

GUARDA JUDICIAL

Solicitud formulada por el “referente afectivo”. CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. Aplicación. RESPONSABILIDAD PARENTAL. Delegación en un tercero. Valoración de la conducta asumida en el proceso. REGIMEN COMUNICACIONAL. Petición del padre biológico. Diferimiento por ausencia de prueba. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. Admisión de la guarda.

Otorgan guarda a referente afectivo sin declarar inconstitucionalidad del art. 643 CCyC

El art. 104 CCyC prevé dos supuestos para el otorgamiento de la guarda a un tercero para su protección, y en función de su interés superior aplicable y determinado al caso concreto. Por el primero, art. 643 CCyC, en el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir con una tercera persona la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental. Este acuerdo debe ser homologado judicialmente previa audición del niño y tienen como duración el plazo máximo de un año, pudiéndose este renovar por un período igual cuando haya razones suficientes que lo justifiquen. Por el segundo, art. 657 CCyC, en conjunción con el art. 607, penúltimo párr. *ibídem*, y en supuesto de especial gravedad –como lo es el caso de autos–, el juez puede otorgar la guarda a un tercero pariente o no, atento revestir la persona del peticionante la calidad de referente afectivo del joven, quien se ofrece asumir su guarda o tutela, por el plazo de un año que será prorrogable por razones fundadas en un tiempo de igual periodo. Vencidos estos plazos, el juez debe resolver la situación del niño/a o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código Civil y Comercial de la Nación. No existe necesidad de la declaración de inconstitucionalidad por cuanto la limitación del art. 643, *ibídem*, de guarda en favor de un pariente, es salvable con una correcta interpretación y aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que permite neutralizar la declaración de abandono y situación de adoptabilidad de un niño recurriendo al “referente afectivo” y los referentes afectivos se encuentran indirectamente legitimados a serlo (guardadores) por aplicación del segundo párrafo del art. 607 CCyC, en consecuencia, como el juez se encuentra obligado a realizar una interpretación “conforme” a la Constitución y salvar las impropiedades normativas, sin llegar a la declaración de inconstitucionalidad de una norma que interpretada aisladamente parece serlo, no corresponde la declaración de inconstitucionalidad del art. 643, *ibídem*

Hechos

Llega la causa al Juzgado de competencia múltiple de Corral de Bustos con motivo de la presentación del Sr. C.H.C. donde peticiona la guarda judicial del menor V. E. R., nacido el día 29-12-2002 contra los progenitores Andrea Jimena I. y Eduardo José R.. Manifiesta que el menor V. E. D., había sido abandonado por sus padres, y desde muy chiquito se hizo cargo del mismo, quien fuera mi concubina y madre de mis tres hijos, Patricia Norma C.. Expone que vivió en concubinato junto a ésta última, durante 34 años y por una enfermedad falleció el día 7 de enero del año 2014 en la ciudad de Rosario. Relata que su concubina obtuvo la guarda judicial del mismo por trámite realizado ante ésta sede.

Relata que fruto de dicha convivencia tuvo y tiene un trato paternal, que en la actualidad vive con él, lo asiste en temas de vivienda, salud y vestimenta. Refiere que se encarga de su crianza y mantención junto con sus otros tres hijos, ya mayores de edad, todo lo cual, motiva el presente pedido de guarda. Refiere que de los padres de sangre del menor no se tienen noticias, ni siquiera se han interesado por la suerte del mismo.

Hace saber que tiene un ingreso mensual, vive en el inmueble de propiedad de su concubina donde se encuentran todas las comodidades y confort para que pueda crecer en forma armoniosa. Asimismo, se encuentra maduro afectivamente y con los medios materiales necesarios para enfrentar la educación y manutención del menor. Fundamenta su derecho al que me remito. Ofrece prueba documental, informativa, pericial, testimonial y audiencia. I

mpreso el trámite de ley (abreviado) a fs. 13, se cita a comparecer y contestar la demanda incoada a los progenitores del menor, Sra. Andrea Jimena I. y Sr. Eduardo José R. en el término de seis días de conformidad a lo dispuesto por el art. 508 del CPCC. Quienes no comparecen a contestar la demanda conforme surge de fs. 46/47, 50. Toma intervención la Asesoría Letrada de la sede a fs. 30. Que a fs. 56/58 comparece espontáneamente el señor Eduardo Jose R. con su abogado apoderado designado Ad Hoc Doctor Mateo Schott, denuncia hecho nuevo solicita régimen de visitas amplio.

