



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C118.315- "R. M. M.. Guarda"

Suprema Corte:

El Tribunal 2 de Familia de San Isidro en fecha 11 de diciembre de 2012 rechaza por mayoría la guarda asistencial solicitada por la Sra. M. d. C. R. respecto de su nieta, M. M. de 9 años de edad (fs. 50/3 y vta).

Contra dicho resolutorio se alzan la Sra M. del C. R., con el patrocinio letrado de la Sra. Defensora Oficial y la Sra. Asesora de Incapaces a través de sendos Recursos Extraordinarios de Inaplicabilidad de Ley obrantes a fs. 68/74 y 54/64 respectivamente.

II. Los recursos extraordinarios de Inaplicabilidad de Ley interpuestos a fs. 54/64 y 68/74.

Denuncian las quejas que la sentencia en crisis ha violado y aplicado erróneamente las normas contenidas en los artículos 3,5,6,23,24 y 26 inc.1 y 2, 27,28 y cctes. de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 75 incs.22 y 23 de la Constitución Nacional; arts. 3,4,13 y ccs. ley 13298 y sus decretos reglamentarios; arts.3,7,26 y 29 de la ley 26061; artículos 75 inc.22 y 23 de la Constitución Nacional y arts.15 y 36 inc. 5 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y doctrina legal citada" (fs. 60 vta.; 73 vta. y 74). Señalan, en efecto, que la sentencia resulta arbitraria por apartarse de la normativa citada, de la doctrina legal aplicable y fundamentalmente, por no responder a las particularidades fácticas del caso (fs. 63 y vta).

En particular ambas recurrentes señalan que la sentencia de Cámara ha aplicado erróneamente el artículo 234 del Código Procesal Civil y Comercial, por considerar que dicha norma se encuentra derogada en virtud

del artículo 87 de la ley 13634, y que a partir de allí, la doctrina y la jurisprudencia resultaron contestes en asumir que la figura de la “guarda” se encontraba prevista en la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada al artículo 75 inc.22 de la Constitución Nacional. Al respecto sostienen que si bien la delegación de la guarda no se encuentra específicamente prevista, tampoco se encuentra prohibida, e insisten en que resulta una derivación de las normas previstas en la CDN (fs.56vta., 57 y 58 y vta; 71 y vta., 72 vta y 73). Al respecto cita la doctrina emanada de esa Corte en fecha 26 de octubre de 2010 en la causa “ D.A.E, contra D.C. Y otro s/ tenencia” (fs.57 y vta., 58; y 73)

Por otra parte alegan que “los votantes equivocan su razonamiento al supeditar el otorgamiento de dicha guarda asistencial a la condición de que ambos progenitores se encuentren privados o suspendidos ejercicio de la patria potestad” (fs. 57 y 71 vta.). Pues, en rigor, consideran que tal condicionamiento no sólo vulnera la aplicación en concreto del interés superior de la niña, sino que además resulta inaceptable porque la acción de privación del ejercicio de la responsabilidad parental exige para su procedencia la interposición por parte de personas legitimadas para ello y ello implica, en su opinión, reconocer previa y formalmente la guarda de hecho a favor del pariente que ejerce tal función con el objeto de contar con la legitimación necesaria para cuestionar el ejercicio de los derechos y deberes parentales (fs. 57, 71 vta y 72).

