Citar ABELEDO PERROT Nº: AR/JUR/88329/2015

**Tribunal:** Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 25

**Fecha:** 03/11/2015

**Partes:** Q., A. A. s/ guarda

**Publicado:** RDF 2016-V , 101 RDF 2016-V-101

PATRIA POTESTAD - Ejercicio - Hijos matrimoniales - Muerte, privación o suspensión de la patria potestad - Petición efectuada por la abuela paterna. Suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental. Protección de los derechos fundamentales de la niña

**NOTA A FALLO**

Sosa, María Mercedes; ~ La guarda judicial en el contexto del Código Civil y Comercial. Navegando entre los arts. 643 y 657 [Ver texto](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/documentVM?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=i4D7EE05843919894BE01BB1BF05C69E3)

**Sumarios**

1.ABUELOS - CENTRO DE VIDA DEL MENOR ~ DERECHOS DEL MENOR ~ GUARDA DEL HIJO ~ INTERES SUPERIOR DEL NIÑO ~ OBLIGACIONES DE LA MADRE ~ RESPONSABILIDAD PARENTAL ~ SUSPENSION DEL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

El ejercicio de la responsabilidad parental de una madre respecto de su hija menor de edad debe ser suspendido transitoriamente y transferido a su guardadora –en el caso, la abuela paterna–, pues teniendo en consideración las particularidades de la historia de vida de la niña, el vínculo, los lazos afectivos existente entre aquella y su abuela y la falta de interés por parte de su madre –en el caso, el padre ha fallecido– se considera esta la solución más beneficiosa para facilitar el desenvolvimiento cotidiano de su cuidado garantizando su pleno desarrollo, siendo además, la más apropiada para concretar el interés superior de la menor y para que no se vean afectados sus derechos, entre otros, su centro de vida.

2.DERECHO A SER OIDO - DERECHOS DEL MENOR ~ EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL ~ GUARDA DEL HIJO ~ INTERES SUPERIOR DEL NIÑO ~ RESPONSABILIDAD PARENTAL ~ SUSPENSION DEL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

La guarda de una niña menor de edad debe ser otorgada a su abuela paterna en los términos del art. 657 del Cód. Civil y Comercial, pues conforme las probanzas del caso y lo expresado por la propia niña se ha acreditado que la abuela puede brindarle todos los cuidados que ella necesita en pos de desarrollarse y crecer en el seno de una familia que la ampare tanto en lo material como en lo afectivo y espiritual, otorgándole un trato personalizado acorde a su edad, garantizando su integridad física, psicológica y social y respetando así su centro de vida.

3.CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION - CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO ~ DERECHOS DEL MENOR ~ INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

El interés del niño/a y adolescente – conforme art. 3.1, Convención de los Derechos del Niño, art. 3, Ley 26061 e inc. c, art. 706, Código Civil y Comercial –  debe ser el criterio superior que se imponga en todos los asuntos concernientes a aquellos que tomen tanto los tribunales, como las instituciones públicas o privadas y las autoridades administrativas o los órganos legislativos.

4.APLICACION DE LA LEY - APLICACION DE LA LEY EN EL TIEMPO ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ GUARDA DEL HIJO ~ LEY

Las disposiciones contenidas en el nuevo Código Civil y Comercial son de aplicación inmediata en el caso donde se peticionó la guarda de una niña menor de edad, conforme lo dispone el art. 7 de aquél cuerpo normativo, pues se trata de una situación no agotada al tiempo de la entrada en vigencia de la nueva ley.

**TEXTO COMPLETO**

**1ª Instancia**.- Buenos Aires, noviembre 3 de 2015.

Considerando: I. A fs. 9/13 se presenta la Sra. N. E. Q. solicitando la guarda de su nieta A. A. Q., nacida el día 12 de septiembre de 2003, hija de J. A. Q. y S. M. del P. (conf. fs. 3).