Diligenciada la prueba que consta en autos (fs. 55 y 324), a fs. 318/319, fs. 353, 359 y 377 contesta la vista la Asesora Letrada, quien peticiona la declaración de inconstitucionalidad del art. 643 del CCyC y, concluye que “...estima que lo más conveniente para el bienestar del menor es no modificar el status quo existente...” (v. fs. 318/319) y en relación al régimen comunicacional del menor Víctor R. con su

progenitor Eduardo R. manifiesta a fs. 377: “...teniendo en consideración las audiencias celebradas a fs. 359 y 390 en donde estuvo presente el equipo técnico de la sede y de donde surge que fue sumamente positivo el encuentro; que sería conveniente la actuación de psicólogos sistemáticos familiares, que oficien de mediadores para fortalecer el vínculo entre el Sr. Eduardo R. y su hijo Víctor R...”, continua “...estimo que las mismas deberán seguir llevándose a cabo con las previsiones aportadas por el Equipo Técnico, teniendo en consideración el interés superior del menor.” A fs. 246 se certifica la realización de audiencia privada personal con el menor Víctor R.. A fs. 345 se dicta el proveído de autos y a fs. 383 queda la causa en condiciones de ser resuelta.-

Doctrina del fallo

I) Que, a fs. 2/3 obra la documental que se acreditan los vínculos invocados.

II) Que, el hecho del fallecimiento de la señora Patricia Norma C. se encuentra acreditado conforme surge de las constancias de SAC con el inicio los autos caratulados: “**C. Patricia Norma - Declaratoria Herederos SAC Nro. 1733337**”.

III) Que, el Tribunal no puede dejar de señalar que en el tránsito a resolver los presentes, el Código Civil –Ley 340 y modif.- ha quedado derogado por la Ley 26.994, entrando a regir a partir del 01.08.15 el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que en virtud de su art. 7 expresa que se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes; y que como expresa la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en reiteradas oportunidades, 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; id. “D.I.P., V. G. y otro c/Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/amparo”, sent. 6/08/2015; entre muchos otros).

Es claro que en el sub-yudice, la cuestión relativa a la concesión de la guarda solicitada se encuentra en tránsito de establecerla; razón por la cual corresponde aplicar la normativa contemplada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

La doctrina vernácula ha señalado que “...La designación como guardador, en el caso, apunta a la protección de la persona y bienes del hijo menor de edad, es decir, al aspecto personal. (...) el Código prevé en los supuestos de delegación de guarda a un tercero, en el que el juez puede designar a dicho guardador como el representante legal del niño/a o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial. El art. 104 CCyC, luego de definir al instituto de la tutela, dice: ‘...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 toda aquellas cuestiones de carácter patrimonial’” (cfr. Herrera – Caramelo – Picasso, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T I, Infojus, p. 281/282).

Esta norma prevé dos supuestos para el otorgamiento de la guarda a un tercero para su protección, y en función de su interés superior aplicable y determinado al caso concreto. Por el primero, art. 643 CCyC, en el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir con una tercera persona la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental. Este acuerdo debe ser homologado judicialmente previa audición del niño y tienen como duración el plazo máximo de un año, pudiéndose este renovar por un período igual cuando haya razones suficientes que lo justifiquen. Por el segundo, art. 657 CCyC, en conjunción con el art. 607, penúltimo párr. ibídem, y en supuesto de especial gravedad –como lo es el caso de autos-, **el juez puede otorgar la guarda a un tercero pariente o no, atento revestir la persona del peticionante la calidad de referente afectivo del joven R., quien se ofrece asumir su guarda o tutela**, por el plazo de un año que será prorrogable por razones fundadas en un tiempo de igual periodo. Vencidos estos plazos, el juez debe resolver la situación del niño/a o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código Civil y Comercial de la Nación.

En mi juicio, no hay necesidad de la declaración de inconstitucionalidad que petitiona el Ministerio de Menores en su dictamen a fs. 318/319, por cuanto la limitación del art. 643, ibídem, de guarda en favor de un pariente, es salvable con una correcta interpretación y aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que permite neutralizar la declaración de abandono y situación de adoptabilidad de un niño

recurriendo al “*referente afectivo*” y, como señala la Dra. Maria Herrera los referentes afectivos se encuentran indirectamente legitimados a serlo (guardadores) por aplicación del segundo párrafo del art. 607 CCyC (cfr. Herrera – Caramelo – Picasso, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T II, Infojus, p. 507), en consecuencia, como el juez se encuentra obligado a realizar una interpretación “conforme” a la Constitución y salvar las impropiedades normativas, sin llegar a la declaración de inconstitucionalidad de una norma que interpretada aisladamente parece serlo, no corresponde la declaración de inconstitucionalidad del art. 643, *ibídem*.