A partir de ello sostienen que “ en mérito a todo lo aquí señalado no existe fundamento alguno para denegar la guarda peticionada y en caso de ser otorgada, para que la patria potestad continúe en cabeza de los progenitores de la menor. Y ello es así porque ha quedado acreditado en autos que dicha solución es la que vela por el interés superior de la niña M. M. R.(art. 3 CDN y 3 ley 26061)(...) por lo demás en aras de determinar el interés superior del niño en el caso concreto, los magistrados no sólo debieron tener en consideración las circunstancias particulares del grupo familiar, sino también considerar que ante cualquier conflicto de intereses de igual rango el interés moral



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

y material de mi representada debía tener prioridad sobre cualquier otro (conf. ultima parte artículo 3 ley 26061 y última parte artículo 4 ley 13298)” (fs. 59 y vta)

Añaden a lo dicho que “...de los términos de la resolución advierto que se ha privilegiado proteger el instituto de la patria potestad y no el interés superior de M. M. (...) En definitiva, de los términos de la sentencia dictada se desprende que no se ha reparado en el interés superior de la menor que aquí represento, limitándose a considerar que existe un padre al cual no se lo ha privado ni suspendido en el ejercicio de la patria potestad y que la pretensión escapaba de la materia cuya competencia compete a este Tribunal” (fs.60)

En este orden de ideas, también destacan la relevancia del principio de cooperación familiar como la base de las interacción familiar y sostienen, en palabras de la Dra. Grosman, que “la guarda judicial se limitaría a aspectos personales, cuidar, asistir y educar al niño, sin que en nada se altere el estado de familia y la posición de los padres...se mantendría en toda su extensión el artículo 264 inc 2, o sea, no quedaría afectado el ejercicio de la patria potestad” (**Grosman Cecilia; Martinez Alcorta Irene**, “Familias Ensambladas”, Universidad, Buenos Aires, 2000, pp.192/9” (fs. 57 y vta; 72 vta).

Agregan a lo expuesto que “en autos ha sido el propio padre el que ha prestado la conformidad para el otorgamiento de dicha guarda, dando de esta forma la solución a la particular problemática del caso, a través del desmembramiento de la guarda, en el interés superior de la menor. La madre ha sido debidamente intimada y no ha comparecido, lo que denota la delegación tácita que ha hecho de sus obligaciones” (fs.58 y72 vta).

Por último sostienen que la inaplicación al caso de los principios sentados en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina señalados “trae como consecuencia que el régimen de vida que lleva y ha llevado la menor (..) desde su nacimiento no cuente con el amparo jurisdiccional que el Estado, reitero, esta obligado a brindar a partir de la suscripción de los diferentes tratados internacionales. Esto genera un obstáculo para que yo (en referencia a la

abuela de la niña) pueda asumir los derechos y deberes que me corresponden respecto de mi nieta por mi relación familiar (art.15 y 36 inc.4 de la Const. De la Pcia de Bs As., art 5 CIDN)". (61 y vta y 73vta)

En sustento de su pretensión la representante del Ministerio Pupilar destaca que el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial - hoy sancionado- contempla expresamente el supuesto de delegación de la guarda a favor de un pariente o tercero idóneo bajo ciertos recaudos (art.643) (fs 59 vta)

Para concluir, la Sra. Asesora cuestiona la sentencia en cuanto señala que el conflicto planteado escapa a la competencia reservada al Tribunal de conformidad con lo prescripto en el artículo 827 inc. ñ del CPCCP. (fs 60 vta y 61). En efecto, alega que “el rol que cumple la peticionante (abuela) tiene mayores implicancias que la mera percepción de un beneficio asistencial” y que “ De este modo, a efectos de garantizarle a la niña una efectiva tutela de sus derechos y brindarle una solución razonable y adecuada a su régimen de vida el Tribunal de origen debió acoger favorablemente el pedido de guarda y otorgarla con “carácter integral” o, en su caso, frente a los derechos que M. M. tiene amenazados adoptar las medidas pertinentes para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos a ésta (art.15 y 36 inc 5 de la Const. De la Pcia de bs as., art 29 de la ley 26061)” (fs.61)

En esta línea sostienen que en función de los derechos en juego resulta inevitable la intervención del órgano jurisdiccional a los fines de resguardar el pleno goce de los derechos del niño y que, sin duda, ello resulta competencia exclusiva del tribunal especializado en el fuero de familia (art 827 CPCC), encontrándose la guarda en cuestión prevista en el ordenamiento argentino a través de la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley 26061 y la ley 13298 y sus decretos reglamentarios (fs. 61 vta y 62)