Relata en su presentación inicial, que la niña se encuentra conviviendo junto a ella desde su nacimiento. Menciona que tanto A. como sus padres, vivieron en su casa hasta que en el año 2007 la pareja parental se separa y decide que la niña quede al cuidado exclusivo del Sr. J. A. Q., residiendo padre e hija en el domicilio de la Sra. N. Q. quien colaboraba con el cuidado de A. Agrega que ésta situación no varió, ya que desde el fallecimiento del Sr. J. A. Q. —ocurrido el 6 de octubre de 2012, conf. fs. 4— la peticionante se hizo cargo de la niña, procurándole a su nieta amor, cuidado, protección material y espiritual acorde a sus necesidades.

Así planteada la problemática familiar, con fecha 8 de abril de 2014, se otorga la guarda provisoria de la niña A. Q. a su abuela paterna (ver fs. 40).

En cuanto a la madre de A. Q., Sra. S. M. del P., presta su consentimiento para que la guarda de su hija quede en cabeza de la Sra. N. E. Q., tal como surge del “otrosí digo” del escrito inicial (ver. fs. 13). En este sentido, adviértase que con fecha 21 julio de 2015 se notificó a la Sra. S. M. del P. el pedido de guarda de su hija, no habiéndose presentado a estar a derecho en estas actuaciones ni opuesto resistencia a la pretensión de la peticionante (conf. fs. 61/62).

II. Las probanzas producidas en autos dan como resultado que A. Q. ha estado conviviendo con su abuela materna desde su nacimiento y que desde la separación de los progenitores de la niña y luego del fallecimiento de su hijo, ésta se ha hecho cargo de la manutención, cuidado personal y educación de la niña en forma exclusiva (conf. informe escolar de la Escuela obrante a fs. 18/19, declaración de los testigos D. I., R. D., y C. a fs. 24, fs. 25/26 y fs. 27/28 respectivamente).

Del informe socio-ambiental realizado por la Lic. M. F. G. V. a fs. 52/53 surge que “(...) La señora Q. reparte sus días entre su empleo, las tareas del hogar y el cuidado de A. (...) La niña se encontraría en buen estado de salud general, realizaría controles pediátricos en el hospital cercano al barrio, su calendario de vacunas estaría al día (...) Fuera del horario escolar realiza tres veces por semana patín artístico (...). En el aspecto laboral y económico, los ingresos para la subsistencia del grupo familiar devienen de lo que percibe la señora Q. por la tarea que desempeña” Por último, la profesional concluye “Desde el relato y en una primera entrevista, la niña se hallaría contenida por su abuela y familia no conviviente (tíos, primos etc.)”.

De la evaluación socio-ambiental y de los informes del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal de fs. 20 se evidencia que la peticionante reúne las condiciones personales y cuenta con los medios suficientes para proveer al desarrollo psicofísico de la niña A. Q., garantizando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, culturales, económicos y sociales contemplados por la Convención sobre los Derechos del Niño.

III. El 1° de agosto de 2015 comenzó a regir el Cód. Civil y Comercial de la Nación —sancionado por la Ley 26.994—, esta transición normativa me lleva a aclarar sobre la ley que se aplicará en el caso de autos.

Los problemas del derecho transitorio se producen cuando un hecho, acto, relación, situación jurídica, se prolonga en el tiempo durante la vigencia de dos normas o más normas. Dicho de otro modo, la dificultad se plantea cuando se trata de relaciones o situaciones in fieri, que no se agotan instantáneamente, sino que duran en el tiempo, o que en su realización o ejecución, liquidación o consumación demandan tiempo, por lo que en parte al inicio, al concretarse o al nacer caen bajo el imperio de una norma, y en parte o partes (al realizarse las prestaciones o agotarse las consecuencias o los efectos de aquellas relaciones o situaciones jurídicas, de la o las siguientes o sucesivas), caen en otras (Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Cód. Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, págs. 20 y 21).

En efecto, el Cód. Civil y Comercial de la Nación reproduce el art. 3° del Cód. Civil derogado y establece en el art. 7° que a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y que las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. Por otra parte resalta que, la retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Como enseña Kemelmajer de Carlucci, el art. 3° del Cód. Civil tuvo su origen en una ponencia presentada por Guillermo Borda en el III Congreso de Derecho Civil celebrado en Córdoba en 1961, con la única variante referida a las normas supletorias, que no figura en la recomendación pero sí en el texto aprobado por la Ley 17.711. Borda se inspiró en las enseñanzas del jurista francés Paul Roubier, cuya obra es conocida como la más importante sobre la materia (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial... cit, p. 16).