IV) Que a fs. 2 obra partida de nacimiento del menor de edad y fs. 16 copia del documento que acredita identidad del compareciente. Que a fs. 18/27 luce documental que acredita antecedentes penales.

V) Que a fs. 32 y 46/47 obra cédulas de notificación dirigida a la progenitora y progenitor. Que a fs. 56/58 obra comparendo del progenitor con su abogado apoderado designado de oficio como Ad Hoc (Dr. Schott), quien denuncia hecho nuevo y solicita régimen comunicacional. Que dichas conductas deben ser valoradas por el Suscripto, como presunción del desinterés en la prosecución de la pretensión del actor, por parte de la progenitora y por parte del progenitor quien compareció sin negar la misma y simplemente se limita a solicitar un régimen comunicacional (v. fs. 56/58).

VI) Que a fs. 111/225 se encuentra agregado oficio remitido por la Secretaria de la sede, en el cual, se acompañan *copias certificadas de los autos:* “*R. Víctor Prevención (Rehace) SAC Nro. 2278223*”. Que a fs. 195/198 obra copia del Auto Número veintisiete de fecha veintinueve de octubre del año dos mil diez, por el cual, se Resolvió otorgar la Guarda judicial del niño V. E. R. a la Sra. Patricia Norma C. DNI 16.329.89, quien acepta el cargo conforme surge de copia agregada a fs. 208 con fecha once de abril del año dos mil once. Que dicha causa fue archivada conforme surge de copia obrante a fs. 223. **Que la señora Patricia Norma C. conforme surge de los autos que tramitan ante éste mismo Tribunal Sac Nro. 1733337 ha fallecido.**

VII) Que a fs. 4 obra declaración jurada de fecha treinta y uno de enero del año dos mil catorce donde el señor C. declara que vivió en aparente matrimonio (concubinato) durante treinta y cuatro años con la señora Patricia Norma C. hasta su fallecimiento. Manifestaciones que fueron ratificadas por los dos testigos ofrecidos.

VIII) Que a fs. 246 obra constancia de entrevista privada del joven V. E. R. en presencia del Suscripto y de la Asesoría Letrada de la sede.

IX) Que a fs. 313, 314 y 315 lucen agregadas las declaraciones testimoniales de los Sres. Víctor Hugo Lobos DNI 22.198.385, Carlos Rubén Salcedo DNI 13.696.678 y Silvia Graciela Giovagnoli DNI 16.141.734, quienes manifiestan en respuesta a las cláusulas sexta y séptima del pliego de preguntas (v. fs. 312): “...*el trato de padre-hijo, y de hermano-hermano...*”, “... *el menor vive con Carlos Héctor y los hermanos lo visitan diariamente...*”; “...*el trato es bueno...*”, “...*el menor vive con Carlos Héctor C. y la madre de Carlos y cree que los hermanos lo visitan todos los días...*”; “...*que el trato es bueno, normal, que siempre lo aceptaron bien...*”, “...*el menor vive con Carlos C., y el menor lo visitan todos...*”.

X) Que a fs. 275/277, luce agregado el informe realizado por la Licenciada Débora Roldán psicóloga del Equipo Técnico, quien en su apreciación profesional expresa que, “...*alejar el niño de su centro de vida, sería perjudicar el desarrollo psico-afectivo que ha logrado. Primar por sobre todo, la necesidad del niño es la intensión del Sr. C., intentando no cosificar al menor, como portador de un derecho de bienes materiales que ha heredado.*”

Asimismo a fs. 337/340, conforme prueba surgida del hecho nuevo agregada por el progenitor, señor R., surge el siguiente informe de la Lic. Roldán quien manifiesta: “...*No existieron variaciones respecto del discurso del menor; la modificación fue lo emocional referente al tema que lo involucra, debido a que Víctor, se encuentra angustiado y con temor de alejarse de su familia (C.), y deja expresamente claro que no quiere tener contacto con el Sr. R., que no le interesa conocerlo y que lo dejen tranquilo con todo esto...*”; continua: “... *En esta nueva entrevista, el niño pone de manifiesto que sabe quién es (padre biológico), y afirma no querer tener relación alguna con él...*”, la Lic. Roldán expresa: “...*considero que el proceso de revinculación entre el señor R. y el niño Víctor R., se produzca respetando los tiempos del menor, sin exigir al niño, teniendo en cuenta, las sugerencias de la actual psicóloga tratante del niño, quien sabrá cuál es el momento propicio para que este encuentro se efectúe....*”.