Por último se agravia la Sra. representante del Ministerio Pupilar por considerar que la sentencia cuestionada no respeta



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

adecuadamente el concepto de familia ampliada contemplado por el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño y por las leyes de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (artículos 7 ley 26061 y 7 del decreto 415/06 y artículos 3 de la ley 13298 y 3.1 del decreto 300/05) (fs 62 y vta)

Al respecto afirma que “ resulta de vital importancia reconocer la participación que en la actualidad tiene la familia ampliada en los procesos de familia, que en muchas oportunidades se presenta como una alternativa a la resolución del conflicto surgido en el seno de la familia. Y en el caso de marras, no existen dudas de que esta nueva alternativa es la que mejor protege los intereses de la niña (...) considero que la manifestación del padre de delegar la guarda de su hija en el peticionante debe también analizarse dentro de esa evolución de los roles familiares. Pero esta delegación debe ser evaluada y dispuesta por el poder jurisdiccional y siempre que el beneficio del niño así lo requiera (**Raffo, Pablo E.**, “¿Repensar la guarda de menores en el sistema de promoción y protección integral de los derechos del niño?- El rol de los abuelos dentro del sistema normativo de derechos del niño, RDF, 2008-40-206)” (fs 63)

III. En mi opinión, los remedios deben prosperar.

En efecto, al igual que las quejas, considero que la sentencia en crisis ha desenfocado el objeto de análisis de la pretensión al encuadrar el conflicto como un supuesto de delegación de los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental de los progenitores a favor de la abuela – como sostiene la mayoría de los magistrados votantes (fs 50 vya y 52 vta)– cuando, en rigor, el planteo obedece a la pretensión de la Sra. M. d. C. R. de que le reconozcan judicialmente la guarda de la nieta a los efectos de poder percibir los beneficios de la seguridad social.

Considero, junto con las recurrentes, que el presente conflicto se orienta al logro de una actividad jurisdiccional tendiente a efectivizar mediante una “guarda asistencial” el derecho fundamental de la niña a

gozar de un nivel de vida adecuado en general, y a la seguridad social, en particular de conformidad con lo normado por los artículos 24 (derecho a la salud), 26 (derecho a la seguridad social), 27 (derecho a un nivel de vida adecuado) de la Convención sobre los Derechos del Niño; por el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por los artículos 9 (derecho a la seguridad social), 12 (derecho a la alimentación), 15 (derecho a la protección de la familia) y 16 (derecho a la protección de la niñez) del Protocolo de San Salvador y por el célebre párrafo 191 de la sentencia de la CIDH “Villagrán Morales y otros vs Guatemala”, de fecha 19 de noviembre de 1999 incorporados a nuestra Constitución Nacional a través del artículo 75 inc 22.

En en el orden interno resulta preciso señalar el artículo 75 inc.23 de la Constitución Nacional que establece la obligación del estado de adoptar medidas de acción positivas tendientes a garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales, en particular, de grupos estructuralmente desaventajados como son las mujeres, los niños, los ancianos y las personas con discapacidad, destaca, en su apartado *in fine*, la atribución del congreso de “*dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental...*”(75 inc 23 *in fine*. Destacado propio).

En la misma línea se perfila el artículo 36 de la Constitución Provincial.

En el plano legislativo, los artículos 14 y 26 de la ley 26061 reconocen expresamente los derechos de las niñas, niños y adolescentes al acceso a la salud, en sentido amplio e integral, y a los beneficios de la seguridad social. Como correlato de ello, se establece la obligación del Estado, a través de sus órganos competentes, de proveer lo necesario para asegurar tales derechos fundamentales de los niños.