La primera frase del art. 7° citado dice “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”. Las consecuencias son las derivaciones o efectos que reconocen su causa eficiente en las relaciones o situaciones jurídicas. La palabra “consecuencias” empleada por la ley se refiere a derivaciones fácticas y no a efectos jurídicos que la nueva ley puede atribuir a hechos pasados (conf. Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil. Parte general, 4ta. ed., Perrot, Bs. As., 1970, t. I, p. 147) (Expte. 52099/2015, “R., C. C. s/información sumaria”, Juzgado Nacional Civil N° 92, 28/08/2015, firme).

En ese aspecto cabe señalar que las situaciones jurídicas y relaciones jurídicas constituidas o extinguidas con anterioridad a la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Comercial se rigen por el Código Civil en atención a la irretroactividad de la nueva ley.

Al respecto se ha dicho: “la nueva ley rige no sólo para las situaciones que nacen después de su entrada en vigencia, sino también para las anteriores si se trata de situaciones no agotadas (Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial... cit., p. 18).

En esa tesitura se agrega: “La noción de consumo que subyace en el art. 7 fue tomada por Borda de la obra de Roubier, quien distingue entre leyes que gobiernan la constitución y la extinción de una situación jurídica, y leyes que gobiernan el contenido y las consecuencias. Cada fase se rige por la ley vigente al momento de esa etapa; el consumo o el agotamiento debe analizarse según cada una de esas etapas , en concreto, para cada tipo de situaciones, siendo imposible una formulación en abstracto, para todo tipo de cuestiones” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El artículo 7 del código civil y comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme” LA LEY 22/04/2015, LA LEY 2015-B, 1146 AR/DOC/1330/2015).

Frente a ello, se explica “[...] De cualquier modo, quizás ayude el planteamiento inicial de Roubier cuando dice: “El tiempo se descompone en tres momentos: presente, pasado y futuro. Por esta razón, hay tres posiciones posibles para la aplicación de una ley en el tiempo: ella puede tener efectos retroactivos si su aplicación se remonta al pasado; tiene efectos inmediatos si se aplica prontamente en el presente; tiene efectos diferidos si viniendo del pasado, se proyecta al futuro siendo que otra ley la ha sustituido” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial... cit, p. 28/29).

En esa línea de pensamiento, Roubier sostuvo que toda situación jurídica pasa por dos fases: una fase dinámica, que corresponde al momento de su constitución y su existencia, y una fase estática, que se abre cuando esa situación produce sus efectos. No existen problemas de aplicación ni de interpretación si la constitución o la extinción tienen un único momento. Si no es así, al momento de la entrada en vigor de la nueva ley la situación se puede encontrar: a) constituida; b) extinguida; o c) en curso.

De esta manera se esboza el siguiente esquema para sintetizar la aplicación de la ley con relación al tiempo, a saber: a) hechos cumplidos y b) hechos en curso. En la primera categoría, distingue entre las leyes que gobiernan la constitución y extinción de la situación, y aquéllas que regulan el contenido y los efectos. Las leyes que gobiernan la constitución o extinción de la situación no pueden afectar, sin retroactividad, a los hechos ya acaecidos que han implicado la adquisición o la extinción. Por su parte, si las leyes gobiernan el contenido y los efectos de la situación o relación, los que ya han sucedido también deben ser considerados hechos cumplidos y por lo tanto no pueden ser afectados por la nueva ley. En la segunda categoría, hechos en curso, caben las mismas distinciones. Para la constitución o extinción de la situación, debe diferenciarse entre situaciones jurídicas de formación continua (por ejemplo, la prescripción adquisitiva) y situaciones jurídicas de situación sucesiva, o sea, en escalones o etapas de su formación (por ejemplo, una venta que exige autorización judicial). En el caso de estas últimas, cuando se trata de actos entre vivos, los hechos que no han determinado la constitución o la extinción de una situación jurídica según la ley en vigor no pueden, por una ley nueva, ser considerados como que han producido esta constitución o extinción, sin que la ley declare la retroactividad. Es decir, la ley tiene efectos inmediatos sobre los actos en curso de formación. Por su parte, si las leyes gobiernan el contenido o los efectos, cabe distinguir entre situaciones legales y convencionales. En este sentido, no se discute la aplicación inmediata de la ley para los efectos que se produzcan en situaciones que tienen origen legal; en cambio, si las relaciones o situaciones tienen origen en actos particulares o convencionales, la regla es que los rige la ley vigente al momento de su constitución (Roubier, Paul, Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps), citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial..., cit., ps. 27; 32 a 34. (Expte N° 52099/2015, “R., C. C. s/ información sumaria”, Juzgado Nacional Civil N° 92, 28/08/2015, firme).

