

Viedma, 12 de Octubre de 2021.-

Y VISTOS: Los presentes obrados caratulados: "RESERVADO ( SM.R.V.J. Y V.R.T.M.) S/ GUARDA", Expte. N° -, traídos a despacho para dictar sentencia de los que;

RESULTA:

1) Que se presenta en autos por intermedio de apoderada la Sra M.E.Q. D.N.I. - y solicita la guarda en los términos del art 657 respecto de los niños V.J.S.M.R. D.N.I. - y T.M.V.R. D.N.I. -, siendo ellos hermanos por parte de madre y resultando ser la actora la abuela paterna de la niña. Relata que los progenitores de los niños no pueden hacerse cargo de los mismos, estando ella siempre al cuidado de ellos. El progenitor del niño es el Sr N.J.S.M. con domicilio en Río de los Sauces - Modulo N° - de Viedma; el de la niña el Sr C.A.V (hijo de la actora) actualmente alojado en el complejo penal N° 1 y la madre de ambos, la Sra V.D.R, quien se encuentra alojada en la Unidad de Detención N° 13 del Servicio Penitenciario Federal de Santa Rosa, Provincia de la Pampa. Agrega que ella ha sido quien siempre estuvo presente para las numerosas intervenciones por parte de la SENAF cuando los niños vivían con la madre y padecían negligencia, violencia y maltrato por parte de la progenitora hasta el dictado de la última medida de protección, siendo ello lo que llevó a que planteara la presente medida. Solicita la inconstitucionalidad del art 657 respecto del niño V.J.S.M., pues no posee vínculo de parentesco, pero si un vínculo Socioafectivo profundo, ya que estuvo siempre cerca del niño y se comportó como su abuela, pasando largos períodos de tiempo en su domicilio. Asimismo manifiesta que el progenitor nunca se ha responsabilizado por el cuidado del niño y pese a que el organismo proteccional ha intentado que el mismo asuma sus funciones parentales, nunca se ha logrado, siendo ella quien sostiene a ambos niños, pretendiendo que vivan como hermanos y puedan permanecer juntos y en un ambiente adecuado. Agrega que en esta unidad procesal obra la medida de protección N° 0003/20/j7 respecto del niño V.J.S.M. donde el cuidado lo está detentando ella mediante disposición administrativa N° 037/20 de la SENAF. Relató los hechos en que se sustenta su pretensión, ofreció prueba, fundó en derecho y concretó su petitorio.-

2) Que notificados los progenitores de los niños del inicio de la presente demanda los mismos no se presentaron.

3) Que del informe socio ambiental realizado por el Departamento de Servicio Social del Poder Judicial en el domicilio de la Sra M.E,Q. se desprende que "la peticionante ejerce efectivamente la guarda de sus nietos, brindando contención a sus necesidades materiales y afectivas ante el conflicto familiar suscitado que desencadenó que los progenitores de la niña y la madre del niño estén privados de libertad. La señora M.E,Q, junto a su esposo, nietos y pequeño a cargo, conforman una organización extensa, con pautas de organización que reside en una sencilla vivienda de propiedad familiar que si bien dispone de condiciones de habitabilidad cubre muy ajustadamente los requerimientos de los dos núcleos que alberga momentáneamente considerando los ciclos vitales que transitan cada uno de sus miembros. Con recursos provenientes de su haber previsional y con los aportes que realiza su esposo por la actividad comercial que desarrolla, logra cubrir necesidades de subsistencia del grupo y particularmente las infantiles, sin percibir ninguna cobertura asistencial de carácter estatal a nombre de los pequeños En estas circunstancias, sostenida por el apoyo que le ofrece su cónyuge y disponiendo del consentimiento de su descendiente C.A.V,, con responsabilidad y afectividad se esfuerza por satisfacer los requerimientos

emocionales, materiales y formativos de su nieta T.M.V.R., ante la privación de la libertad paterna y las conductas maternas de desprotección desplegadas, compromiso que extiende al pequeño V.J.S.M.R., en función del sostenido desentendimiento de obligaciones parentales que afectan al señor N.J.S.M.." Extremo que ha quedado corroborado por las declaraciones testimoniales agregadas en autos.

