

L° de sentencias DEFINITIVAS N° LXVII
Causa N° --;
Juz. N° 7 DE FAMILIA
J. S. S/ GUARDA A PARIENTES (DIGITAL)
REG SENT: --.--

En la ciudad de La Plata, a los dieciocho días del mes de mayo del año 2021, reunidos en acuerdo ordinario los señores jueces de la Excma. Cámara Segunda de Apelación, Sala Tercera, doctores Andrés Antonio Soto y Laura Marta Larumbe, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: **“J. S. S/ GUARDA A PARIENTES (DIGITAL)”**, (causa n° --), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, resultando de ella que debía votar en primer término el doctor Soto.

LA EXCMA. CAMARA RESOLVIÓ PLANTEAR LAS SIGUIENTES CUESTIONES:

1ra. ¿Es justo el decisorio dictado el día 3 de noviembre de 2020?

2da. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PROPUESTA EL DOCTOR SOTO DIJO:

I. En la sentencia cuestionada, la señora Jueza de la anterior instancia otorgó la guarda de S. J. a su hermana S. J. hasta que adquiriera la mayoría de edad.

II. En lo que importa destacar, señaló la Magistrada que la guarda a parientes regulada por el artículo 657 del Código Civil y Comercial, permite que ante casos de especial gravedad el juez otorgue el cuidado del hijo en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
EXCMA. CAMARA DE APELACION

cabeza de un pariente, ello siempre con carácter excepcional y por el plazo máximo de un año, prorrogable por razones fundadas, sin que ello implique privar a sus progenitores de la responsabilidad parental.

Explicitó que la guardadora designada adquiere un estatus jurídico frente a terceros que le permitirá ejercer con mayor eficacia las funciones inherentes al cuidado del niño o al adolescente, garantizando el ejercicio de sus derechos fundamentales, tales como el derecho a la salud, por las posibilidades de gozar de la cobertura médica del guardador, su derecho a la alimentación, escolaridad, entre otros. Agregó la Jueza que dado que el Código Civil y Comercial no brinda un remedio acorde a la situación que de hecho se encuentra viviendo S., su deber es encontrar una respuesta contenedora a fin de adoptar una solución permanente y apropiada para garantizar su interés superior.

Destacó que su hermana es quien se encuentra garantizando los cuidados de S., quien está contenido en el grupo familiar, por lo que es necesario continuar otorgando seguridad jurídica a la situación que se encuentran vivenciando desde el fallecimiento de su papá y la enfermedad de su madre.

III. Contra esa forma de decidir apeló la señora Asesora de Incapaces, expresando agravios el día 1 de febrero de 2021, con réplica de día 25 de febrero del mismo año.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
EXCMA. CAMARA DE APELACION

IV. En síntesis que se formula, expuso la Dra. Ozafrain de Ortiz que el niño S. J. tiene 13 años de edad, es hijo de M. de los A. D. y de R. H. J., quien ya falleció.

Luego de relatar las condiciones de salud de S. y los antecedentes de la causa, señaló que a pedido de S., le fue otorgada la guarda de su hermano de conformidad con lo normado por el artículo 657 del Código Civil y Comercial. Y que transcurrido el plazo mencionado, surgió de los elementos reunidos en autos la conveniencia de disponer su prórroga, pero conforme los términos previstos por la norma de fondo se podrá prorrogar la guarda por un único plazo de un año más.

Disintió con la decisión, afirmando que el argumento es una valoración personal "contra legem", aludiendo a la existencia de una laguna legal que no existe, dado que al finalizar el plazo de prórroga de la guarda a parientes, el juez a pedido de parte o sin él deberá acudir a la última frase del primer párrafo del artículo 657 del código sustancial que dispone "Vencido el plazo el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código".

Sostuvo que en autos la guarda preadoptiva no puede prosperar como consecuencia de la restricción impuesta por el artículo 601 inc. c) del Código Civil y Comercial, por lo que la única opción posible sería la de la tutela. Refirió seguidamente a lo dispuesto por el artículo 104 que también establece el modo de dar continuidad a la guarda a parientes cuando se ha cumplido la única prórroga anual prevista. Señalando que "La tutela está



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
EXCMA. CAMARA DE APELACION

destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental."

Concluyó que no solamente resulta excesivo el plazo creado interpretativamente cuando el artículo 104 prevé la continuidad de la protección del niño a través de la tutela, sino que además restringe la posibilidad de que la hermana se desempeñe como tutora con muchas más atribuciones, si es que la evolución del proceso así lo aconseja, brindándole mayores herramientas para la restitución y protección de sus derechos, constituyendo así una sentencia regresiva de derechos.