En ese sentido explica Medina: “Hay relaciones que se extinguen inmediatamente después de producidos los efectos. Pero otras relaciones jurídicas producen sus efectos durante un cierto período de tiempo (arrendamiento, préstamo, en general los contratos de duración). La doctrina de la relación jurídica establece criterios especialmente útiles para estas relaciones de larga duración, distinguiendo su constitución, sus efectos; y su extinción: (a) En cuanto a su constitución: las relaciones jurídicas constituidas bajo una ley persisten bajo la ley nueva aunque ésta fije nuevas condiciones para dicha constitución; (b) En cuanto a los efectos, se rigen por la ley vigente al momento en que estos efectos se producen, de modo que los efectos pasados se rigen por la ley antigua y los futuros por la ley nueva; (c) En cuanto a la extinción, se rige por la ley vigente al momento en que ésta ocurre” (Medina, Graciela, “Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código”, LA LEY 2012-E, 1302 y DFyP 2013 (marzo), p. 3).

En ese orden de ideas, las disposiciones contenidas en el nuevo Cód. Civil y Comercial son de aplicación inmediata en el presente caso.

IV. El Cód. Civ. y Comercial recepta la figura de la guarda por un tercero, sea por delegación del ejercicio de la responsabilidad parental por parte de los padres (art. 643), o por disposición judicial (art. 657), estableciéndose pautas específicas para su convalidación u otorgamiento y disponiéndose el plazo máximo de duración de la guarda.

De este modo, el art. 657 establece que en supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Por otro lado, se impone que vencido dicho plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en el ordenamiento jurídico y de acuerdo con las circunstancias del caso y requisitos normados.

En el segundo párrafo de la norma citada se reglamenta sobre los derechos y deberes del guardador, indicándose que aquél tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio.

Respecto de la innovación en la materia, se explica en los Fundamentos que acompañaron el Proyecto de Cód. Civ. y Comercial elaborados por la Comisión 191/2011 “(...). El Anteproyecto suple la actual carencia de normativa y regula la facultad de los jueces de apartar, excepcional y temporalmente, a un niño de su familia nuclear cuando se verifica que su permanencia en este medio familiar resulta contraria a su interés superior. En definitiva, se trata de regular las consecuencias jurídicas de medidas excepcionales como las previstas en los artículos 39 y siguientes de la Ley 26.061, que implican que el niño permanece transitoriamente en medios familiares alternativos. De este modo, al establecer los deberes y derechos de los guardadores, se otorga seguridad jurídica a este tipo de situaciones complejas”.

Ahora bien, la cuestión sobre el otorgamiento de la guarda a un pariente o tercero es estudiada detalladamente por Mizrahi quien sostiene que la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 643) parecería tener una mayor amplitud que el otorgamiento de la guarda en los términos del art. 657. Explica que el contenido del primer artículo citado parecería indicar que también se entrega al pariente el cuidado personal del hijo, lo cual se deduciría porque el precepto señala que los padres conservan el derecho de “supervisar la crianza y educación del hijo” y lo regular es que se “supervisa” lo que ejecuta otro, en el caso, la crianza, y mal se puede tomar a cargo ésta sin ocuparse del cuidado personal del niño (Mizrahi, Mauricio, “Responsabilidad parental”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, págs. 457/458).