5) Que el Código Civil y Comercial en su artículo 643 dispone: "En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un periodo más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido".

Es decir que la norma prevé dos supuestos: el convenio de partes para la delegación del ejercicio de la responsabilidad a un tercero (conf. art.640 inc. c) y el otorgamiento de la guarda mediante decisión judicial. Cabe resaltar que ambas son figuras excepcionales, es decir que deben existir razones que resulten fundadas en el interés de los niños involucrados.

De la atribución judicial del otorgamiento de la guarda se ocupa el art. 657 del mismo Código que expresa: "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 periodo igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código. El guardador 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".

Véase que esta norma está pensada para "supuestos de especial gravedad", lo que a las claras demuestra su carácter excepcional y que además la guarda debe ser atribuida a un pariente, quedando excluidos aquellos referentes afectivos de los niños que no tengan parentesco con ellos.

7) Que entonces, atañe al Juez fundamentar el carácter excepcional y necesario del otorgamiento de la guarda normada en los arts. 643 y 657 del C.C.yC., siempre teniendo en mira el interés de los niños o adolescentes a quienes está destinada a proteger y por el plazo máximo de un año, prorrogable por igual término, previa evaluación de las condiciones actuales, de la escucha de las partes y de las personas menores involucradas, siempre y cuando sea estrictamente necesaria su prórroga, vencido el plazo, corresponderá al Juez decidir la situación de los niños, niñas o adolescentes involucrados.

8) En el caso que nos ocupa, ambos niños se encuentran al cuidado de la abuela materna de T., siendo un fuerte referente afectivo del niño V., manteniendo un contacto fluido con sus progenitores, salvo con el padre del niño V.. Queda claro que actualmente sin los cuidados de la Sra Q. se encontrarían en estado de desprotección, y además, ha quedado acreditado que la abuela cubre todas sus necesidades

materiales y afectivas, procurando refortalecer el vínculo materno y paterno -filial, sin perder de vista su rol de abuela.

9) Ahora bien, respecto al planteo de inconstitucionalidad del art 657, ya me he expedido en otros fallos, sosteniendo que no resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad, toda vez que conforme lo expuesto y lo peticionado por la actora se vuelve obligatorio mirar la norma desde una perspectiva convencional-constitucional, en cuanto el art. 657 del CCyC veda la posibilidad de otorgar la guarda de un niño, niña o adolescente a referentes afectivos, privilegiando el parentesco por sobre la socioafectividad del niño.

El Código Civil y Comercial impone un sistema de interpretación de las normas diferente, el diálogo de fuentes, que obliga al intérprete, en este caso el juez, a confrontar la norma en cuestión con todo el ordenamiento jurídico internacional e interno, a fin de aplicar aquélla más favorable o protectora, en el caso que nos ocupa, al niño, niña o adolescente. El juez, entonces, está obligado a confrontar las normas, cuando entiende que aquélla que resulta aplicable colisiona contra derechos protegidos por la Constitución o los Tratados Internacionales en los que la Nación sea parte. Existe, sin duda, un deber del juez de realizar un control interno de convencionalidad-constitucionalidad, interpretando la ley de modo coherente con todo el ordenamiento para resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (arts. 1, 2 y 3 del CCyC).

10) Ahora bien, para abocarnos a esta tarea, debemos confrontar el art. 657 del CCyC (norma aplicable al caso) con el resto del ordenamiento jurídico nacional e internacional relativo a infancia (Convención Internacional de los Derechos del Niño, Constitución Nacional, Ley 26.061 y Ley 4109).

Para ello, necesariamente debe analizarse la noción de "socioafectividad" que ha sido dejada de lado por el art. 657 del CCyC que ubica a las relaciones basadas en el parentesco como las únicas viables para dar alojamiento y contención al niño que se encuentre separado de sus padres en "supuestos de especial gravedad" como prevé la norma en cuestión.