En su respuesta, S. S. afirmó que en el recurso se hace una errónea interpretación del artículo 104 del código Civil y Comercial puesto que prescribe "Si se hubiera otorgado la guarda a un pariente de conformidad con lo previsto en el Título de la responsabilidad parental, la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior; en igual sentido, si los titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a un pariente.

En este caso, el juez que homologó la delegación puede otorgar las funciones de protección de la persona y bienes de los niños, niñas y adolescentes a quienes los titulares delegaron su ejercicio. En ambos supuestos, el guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial".



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
EXCMA. CAMARA DE APELACION

Afirmó que se le atribuye al guardador las mismas facultades que al tutor, por lo que la figura utilizada resulta correcta para el caso, ya que la tutela se trata de una asistencia a una autonomía progresiva de las capacidades del menor, y se puede investir al guardador con las facultades del tutor, sin necesidad de cambiar la figura, tal como lo habilita el referido artículo 104.

El reconocimiento del guardador como representante legal es novedoso y necesario porque facilita y agiliza la dinámica de la vida diaria del niño para el acceso sus derechos a la salud, la educación, la estabilidad familiar, a su esparcimiento y a todos los demás derechos.

Que el abanico de derechos y obligaciones del niño y su guardador quedan cubiertas, por lo que el agravio esgrimido por la Asesora carece de sustento.

V. La presentación recursiva propuesta por la señora Asesora de Menores trae a este Tribunal el conocimiento de la historia de vida del adolescente S. J., hoy de 14 años de edad.

A instancia de su hermana S., quien promovió la guarda y encarna el rol procesal de parte apelada, supimos que S. nació el 17 de abril de 2007 y que a raíz del síndrome urémico hemolítico que padeció en el año 2008, cuatro años después recibió un riñón trasplantado.

Que en el año 2017 su padre falleció, su madre padeció un aneurisma cerebral en el mes de mayo de 2018, por lo cual desde entonces está al cuidado de su hermana S., en la ciudad de Lobos.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
EXCMA. CAMARA DE APELACION

Señaló la Jueza de la Primera Instancia que en la escucha del adolescente éste expuso que "...con su hermana se encuentra bien, contenido, y se realiza los controles médicos en el Hospital Garrahan al que lo lleva su hermana. Asimismo, respecto de su mamá manifiesta que si fuera por él no la vería más ya que lo amenaza mucho, y no entiende que él no quiere estar con ella".

También dijo S. a la Jueza que quiere seguir viviendo con su hermana S. y que ella quiere vivir con él.

El 1 de julio del año 2019 se otorgó la guarda provisoria a su hermana S. y se ordenó un perímetro de exclusión de 200 metros a su madre por el plazo de 60 días.

El 19 de octubre del año 2020, la Perito Trabajadora Social María Eugenia Stefanoff informó que mantuvo una entrevista telefónica con la guardadora, quien fue colaboradora, clara y precisa en sus respuestas, brindando el conocimiento necesario sobre la dinámica familiar que cuida a S.

El grupo familiar en la actualidad se compone por la entrevistada junto a su pareja A., de 22 años, su hija de cinco días de vida, R., y J. S.

S. realiza actividades de venta de productos naturistas y su pareja trabaja en una fundición en la misma localidad.

La vivienda es alquilada, de material con todos los servicios de luz, agua y gas; inserta en un barrio poblado.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
EXCMA. CAMARA DE APELACION

Continúa narrando la experta que el grupo familiar planea mudarse en diciembre próximo a una construcción en el mismo terreno de la madre de la entrevistada, sito en la misma localidad.

S. continúa sus clases de segundo año de secundaria en el mismo establecimiento educativo; la modalidad virtual le ha sido favorable y que también realiza actividad física "hard combat" en la localidad asistiendo a las clases presencialmente.

En cuanto esparcimiento, continúa con sus gustos como andar en bicicleta por la localidad y retomó los encuentros con dos amigos bajo todos los recaudos para protegerse de posible contagio de covid-19.

En el ámbito de la salud es asistido virtualmente por el Equipo Médico del Hospital Garrahan, donde los resultados de "valores de análisis clínicos" se encontrarían regularizados. Y queda pendiente una próxima "ecografía renal" presencial. Sigue con aceptación el tratamiento de medicación y médico que le es indicado.

Se encuentra razonablemente estabilizado en su peso y aumentó su talla conforme a su edad, manteniendo una buena alimentación y descanso.