A su vez, el referido autor señala “(...) En consecuencia, de lo delineado se deduce que la persona a quien se delegue el ejercicio de la responsabilidad parental (art. 643), tendría el cuidado del niño más el ejercicio de la responsabilidad parental. De manera diferente, el sujeto que tome a su cargo la guarda del hijo (art. 657), si bien tiene el referido cuidado personal, no ejercería la responsabilidad parental, la cual se mantendría en cabeza de los progenitores. Sin embargo, lo paradójico e incongruente de las soluciones legales es que se admite la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental para casos mucho más delicados que para los supuestos en que se entrega en guarda el niño, cuando debió ser a la inversa. En efecto, obsérvese que el “otorgamiento de la guarda a un pariente” tiene un marco de operatividad limitadísimo, pues sólo está previsto “en supuestos de especial gravedad” (art. 657). En cambio, la antes referida delegación tiene un ámbito bastante más amplio, ya que se le admite “por razones suficientemente justificadas” (art. 643). Vale decir, que la transferencia del ejercicio de la responsabilidad parental era la que debía reservarse para los supuesto de especial gravedad, y el otorgamiento de la guarda a un tercero tendría que haberse sustentado en razones suficientemente justificadas” (Mizrahi, Mauricio, “Responsabilidad parental”..., cit., pág. 458).

Ahora bien, la regla de excepcionalidad que establece el art. 657 debe interpretarse a la luz del art. 702 inc. d en cuanto establece que el ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure la convivencia del hijo con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en las leyes especiales.

En sintonía con ello, y como ocurre en el caso de autos, cabe señalar que la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental responde a aquellas situaciones de hecho en las que los progenitores no pueden ejercer los derechos y deberes parentales por distintas circunstancias enumeradas en la norma. En efecto, la suspensión de la responsabilidad parental opera de pleno derecho en la oportunidad que se detectan las causas que motivan la suspensión y hasta tanto aquellas no sean removidas.

En armonía con ese espíritu protector y en el supuesto en que se haya dispuesto un método alternativo de convivencia para la persona menor de edad —alejado de sus progenitores y permaneciendo con un tercero— se torna necesario dar una acabada respuesta a los alcances que implica el cuidado personal a favor del guardador designado.

En ese esquema, teniendo en consideración las particularidades de la historia de vida de A. Q., el vínculo, los lazos afectivos existente entre aquella y su abuela y la falta de interés por parte de su madre de hacerse cargo de la niña, considero que a los fines de facilitar el normal desenvolvimiento cotidiano del cuidado de ella y en pos de garantizar su pleno desarrollo, resulta beneficioso suspender el ejercicio de la responsabilidad que detenta su madre y transferir este ejercicio a la guardadora. Esta solución es la que considero más apropiada para concretar el interés superior de la niña y para que no se vean afectados sus derechos, entre otros, el respeto por su centro de vida.

V. Como dije anteriormente y dentro del contexto fáctico expuesto, es la consideración primordial del interés del niño/a y adolescente —conforme art. 3.1 de la CDN, art. 3 de la Ley 26.061— la que se impone como criterio superior en todos los asuntos concernientes a aquellos que tomen tanto los tribunales, como las instituciones públicas o privadas y las autoridades administrativas o los órganos legislativos. Esta pauta rectora cobra fundamental importancia en las situaciones como se describen en el presente caso y se plasma —entre otras normas dispersas en el CCiv. Com.— en el art. 706 inc. c) el que establece como uno de los principios generales de los procesos de familia que la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.

Al respecto, cabe recordar que la CSJN ya tenía dicho “... la atención principal al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto (...) se prioriza el del niño.”(CSJN, 12/06/2012, “N. N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas”, en LA LEY 2012-D, 182).

Por lo tanto, esta prioridad en la consideración, significa que cuando el interés superior del niño se enfrente con otros intereses, se hará prevalecer el primero. Pues ello surge del art. 3 in fine de la Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061 que dice: “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”

Sostiene Grosman que “... si la razón de los derechos del niño es asegurar sus necesidades básicas, deben pensarse en modos en que tales exigencias serán tuteladas. No basta con una enumeración de los derechos, sino que es preciso buscar los caminos para que tengan efectividad...” (Grosman, Cecilia P., “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia”, en LA LEY 23/05/1993).

Por otra parte, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido de manera expresa que “... el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar; que el niño debe permanecer en él, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. (Corte IDH, 25/06/2010, “Caso C. N. y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia”, Serie C No. 212, cit., párr. 157).