Parte de la doctrina mas moderna ha definido a la socioafectividad como la conjunción de dos elementos que lo integran y que hacen que lo fáctico sea esencial: lo social y lo afectivo; como lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social y como lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos. En definitiva, señala Marisa Herrera, se trata de desentrañar cuál es el peso real que tiene en la resolución de varios de los principales conflictos que involucran a niños, niñas y adolescentes, elementos fácticos, no jurídicos como es el querer, el desear, el estar, el cuidar, en definitiva, el afecto que desde la perspectiva jurídica se lo denomina como "socioafectividad" (Herrera, Marisa, "Socioafectividad e infancia ¿de lo clásico a lo extravagante?, Tratado de Niños, Niñas y Adolescentes, Ed. Abeledo Perrot, TºI, pags. 974 y 975).

La noción de la socioafectividad proviene del ordenamiento jurídico brasileño (art. 1584 del Cód. Civil brasileño) y ha dicho destacada doctrina de nuestro vecino país que: "La filiación socioafectiva resulta de la libre voluntad de asumir funciones parentales. El vínculo de parentesco se identifica a favor de quien el hijo considera ser su padre, aquel que asume las responsabilidades resultantes del poder familiar. La posesión de estado, como realidad sociológica y afectiva, puede mostrarse tanto en las

situaciones donde está presente la filiación biológica, como en aquellas en que la voluntad y el afecto son los únicos elementos y para eso el ejemplo más evidente es la adopción" (Dias, María Berenice, "Diversidad sexual e direito homoafetivo, citado por Herrera, Marisa, "Socioafectividad e infancia ¿de lo clásico a lo extravagante?, Tratado de Niños, Niñas y Adolescentes, Ed. Abeledo Perrot, TºI, pag 975).

Esta noción es plenamente aplicable a la realidad de V., que ha sido alojada afectiva y materialmente por la actora y su pareja, quienes construyen diariamente un lugar seguro para el niño y su hermana, donde se sienten cuidados, amados, protegidos y a quienes reconocen como "su familia". Así de la escucha realizada a los niños, de los expresado por los testigos y del informe sociambiental surge claramente que los niños sienten seguridad y contención con la Actora, sin diferenciar si es abuela o no de uno de ellos.

La familia constituye la subjetividad de un niño y complementa su identidad. Y como en el caso de V. la familia no siempre está asociada a la biología sino que a veces se encuentra ligada por los afectos, por el sentir, el amor, el cuidado que le brindan los actores que, sin tener vínculo de parentesco, se han constituido en los únicos referentes válidos y amados por estos pequeños.

11) Entonces el art. 657 del CCyC y su limitación al parentesco como única posibilidad del otorgamiento de guarda de niños con ausencia de cuidados parentales se contrapone al interés superior de V., porque "cumplir con la ley", en este caso tiene un costo muy alto para el niño, tan alto que lo dejaría sin familia. Porque está probado en autos que su madre biológica, está presa si saber cuando obtendrá la libertad, que ha colocado al niño numerosas veces en situación de riesgo extremas atento el grave problema de consumo que presenta.

12) Por lo expuesto, el art. 657 del CCyC resulta, para este caso concreto, anticonvencional, en cuanto limita la guarda de un niño, niña o adolescente a los parientes únicamente, dejando por fuera de la norma a sus referentes afectivos válidos. Ello, sumado al interés superior del niño, el cual se debe tener en mira al fallar, me llevan a sostener que la guarda debe otorgarse a la Q. conforme lo solicitado.

Por ello, de conformidad con lo peticionado, lo dictaminado por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces y el análisis realizado precedentemente, corresponde declarar la no aplicación de lo dispuesto en el artículo 657 del CCyC en cuanto limita el otorgamiento de la guarda únicamente a los parientes, dejando por fuera de la norma a los referentes afectivos (socioafectividad), por vulnerar derechos humanos y fundamentales de la infancia reconocidos por los Tratados Internacionales, la Constitución Nacional, leyes nacionales y provinciales, vulnerando el interés superior de V. (art. 3 CDN, art. 3 de la ley 26.061 y art. 10 de la ley 4109); su derecho a vivir en familia (art. 14 bis CN, art. 21 CDN, art. 31 y art. 33 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, arts. 3 inc. c), 7 y 10 de la ley 26.061 y arts. 4 y 5 de la ley provincial 4109); su derecho a la intimidad (art. 19 CN, art. 20 Const. Pcia de Río Negro, art. 10 Ley 26.061 y art. 17 de la ley 4109) y el respeto por su centro de vida (arts. 3 y art. 20 de la CDN, 3 inc. f) de la Ley 26.061, arts. 10, art. 12 y art. 27 de la ley 4109).

