

Mercedes, 29 de septiembre de 2015.-

#### AUTOS Y VISTOS:

I.- Vienen estos al despacho a fin de resolver el recurso de apelación articulado a fs. 80 contra la resolución de fs. 76 y vta. mediante la cual la señora jueza de Familia N°1 deptal -- Dra. Analía Sanchez -- dispuso el archivo de las presentes actuaciones.

El recurso se concedió en relación 81 y la recurrente cumplió con la carga que le impone el art. 246 del ritual con la presentación que luce a fs. 82/87 vta. A fs. 89 dictamina la señora Asesora de Incapaces, compartiendo los argumentos vertidos por la recurrente, propiciando en tal sentido la revocatoria del decisorio apelado .

#### Y CONSIDERANDO:

II.- La Señora jueza de Familia dispuso que el nuevo Código Civil y Comercial es de aplicación inmediata en virtud de lo dispuesto en el art. 7 de dicho cuerpo normativo, y como la figura de la guarda no ha sido receptada ni acogida en la nueva legislación ordenó el archivo de estas actuaciones.

La accionante, Sra. MCR, que resulta ser la abuela de la menor fue quien incoo estas actuaciones con el objeto de solicitar la guarda de la niña A MA S.

En el memorial la recurrente sostiene que no pueden archivarse las actuaciones. Cimenta su postura con los siguientes argumentos: 1) el sentenciante debe calificar los hechos y determinar el derecho aplicable, más allá de las invocaciones de las partes; 2) que el art. 3 del nuevo código Civil expresamente establece el deber del juez de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada; 3) que además en el nuevo código la figura de la guarda esta expresamente prevista en los arts.643,657,674, con lo que la delegación de la responsabilidad parental, bajo ciertas y específicas condiciones está contemplada; 4) tampoco el código Civil de Velez contenía una regulación especifica de la guarda de personas, aún así se han otorgado judicialmente hasta la entrada en vigencia del nuevo código, mediara o no conformidad de los padres del menor, a un pariente o tercero, teniendo en consideración los intereses de los niños. Aduce también que en el caso, si bien los progenitores de la niña no han prestado conformidad con la guarda pretendida por la abuela, tampoco han promovido ninguna acción tal como la de reintegro de hijo. Solicita en prieta síntesis, que se admita la guarda peticionada en los términos del art. 657 del CCC.

#### III.- Aplicación del nuevo Código Civil y Comercial

Debe recordarse que siguiendo el criterio de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación que "las sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición de los recursos, y que si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión deberá atender también a las modificaciones introducidas en esos preceptos en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible

prescindir" (Cfr. C.S.J.N., Fallos: 335:905; 318:2438; íd. "D.I.P., V. G. y otro c/Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/amparo", sent. 6/08/2015).-

Ello sentado, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1° ley 27.077, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) sancionado por ley 26.994, entró en vigencia el pasado 1° de agosto de 2015. Esta circunstancia sobreviniente presenta en el caso una cuestión de aplicación de la ley en el tiempo.

En efecto el art. 7 del Código Civil y Comercial (el que es idéntico-- salvo la frase final -- al art.3 del CC conforme ley 17.711) dispone que: "a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales."

Dos son los principios que orientan la solución de los conflictos de leyes en el tiempo: la irretroactividad de la ley (que sólo admite excepciones puntuales, como las aplicables a las relaciones de consumo); y la aplicación inmediata de la nueva ley tenga a partir de su entrada en vigencia.

Ambos principios se complementan. El efecto inmediato es el propio y normal de toda ley. La aplicación inmediata no es retroactiva, porque significa aplicación de las nuevas normas para el futuro, y con posterioridad a su vigencia; el efecto inmediato encuentra sus límites, precisamente, en el principio de irretroactividad, que veda aplicar las nuevas leyes a situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas, o a efectos ya producidos, agotados o extinguidos.

La nueva ley se aplica: a) relaciones y situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro; b) las existentes cuando no estén agostadas; c) las consecuencias que no hayan operado todavía. La ley toma a la relación ya constituida o a la situación en el estado en que se encontraba, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos. Los cumplidos, en cambio, están regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La aplicación del Código Civil comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015 pág. 29).-

En virtud de lo expuesto, las disposiciones contenidas en el nuevo Código Civil son de aplicación inmediata en el presente caso.

IV.- Ello sentado, lo cierto es más allá o por encima del deber del juez de resolver todo asunto que sea sometido a su jurisdicción que consagra el art.3 del CCC, la cuestión debe resolverse teniendo como paradigma o eje central el "superior interés del Niño" consagrado en el art. 3 de la Convención de los Derechos del niño, la que tienen jerarquía constitucional ( art. 75 inc 22 CN). En tal sentido ha dicho la Excma. SCBA que "La cuestión relativa a la guarda de los hijos menores es sin duda una medida que no sólo concierne a los padres o guardadores, sino que esencialmente interesa al niño, cuyo interés superior debe en consecuencia ser evaluado y satisfecho en todos los casos.

No se trata de decidir una mera adjudicación de derechos sobre un objeto inanimado o sobre un bien abstracto, cuya substancia permanecerá insensible o inalterada frente al paso del tiempo, sino sobre el destino de una persona de carne y hueso, que vive, piensa, tiene sentimientos, experimenta emociones, ríe, llora y va forjando día a día su identidad y la personalidad con la cual afrontará el resto de su existencia" (voto del Dr. Pettigiani en Ac. 78.446, sent. del 27-I-2001; C. 110.858, sent. del 21-VI-2012; entre otras).