Al respeto se ha sostenido “el interés superior del niño debe interpretarse como un principio garantista, en virtud de la cual el juez valorará en cada caso, de acuerdo a las circunstancias particulares —inevitables, por cierto—, pero teniendo en cuenta y como eje fundamental, los derechos y garantías en juego, de tal forma que el interés superior del niño será la máxima satisfacción de los derechos posibles —en el caso concreto—, consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, y no la expresión deliberada y libre del intérprete.” (Solari, Néstor: “Aplicación del interés superior del niño en fallos de la Corte Suprema, DFyP 2010 (septiembre), 01/09/2010, 24. AR/DOc. 5604/2010).

En este aspecto, es preciso señalar los argumentos esgrimidos por el máximo Tribunal en el sentido que “?cada supuesto exige una respuesta personalizada, pues el interés superior del menor no es un concepto abstracto, sino que posee nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias, y la solución que se propicia no importa preterir la relevancia que adquieren las gestiones realizadas a fin de impedir la inobservancia de los requisitos legales, el tráfico de niños o las anomalías en la entrega de menores en estado de adoptabilidad.” (Corte Suprema de Justicia de la Nación - 2015-05-27 - M., M. S. s/ guarda. AR/DOC/2379/2015).

Ello así, este interés superior debe manifestarse específicamente en el logro de la mayor cantidad de derechos y por otro lado en la menor restricción de ellos, analizándose a tales efectos cómo los derechos y los intereses de A. Q. se ven o se verán afectados por las decisiones y las medidas que se tomen en relación a su persona o, en su caso, por la omisión de su dictado.

De conformidad con las ideas expuestas y las probanzas aportadas en la causa, las intervenciones realizadas por profesionales especializados en la temática, como así también lo manifestado por la propia niña a fs. 65 y a fs. 73, considero que el interés superior de la niña en el caso concreto es que aquella continúe siendo cuidada de manera personal por su abuela paterna y sea la Sra. N. Q. quien detente el ejercicio de la responsabilidad parental.

Considero que esta decisión es aquella que sin lugar a dudas, en la actualidad, resulta de mayor beneficio para la niña, puesto que privilegia su situación particular, su pleno desarrollo, evitando así las consecuencias dañosas que le puedan ocasionar resolver de otra manera. Máxime cuando es sabido que en esta materia, rige el principio de la provisoriedad en tanto no varíen las causas que motivaron el otorgamiento de la guarda en cabeza de un tercero.

VI. Por otra parte, corresponde dejar sentado que en autos se ha dado acabado cumplimiento con la obligación legal de oír a la niña.

El art. 26 del Cód. Civ. y Comercial regula la participación del niño en los juicios disponiendo que “la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona”. Del mismo modo, el art. 639 enumera dentro de los principios que rigen la responsabilidad parental, estableciendo en el inc. c), “el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”. Por último, el art. 707 señala que “los niños, niñas y adolescentes con edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio, y las personas mayores con capacidad restringida, tienen derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente. Deben ser oídos de manera personal, según las circunstancias del caso”.

Esa regla se complementa con las disposiciones de los arts. 24 y 27 de la Ley Nacional de Protección Integral de niños, niñas y adolescentes (Ley n° 26.061).

En la comunidad jurídica internacional el derecho del niño a ser escuchado se encuentra plasmado en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. El Comité de los Derechos del Niño estableció como margo general que el compromiso de los Estados de garantizar la escucha del niño en aquellos procesos donde se tenga que resolver sobre su cuidado personal, entre otras circunstancias, debiendo partir de la capacidad del niño para ser oído frente a la incapacidad.

En palabras de Grosman, “A medida que el niño crece y es poseedor del pensamiento abstracto, adquiere discernimiento para comprender el sentido de sus acciones, su valoración como sujeto de derechos en la relación paterno-filial significa reconocer su opinión y colaboración en las materias que afectan a su persona”. (Grosman, Cecilia P., en “El hijo como sujeto de derechos en el ejercicio de la autoridad parental”, Rev. Universitas, Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, n° 59).