Refiere asimismo que habría sido sorprendido por pesadillas los días que mantenía conversación con su progenitora, con quien en algunas ocasiones quiere comunicarse y posteriormente ha evidenciado cierto malestar en sus emociones.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
EXCMA. CAMARA DE APELACION

Mantiene contacto fluido y afectuoso con otros familiares, los demás hermanos y la madre la guardadora, quienes compondrían el núcleo afectivo familiar del adolescente.

Es beneficiario de la pensión de nación no contributiva, quedando pendiente la gestión de la Obra Social correspondiente.

En la opinión de la Trabajadora Social, S. está contenido en los aspectos fundamentales de alimentación, habitabilidad, educación, esparcimiento, salud y vínculos familiares.

Considera que ha podido afrontar momentos de angustia vinculados con su cuidado especial de salud y la imposibilidad temporal de realizar la vida normalmente, dado el cuidado especial del embarazo cursado recientemente por S.

Sugiere el seguimiento del Servicio Local para la obtención de la obra social en una delegación de ANSES, para lo cual se requiere solicitar a la progenitora la documentación original.

También señala la conveniencia de gestionar un espacio de tratamiento psicológico, según la demanda realizada por el adolescente a su guardadora.

Finalmente, que se cumplimenten los estudios médicos necesarios para continuar con su tratamiento médico.

El 20 de octubre del año 2020, y en forma previa dictar la sentencia cuestionada, la Jueza mantuvo una nueva entrevista con S., quien expuso que respecto de la convivencia con su hermana ahora estaba bien, luego de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
EXCMA. CAMARA DE APELACION

superar algunos malos momentos debidos a que se portaba mal y su hermana le decía que así no podían continuar conviviendo. Que entendió, mejoró y se llevan bien y ayuda con las tareas de la casa dado que su hermana hace cinco días tuvo una hija.

Contó que convive también con A., la pareja de su hermana, y que su abuela del corazón ahora vino por el nacimiento de su sobrina.

Que se están organizando y en dos meses les van a entregar una casita nueva que van a poner en el fondo donde tendría su habitación, que hoy comparte con su sobrinita recién nacida.

Contó sobre alternativas de la escuela y del cuidado de su salud, que tuvo que cambiar la dieta porque algunos análisis no habían dado bien y que realizaba deportes.

Respecto de la relación con su mamá, contó que tiene poco diálogo, que sigue todo igual porque su mamá quiere que él vaya a su casa y se quede y no entiende que él no va a ir a su casa a quedarse solo con ella, que se vieron en la plaza o en una heladería pero siempre con alguien cercano por si sucedía algo. Que se apena porque ella no entienda lo que pasa, o no le importe, que no haga el tratamiento médico que necesita.

Finalmente, S. expuso su parecer sobre la renovación de la guarda, señalando si de él dependiera, quisiera que se la renovaran por seis años más, pero que también aceptaba lo que la hermana dijera.

El 22 de abril pasado tomamos contacto con S., por vía telématica, y mantuvimos una fluida y fructífera conversación.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
EXCMA. CAMARA DE APELACION

Lo vimos pulcro, aseado, de buen humor y muy desenvuelto, comentando espontáneamente sus actuales circunstancias, como un pequeño resfriado que lo aquejaba en ese momento.

Contó que cursa el tercer año de secundaria, y lo hace de manera virtual por consejo médico.

También narró con precisión y soltura su rutina diaria, compuesta especialmente por las tareas escolares y dos veces por semana por la práctica del básquet.

Expuso sobre su núcleo familiar, compuesto por su hermana y sus sobrinos, entre ellos uno recién nacido, y también aludió a otros –entiendo que en referencia a hijos de los otros hermanos de su hermana-, con gran naturalidad y sentido de pertenencia.

Señaló también, al pasar, que su hermana se ocupa de las cuestiones médicas y que sigue las indicaciones de su “médico del Garrahan”, por ejemplo en cuanto a su escolarización virtual.

VI. Como ha señalado este Tribunal anteriormente, la atención del caso está dirigida a comprender y ofrecer a S., de catorce años, la respuesta jurisdiccional más adecuada a la situación de vida que le toca transitar, dado el prioritario y superior interés que le confiere el sistema jurídico (arts. 3, 9 y 12, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Constitución Nacional; 2, 3 y concs., ley 26.061; 1, 11, 15, 36.2 y concs., Constitución Provincial; 4, 5, 6, 7 y concs., ley 13.298; SCBA, causa 101.726, sentencia del 05/04/13; esta Sala, causa 125.988, RSD 130/20).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
EXCMA. CAMARA DE APELACION

En esa dirección, la materia de debate pone en crisis el alcance del artículo 657 del Código Civil y Comercial, cuyo primer párrafo limita a dos años la duración de la guarda, remitiendo luego a otras figuras del mismo Código la situación del niño, niña o adolescente.