Por lo que entiendo que se encuentran cumplidos los requisitos que impone el art. 657 del C.C y C. para el otorgamiento judicial de la guarda respecto de la niños V.J.S.M.R. D.N.I. - y T.M.V.R. D.N.I. -, a la Sra. M.E.Q. quien resulta ser la abuela materna de la niña T. y un referente afectivo fuerte y sólido respecto de V., por el

plazo de 1 año haciéndole saber que está facultada para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana de los niños.

Hágase saber asimismo a la Sra. Q. que deberá continuar facilitando y promoviendo la vinculación y comunicación de los niños con sus progenitores y que finalizado el término de un año, por el que fue otorgada la presente guarda, deberá presentarse ante este mismo Juzgado de Familia con patrocinio letrado a los fines de su renovación, la que se concederá siempre y cuando se mantengan las condiciones que hicieron posible su otorgamiento y previa escucha de los niños en cuyo favor se ha dictado (arts. 640, 643 y 657 del C.C y C.).

Por lo expuesto;

RESUELVO:

I.- Otorgar la guarda judicial de V.J.S.M.R. D.N.I. - y T.M.V.R. D.N.I. -, a la Sra M.E.Q. DNI N° -, por el término de un (1) año, en los términos del artículo 657 del CC y C.-

Declarar la no aplicación de parte del art. 657 del CCyC en cuanto limita el otorgamiento de la guarda únicamente a los parientes, dejando por fuera de la norma a los referentes afectivos (socioafectividad), por vulnerar derechos humanos y fundamentales de la infancia reconocidos por los Tratados Internacionales, la Constitución Nacional, leyes nacionales y provinciales, vulnerando el interés superior de V. (art. 3 CDN, art. 3 de la ley 26.061 y art. 10 de la ley 4109); su derecho a vivir en familia (art. 14 bis CN, art. 21 CDN, art. 31 y art. 33 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, arts. 3 inc. c), 7 y 10 de la ley 26.061 y arts. 4 y 5 de la ley provincial 4109); su derecho a la intimidad (art. 19 CN, art. 20 Const. Pcia de Río Negro, art. 10 Ley 26.061 y art. 17 de la ley 4109) y el respeto por su centro de vida (arts. 3 y art. 20 de la CDN, 3 inc. f) de la Ley 26.061, arts. 10, art. 12 y art. 27 de la ley 4109).-

II.- Hacer saber a la peticionante que queda bajo su responsabilidad el resguardo de la integridad psicofísica de los niños y que se encuentra facultada para tomar las decisiones relativas a las actividades de sus vidas cotidiana.

III.- Hacer saber a la guardadora que se encuentra facultado para percibir las asignaciones familiares ordinarias y extraordinarias y/o asignación universal, que por su guarda correspondan, haciendo extensivo los beneficios de la obra social pertinente, salvo que existan otros beneficiarios que los perciban.

IV.- Hacer saber a la guardadora que finalizado el término de un año, por el que fue otorgada la presente guarda, deberá presentarse ante este mismo Juzgado de Familia con patrocinio letrado a los fines de su renovación, la que se concederá siempre y cuando se mantengan las condiciones que hicieron posible su otorgamiento (arts. 640, 643 y 657 del C.C y C.). Asimismo, hágase saber que deberá continuar facilitando y promoviendo la vinculación y comunicación de los niños con su progenitora.-

V.- Sin costas en atención al carácter de la representación del Ministerio Público de la Defensa (art. 68 2do. párrafo C.Pr., arts. 22 inc. a) y 39 Ley K 4199).-

VI.-Firme que se encuentre la presente, expídase testimonio y/o fotocopia certificada por Secretaría.-

VII.- Regístrese, protocolícese, notifíquese y a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces en su despacho.

MARÍA LAURA DUMPÉ  
JUEZ