Sobre ello, Kemelmajer de Carlucci explicó: “En la lectura de los dichos del menor, el Juez suficientemente capacitado, deberá desentrañar cual es la voluntad real, más allá de lo declarado sobre la base de eventuales adoctrinamientos e interferencias” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho constitucional del menor a ser oído” Revista Derecho Privado y Comunitario N° 7, Pág. 177, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1994).

Por último, es dable destacar que el derecho del niño a ser oído en casos como el presente, es de suma importancia por todos los restantes derechos que se ponen en juego y con el fin de colocar al niño, niña o adolescente como un verdadero sujeto de derechos. Esa postura fue tomada tanto en doctrina como en jurisprudencia, circunstancia que se evidencia en la práctica judicial en la que hace tiempo se ha procedido a escuchar a los niños, niñas y adolescente conforme a su edad y grado de madurez. (Ver, entre otros, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, R. C. A. E. c. G. A. A. s/ exhortos y oficios, 12/08/2015, La Ley Online, AR/JUR/27179/2015, Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, Accesoria de Familia e Incapaces s/ Medidas de Protección (S. S. B.), La Ley Online, 21/08/2015, AR/JUR/27891/2015) Cámara de Familia de Mendoza, “B. N. por su hija menor B. M. c. H. A. s/ privación de la patria potestad”, 03/06/2014, LA LEY Gran Cuyo 2015 (marzo) Cita online: AR/JUR/24172/2014).

En efecto, A. Q., ha sido escuchada en el marco de la entrevista mantenida en la Defensoría Pública de Menores e Incapaces N° 7, con fecha 11 de septiembre de 2015 (fs. 31) quien manifestó que se encuentra conviviendo con su abuela paterna desde hace mucho tiempo. Menciona que desde sus cuatro años de edad, sus padres se separaron y que ella permaneció residiendo con su progenitor en una vivienda lindera a la casa de su abuela. Añade que cuando su padre se fue al cielo (sic.) ella se incorporó a la convivencia con la Sra. N. Q. Agrega que se siente a gusto viviendo con la peticionante, con quién mantiene un buen vínculo y nunca le hizo faltar nada (sic.). Explica que cuenta con red social familiar y que mantiene relación con dos de sus hermanos por línea materna.

En relación al vínculo con su madre, indica que no ve la hace mucho tiempo, que nunca tuvo contacto asiduo con ella y que tampoco es su deseo retomarlo. Por último, manifiesta no querer que se introduzca ningún cambio en su organización familiar actual. Recientemente, esta posición fue ratificada por la niña en la entrevista mantenida con el suscripto y el Defensor Público Coadyuvante, Dr. J. B. C., conforme da cuenta el acta de fs. 73. Al mismo tiempo planteó el deseo que sea su abuela paterna la que siempre se ocupe de todas las cosas que se refieren a su vida, tanto de las pequeñas cosas como principalmente de las grandes, dando como ejemplo la autorización para salir del país o el manejo de sus bienes si los tuviera.

A tenor de los argumentos esbozados, ha quedado probado que la abuela paterna puede brindarle a A. Q. todos los cuidados que necesita la niña en pos de desarrollarse y crecer en el seno de una familia que la ampare tanto en lo material como en lo afectivo y espiritual, otorgándole un trato personalizado acorde a su edad, garantizando su integridad física, psicológica y social y respetando así su centro de vida.

VII. Por las razones expuestas, en mérito a lo normado por el art. 657 y concordantes del Cód. Civ. y Comercial, habiendo dictaminado la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces a fs. 66, resuelvo: 1) Otorgar la guarda de A. A. Q., nacida el día 12 de septiembre de 2003, hija de J. A. Q. y S. M. del P. a su abuela paterna, N. E. Q. 2) Asimismo, con carácter de medida cautelar, se declara transitoriamente la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental de la Sra. S. M. del P. respecto a su hija A. A. Q. y en consecuencia, se lo confiere a la guardadora designada en autos hasta tanto se concreten las actuaciones que correspondan, a los fines de dar cumplimiento con lo normado por el art. 657. 3) Firme la presente, hágase saber a la Sra. N. Q. que deberá aceptar el cargo conferido, que le será discernido apud acta, dentro del tercer día de notificada. 4) Notifíquese a la peticionante, a la madre de A. Q. y a la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces. — Lucas C. Aon.