Más concretamente, el artículo 26 de la ley 26061 establece que “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a obtener los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

beneficios de la seguridad social. Los organismos del Estado deberán establecer políticas y programas de inclusión para las niñas, niños y adolescentes, que consideren los recursos y *la situación de los mismos y de las personas que sean responsables de su mantenimiento*” (destacado propio)

Al respecto, especializada doctrina, destacó que el artículo citado “extiende el ámbito de determinación de este derecho a todas las personas que demuestren que son los responsables de su mantenimiento” (**Gil Dominguez Andrés, Famá María Victoria, Herrera, Marisa, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Comentada. Anotada y Concordada**, Buenos Aires, Ediar, 2007, p. 431 y ccs)

En la especie se encuentra acreditado que que la Sra M. d.C. R.es – con acuerdo de los progenitores (fs. 15, 37/ y 38) – la persona responsable del mantenimiento de la niña M. debiendo el Estado, en consecuencia y a través de los órganos competentes, reconocer el derecho de la niña a recibir los beneficios de la seguridad social, a través de la guarda “asistencial” peticionada.

En esta línea, resulta preciso señalar, como lo hace el *a quo* y también las quejas, que la “ guarda asistencial” requerida no se encuentra específicamente contemplada en nuestro ordenamiento jurídico vigente, más resulta ampliamente reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia (SCBA; C91622, sentencia del 26 de octubre de 2010, en especial, ver punto III. Inc. b) voto del Dr.Genoud)

Al respecto se ha sostenido que “la particularidad más notoria que reviste la guarda en nuestro derecho está dada por su escasa regulación legal y, consiguientemente, una indefinición de sus alcances jurídicos, que repercute en relación a los efectos que habrán de derivarse de los actos u omisiones de quien tiene a su cargo a un menor de edad. Por otra parte la guarda admite diversas especies, cada una de ellas signada por connotaciones distintivas, lo cual determina que no puedan establecerse en forma genérica normas relacionadas a todas las especies de guarda, si bien todas ellas presuponen el cumplimiento de

conductas dirigidas a la protección que el menor requiere por su propia condición (**D'Antonio, Daniel** en “Responsabilidad de los Padres tutores y guardadores” en coautoría con **Jorge Mosset Iturraspe y Norberto Novellino**, Rubinzal Culzoni, 1998, p.241/2)”

En relación con ello cabe afirmar, como lo hacen las impugnantes, que a pesar de encontrarse derogada la guarda de menores prevista en el art. 234 de los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de la Nación y de la Provincia (art. 74 ley 26061 y art 87 ley 13298) resulta posible considerar que el juez se encuentra facultado para disponer la guarda de una persona menor de 18 años a un tercero con fundamento en la necesidad de asegurar su derecho a la “protección especial” (**Raffo Pablo**, “¿Repensar la guarda de menores en el sistema de protección integral de derechos del niño?”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, n° 40, Abeledo Perrot, Julio-Agosto 2008, p.204).

En efecto, la práctica forense nos indica que con frecuencia es utilizada la medida cautelar genérica prevista en el ordenamiento procesal (art.232 CPCCN y CPCCBA) para decretar la guarda de un niño en un ámbito separado del de su familia con fundamento en el interés superior del niño y en la necesidad de asegurar la tutela reforzada que la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, establecen respecto de “la niñez” (SCBA; C91622, sentencia del 26 de octubre de 2010,op.cit.)

