresponde confirmar lo decidido en la resolución de fs. 80, desestimando los planteos efectuados por el Sr. Asesor de Incapaces Departamental, sin costas en atención a la materia debatida y el modo en que se resuelve (artículo 68 2do. párrafo C.P.C.C.).

ASI LO VOTO.

El señor juez doctor Castellanos votó en análogo sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Morón, 29 de diciembre de 2005.-

AUTOS Y VISTOS: De conformidad al resultado que arroja la votación que instruye el Acuerdo que antecede, por unanimidad se confirma lo decidido en la resolución de fs. 80, desestimándose los planteos efectuados por el Sr. Asesor de Incapaces Departamental, sin costas en atención a la materia debatida y el modo en que se resuelve.

Fdo.: Dra. Liliana Graciela Ludueña, Dr. Juan Manuel Castellanos. Ante mí: Dr. Esteban Santiago Lirussi.-