La Dra. Karina Bigliardi en el entendimiento que este mecanismo no brinda un remedio acorde a la situación vive S., decidió extenderla hasta su mayoría de edad, generando las críticas de la señora Asesora.

Frente a la clara disposición legal interna debe destacarse que a fin de preservar el interés superior del adolescente, es necesario ofrecer una respuesta personalizada, dado que los conceptos abstractos pueden no satisfacer las necesidades de una persona de un nombre y apellido determinados, con una residencia precisa y circunstancias particulares (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación - 2015-05-27 - M., M. S. s/ guarda. AR/DOC/2379/2015).

A tales fines, adquiere especial relevancia la escucha activa a S. que se ha hecho en ambas instancias, que comprende no solamente el derecho a ser oído en todo proceso judicial que le concierna, sino a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en las decisiones que se tomen, valorando su grado de madurez (arts. 26, tercer párrafo, 639, inciso c, y 707, CC y C).

Mediante las tres intervenciones que tuvo S. en el proceso, el 11 de junio 2019, el 20 de octubre de 2020 y el 22 de abril de este año, es posible construir el contexto volitivo del adolescente, donde se destacan su rechazo a volver a vivir con su madre -no obstante las esporádicas comunicaciones



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
EXCMA. CAMARA DE APELACION

que tenga con ella-, su deseo de continuar viviendo con su hermana, precisando el aspecto temporal al expresar “por seis años más”.

Este deseo señalado con claridad es compatible con la excelente impresión que obtuvimos sobre su condición general al entrevistarlo hace menos de un mes, la favorable opinión pericial vertida por la Trabajadora Social, y la propia expresión de su hermana S. al solicitar al Tribunal la confirmación del decisorio cuestionado.

El artículo 104 del Código Civil y Comercial permite, si resultara beneficioso para el menor, que la protección de la persona y de los bienes del niño, niña y adolescente quede a cargo del guardador, ejerciendo en tal caso el guardador la representación legal en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial.

Vale decir que bajo el amparo de la institución de la guarda, S. asegura a S. el ejercicio de todos sus derechos, quien puede crecer y desarrollarse en un ambiente familiar, contenedor y donde quiere permanecer.

En esa dirección, la sentencia apelada contempla una solución que tiene realmente en cuenta la opinión de este adolescente, quien en una expresión madura conforme a su edad y grado de desarrollo, expuso su parecer con claridad, de manera que la decisión de la Primera Instancia es la que mejor se adecua a la consideración de su interés superior, pauta rectora que debe alumbrar toda decisión que sobre él se adopte.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
EXCMA. CAMARA DE APELACION

Es que, dadas las especiales circunstancias del caso, la edad de S. (14 años), el grado de madurez exhibido en cada una de las intervenciones requeridas y la convicción de sus expresiones, la revisión de su situación de vida dentro de un año, mediante el trámite del proceso de tutela como propone el recurso, conduciría a una revictimización incompatible con su interés superior, al imponerle un nuevo tránsito por los estrados judiciales para debatir y discernir sobre su futuro, cuando el estatus jurídico alcanzado permite su protección y su desarrollo integral (arts. 104 y 657, primer párrafo, última parte, Código Civil y Comercial).

En efecto, el adolescente que hoy escuchamos alegre, expectante sobre su futuro, responsable en sus estudios y atento al cuidado de su salud, debió superar los difíciles años de su infancia, donde perdió a su padre, se enfermó su madre quien no pudo –hasta el momento-, recuperarse adecuadamente para cuidarlo y asegurarle un hogar; hogar que le provee su hermana asegurando amorosamente su bienestar psicofísico (arts. 75 inc. 22, Const. Nac., 3 aparts. 1 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y concs.; SCBA; causa C. 118.503, 22/06/16).

Resulta necesario entonces analizar la norma interna que impone un plazo a la guarda desde la perspectiva convencional constitucional, dado que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como el de los Derechos del Niño, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo que compele a velar para que los efectos de las



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
EXCMA. CAMARA DE APELACION

disposiciones de la Convención no se vean obstruidos por la aplicación de normas contrarias a los fines trazados.