En análogo sentido la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el mejor interés del niño no es un concepto abstracto, sino que tiene nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias. Por lo que ". la misión específica de los tribunales en cuestiones de familia resulta desvirtuada si se limitan a resolver los problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso." (Excma. CSJN en causa CIV 090032/2013/CS001: MMS s/ guarda, del 27/5/2015).

En definitiva, el interés del menor es que lo debe presidir la interpretación de la ley. En aras de resolver su situación, o los derechos que se le vean vulnerados no puede dejarse de tenerse en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos en donde la autonomía de la voluntad, el principio de realidad y el valor de cooperación entre los miembros de la familia cobran importancia si se quiere alcanzar la coherencia del ordenamiento jurídico (arts. 14 bis, 19, 75 incs. 22 y 23, Const. Nac; 1, 2, 3, 5, 6, 9 incs. 1 y 3, 16, 12, 18 incs. 1 y 2, 20, 24, 26, 27, 31, 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Americana sobre los Derechos Humanos; 1, 8, 17 inc. 1, 19, 24 y 26; 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 264 y 367 del C.C.; 14 inc. f, ley 24.714 y 19, párr. 2, resol. regl.; 15 y 36 inc. 2 de la Const. de la Pcia. de Bs. As.; 3, 7, 14, 24, 26, 29 de la ley 26.061; 7 del decreto 415/2006; 3, 4, 13 de la ley 13.298 y 3.1 del decreto 300/2005).-

Analizando la resolución recurrida a la luz de toda la normativa citada, este Tribunal entiende que la misma no se encuentra ajustada a derecho, ya que deja sin resolver la situación de la menor A M A S que ha sido traída ante dicho estrado judicial.

Como puede advertirse, estos obrados fueron iniciados en febrero de 2015; hubo intervención del equipo técnico -fs. 73/75 vta.--, informe socio ambiental ( fs. 19/22); informe del servicio local de Promoción y Protección de los derechos del niño de San Andrés de Giles ( fs. 29/63) y de la Asesora de Incapaces a fs. 14 y 65.

Es por tal motivo, que este Tribunal entiende que se debe privilegiar la tutela judicial efectiva, la celeridad y la economía procesal (arts. 15 de Const. Prov.y 706 del CCC), y especialmente no perder de vista que el proceso en curso tiene sólo su razón de ser en procurar la adecuada y justa protección a la niña y en velar concretamente por su superior interés (art. 3 de la CDN).

V.-La guarda en el nuevo código Civil.

El nuevo código civil contiene una regulación expresa de la institución en cuestión, y permite que el juez otorgue la guarda de un niño a un tercero.

Enseña Lorenzetti que "la conveniencia de la inclusión expresa de la guarda en nuestro ordenamiento legal se verifica por la necesidad de otorgarle un marco jurídico estable y con reglas precisas a decisiones judiciales que bajo diferentes denominaciones y ropaje jurídico (guarda simple, guarda asistencial, guarda proteccional, medida cautelar o autosatisfactiva de guarda) determinan la inserción de un niño en un grupo familiar diferente del de sus padres. De esta manera se pretende dar una respuesta legislativa desde el ámbito civil que sea clara al delimitar concretamente los derechos y obligaciones emanados de la relación afectiva y jurídica entre niño y guardador que hasta ahora ha sido informal (guarda de hecho) o con una legalidad tibia derivada de la costumbre judicial pero no de la precisa letra de la ley (autor citado, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado; T IV, Ed Rubinzal Culzoni, pág 385).-

Agrega el citado autor que la guarda se trata de una institución que nace tras una decisión fundada y excepcional de apartar al niño temporáneamente de su familia nuclear cuando se verifica que su permanencia en este medio familiar resulta contrario a su interés superior ( ob cit., pág 386).

Es que precisamente el art. 657 del nuevo código civil contempla la posibilidad de otorgar la guarda a un pariente, si se encuentran reunidas determinadas circunstancias. En tal sentido se ha dicho que "una de las importantes innovaciones en materia de responsabilidad parental radica en la regulación de figuras intermedias, cuya inexistencia generaba más de un problema a los operadores jurídicos. Y ello radica en aquellas situaciones en las cuales sea por decisión de los progenitores (art. 643 CCyC) o por disposición judicial (art. 657) en caso de especial gravedad, se disponga que el hijo/a conviva con un pariente" (Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso; "Código Civil y Comercial Comentado" Infojus, T II,

Corresponderá pues determinar, si en la especie, se encuentran reunidas las condiciones establecidas por la norma, sobre las cuales este Tribunal no emite opinión alguna. En definitiva, a la luz de la nueva legislación vigente, existen otros carriles por los que debe encausarse la acción, por lo que el archivo dispuesto debe revocarse.

POR ELLO, de conformidad con lo dictaminado por la Señora Asesora de Incapaces, SE RESUELVE: Revocar la resolución de fs. 76, en lo que ha sido materia de apelación y agravios.

Sin costas de esta instancia en razón de la forma en que quedó resuelta la cuestión ( art. 68 del CPCC).-

Regístrese, Notifíquese y Devuélvanse.-