Doctrinariamente se ha clasificado a la guarda en diversas especies de acuerdo con su origen -la guarda legal, judicial o de hecho- (**Cafferata José**, La guarda de menores, Buenos Aires, Astrea, 1978.) y con su finalidad -la guarda con fines asistenciales, la guarda “simple”, la guarda con fines adoptivos, etc. (**Pitrau Osvaldo**, “La guarda de menores”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia .derecho de Familia*, nro 4, Abeledo Perrot, 1990, p.47)

En este sentido, se ha afirmado que “la antigua



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

clasificación de las guardas formulada por **Cafferata**, debería ser reformulada y redefinido el rol jurisdiccional en tanto representante del poder estatal, a la luz del conjunto de normas que hacen a la protección integral del niño. En tal sentido, lo que el citado autos conceptúa como guarda judicial instituida a través del patronato del Estado debería, en la actualidad, entenderse como garantía estatal de satisfacción de derechos del niño. Es decir, el fundamento normativo de dicha medida dejaría de ser el patronato como poder estatal, para ser la obligación del Estado de garantizar en forma efectiva el goce de derechos del y por el niño.” (**Raffo, Pablo**, op.cit.,p.209)

En suma, la ausencia de regulación específica supone en la actualidad – a diferencia de otros institutos como la tutela y la curatela, por un lado, y de las medidas administrativas de protección de derechos, por el otro, que se encuentran sometidas a procedimientos y plazos propios de conformidad las disposiciones que legislación local establece– reconocer amplia discrecionalidad al juez para su otorgamiento u homologación (**Famá María Victoria y Herrera Marisa**, “Medidas cautelares, medidas de protección y medidas excepcionales. Una tensión latente en el cruce entre las leyes de violencia familiar y las leyes de protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia .derecho de Familia, nro 39, 2008)

Lo expuesto se ve reflejado en los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación entre los que se menciona que “la experiencia social y la praxis judicial muestran una significativa cantidad de casos en los que por diversas circunstancias, los progenitores dejan a sus hijos al cuidado de un tercero (familiar o no, como por ejemplo, un vecino). Estas situaciones no han sido previstas expresamente por el ordenamiento jurídico que solo aporta situaciones drásticas para aquellos supuestos en que la separación del niño de su familia nuclear tiene visos de permanencia, como son la adopción o la tutela. El anteproyecto cubre este vacío al reconocer efectos jurídicos a las relaciones entre el niño y los adultos temporalmente

responsables de su cuidado, por delegación conjunta de ambos progenitores o de uno de ellos”, estableciendo como recaudos el establecimiento de un tiempo determinado y la homologación judicial (Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación)

En concordancia con ello, tal como lo destaca la representante del Ministerio Público Pupilar en su recurso, el Código Civil y Comercial de la Nación recientemente sancionado prevé en su artículo 643 que los progenitores puedan delegar el ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente, por un plazo determinado, homologado judicialmente debiendo oírse al niño o adolescente. La norma citada aclara que ello no implica desconocer que los progenitores conservan los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación de sus hijos en función de sus posibilidades.

Es decir, de conformidad con las pautas delineadas por el nuevo Código – que a pesar de no resultar norma vigente no cabe desconocer su validez como fuente de derecho en sentido amplio– también resulta posible concluir que en el caso es el órgano judicial el encargado de reconocer, habiendo oído a la niña, la guarda judicial a la abuela (pariente), sin que ello implique un desplazamiento de los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental cuya titularidad se conserva en cabeza de los progenitores de modo que mantienen sus derechos a supervisar la crianza y educación de sus hijos. Par así decidir

Por último estimo preciso señalar que la solución que propicio es la que mejor se adecua con el principio según el cual debe tenerse especial consideración con la situación actual de la niña que se encuentra bajo el cuidado de la Sra. M. d. C. R.(Fallos 328:2870, entre muchas otras), y con la opinión de la niña de 9 años de edad que fuera manifestada en forma directa ante los magistrados de esa Suprema Corte y de quien suscribe en oportunidad de celebrarse la audiencia que tuviera lugar en fecha 15 de octubre de 2014 cuya



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

constancia luce a fs 90.

En virtud de lo hasta aquí brevemente expuesto,
considero preciso propiciar a VE se haga lugar al recurso.

Tal es mi dictamen,

La Plata, 6 noviembre de 2014.

Fdo. Maria del Carmen Falbo. Procuradora General.