El diálogo de fuentes prescripto por el primer artículo del Código Civil y Comercial conduce a la conexión armónica de sus normas con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos, de modo que corresponde formular el control de convencionalidad y constitucionalidad, interpretando y aplicando la ley sustancial en forma modo coherente con el ordenamiento todo, mediante una decisión razonablemente fundada (arts. 2 y 3, Código Civil y Comercial).

Por tanto, y en el mismo sentido expresado por la Suprema Corte provincial "los textos positivos deben contrastarse con los antecedentes de hecho, máxime en asuntos en los que el interés del niño -de rango superior- opera imperativamente en un papel integrador, que llena los eventuales vacíos de la ley y prevalece sobre los preceptos cuya implementación se revele contraria a los derechos de aquél" (causa C. 121.612, 03/07/19).

Repárese en la trascendencia que tiene el control de constitucionalidad de las leyes, expresión de la supremacía del orden constitucional que recepta el artículo 31 de la Carta Magna, instrumento que nace por creación pretoriana de la Corte Suprema de Estados Unidos en el célebre caso "Marbury vs. Madison", en el año 1803.

Adoptada por nuestro país, esta herramienta puede ser utilizada por cualquier juez de la república -control difuso- y, tradicionalmente, requería en forma inexcusable la petición de la parte interesada, posición que fue



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
EXCMA. CAMARA DE APELACION

abandonada por la CS en el año 2001, a través de la sentencia dictada en el caso “Mill de Pereyra” (Fallos 324:3219. María Angélica Gelli, “Constitución de la Nación Argentina...”, ed. La Ley, año 2003, págs. 286/287; esta Sala, causa 118.115, RSD 55/15).

La Casación provincial adoptó el mismo temperamento oficioso a partir del caso “Zaniratto” (22/12/04), señalando en sus decisiones que “El control de constitucionalidad de las normas -conforme el ejercicio de la atribución que emana del art. 31 de la Constitución Nacional- constituye una cuestión de derecho y no de hecho, de ahí que el abordaje y resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de la defensa en juicio, la que no puede ser argumentada frente al derecho aplicable para resolver la contienda (causa L 117.516 S 01/04/2015, entre otros).

Las circunstancias fácticas expuestas, y las consideraciones vertidas requieren que sea declarada de oficio la inconstitucionalidad para el caso del artículo 657 del Código Civil y Comercial en cuanto limita temporalmente la guarda, por ser violatorio a los artículos 2, 3, 4, 12, 27, 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 31, 33, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, postulándose, con el alcance señalado, la confirmación de la sentencia apelada (art. 266, C. Proc.).

Voto en consecuencia por la **AFIRMATIVA**.

Por los mismos fundamentos la doctora LARUMBE votó en igual sentido.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
EXCMA. CAMARA DE APELACION

A LA SEGUNDA CUESTION PROPUESTA, EL DOCTOR SOTO

DIJO:

Obtenido el necesario acuerdo de opiniones al tratar y decidir la cuestión anterior corresponde: **I.** Confirmar la sentencia apelada, declarando de oficio la inconstitucionalidad para el caso del artículo 657 del Código Civil y Comercial en cuanto limita temporalmente la guarda. **II.** Imponer las costas por su orden dadas las particulares circunstancias del caso (art. 68, 2º parte, C. Proc.). **III.** Vuelvan los autos al Acuerdo para la regulación de los honorarios devengados en esta sede.

ASÍ LO VOTO.

La doctora LARUMBE adhirió en un todo al voto que antecede, con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dictándose por el Tribunal la siguiente:

S E N T E N C I A

La Plata, 18 de mayo de 2021.

AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO:

Que en el precedente acuerdo ha quedado establecido que el decisorio dictado el día 3 de noviembre de 2020 es justo (arts. 2, 3, 4, 12, 27, 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 31, 33, 75 inc. 22, Constitución Nacional; 168, 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 1, 2, 3, 104, 657, Código Civil y Comercial; 34, 68, 163, C. Proc.).

POR ELLO: corresponde: **I.** Confirmar la sentencia apelada, declarando de oficio la inconstitucionalidad para el caso del artículo 657 del Código Civil y Comercial en cuanto limita temporalmente la guarda. **II.**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
EXCMA. CAMARA DE APELACION

Imponer las costas por su orden dadas las particulares circunstancias del caso. III. Vuelvan los autos al Acuerdo para la regulación de los honorarios devengados en esta sede. **Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.**

REFERENCIAS: Funcionario Firmante: 18/05/2021 06:43:59 - SOTO Andrés Antonio - JUEZ

Funcionario Firmante: 18/05/2021 07:35:02 - LARUMBE Laura Marta - JUEZ