XI) Que a fs. 329/330 obra informe Encuesta Socio Ambiental de la Licenciada Noelia Maguregui del Equipo Técnico en el domicilio del señor Eduardo José R., la cual, manifiesta: “... *El Sr. insiste en que solo desea ver al niño, tener contacto con él, que no pretende llevarlo a vivir a su casa pero si quiere estar en contacto continuo...*”; “...*afirma que le gustaría mucho que el joven Víctor R. pueda conocer a sus hermanos pequeños...*”;

XII) Corrida vista a la Asesora Letrada de la sede, la misma la evacua a fs. 318/319 y fs. 377, manifestaciones a las que me remito en los vistos pertinentes.

XIII) Que conforme el hecho nuevo incorporado por el progenitor del joven Víctor y la prueba aportada, corresponde entrar al análisis del **régimen comunicacional solicitado por el progenitor**: Que debe entenderse que en toda esta cuestión debe primar el “**interés superior del menor**”, como lo dispone el Preámbulo y el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño –pacto con jerarquía constitucional, art. 75 inc. 22, C.N.-. Como lo hemos dicho en varias oportunidades que tuvimos que resolver sobre la problemática de menores, el “interés superior del niño” es un concepto jurídico indeterminado, un principio abierto, esto es un “*principio de sustancia inacabada*”; el mismo debe ser valorado en el caso concreto.

Asimismo, la CSJN 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*” y es así que “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 dejar 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”. En España, también se ha dicho que de acuerdo con la STS 47/2015, de 13 de febrero de 2015, no debemos olvidar que cuando hacemos referencia al interés superior del menor, no nos estamos refiriendo a un interés abstracto, sino “*el interés de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso.*”

Que conforme a ello, entendiendo el Suscripto que en el sub lite debe reordenarse la revinculación con la mediación de profesionales capacitados, conforme surge de informe obrante a fs. 370/370vta. y atento no contar en ésta oportunidad con elementos de prueba suficiente que permitan determinar un régimen comunicacional acorde al interés superior del joven de autos, considero prudente en ésta etapa procesal, diferir su establecimiento para una etapa de ejecución de sentencia, permitiendo con ello la no exposición del joven a situaciones de vulnerabilidad.

XIV) Costas: atento la cuestión sometida a análisis costas por el orden causado (art. 130 del CPCC).

XV) Que conforme constancias de autos, lo informado por la Psicóloga y Trabajadora Social de la Sede, la vista evacuada por la Asesora Letrada Ad-Hoc, y que la medida solicitada redunde en beneficio del joven menor de edad, y lo dispuesto por el art. 104, 607 “a contrario sensu”, 657, 706, 707 y conc. del CCCN, arts. 74 y conc. del C.A.:-

Resolución

I) Otorgar la Guarda Judicial provisoria del menor de edad V. E. R. al Sr. C. C. H., quien deberá velar por la salud y el cuidado de los mismos, con la obligación de asistirlo convenientemente en todas las necesidades físicas morales e intelectuales, y con la facultad de tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, por el plazo de un (1) año que será prorrogable por razones fundadas por un tiempo de igual periodo, debiendo el guardador comunicar al tribunal cualquier novedad que se produjere.- **II)** Líbrese acta de aceptación de cargo respectiva, con noticia a la Asesora Letrada.- **III)** Diferir el régimen comunicacional para un momento ulterior de ejecución de sentencia, atento no haber elementos suficientes que permitan determinar el mismo en resguardo del interés del menor de edad. **IV)** No regular los honoraR. de los letrados intervinientes de conformidad al art. 26 CA “a contrario sensu”.

Juzgado de 1º Inst. en lo C.C. Conc., Flia. Control de Corral de Bustos. Auto N° 319. 12/09/17. “C.C.H- guarda- contencioso”. Fdo. Claudio Daniel Gómez.

AUTO NÚMERO: TRESCIENTOS DIECINUEVE.-

Corral de Bustos - Ifflinger, doce de septiembre de Dos Mil Diecisiete.-

Y VISTOS: Estos autos caratulados: “C., CARLOS HÉCTOR – GUARDA - CONTENCIOSO” (Expte. N° 2002295), de los que resulta que a fs. 10/12 comparece el Sr. Carlos Héctor C., DNI

13.696.669, con el patrocinio letrado del Doctor Gonzalo Jauregualzo y peticiona la guarda judicial del menor V. E. R. DNI 44.606.200, nacido el día 29-12-2002 contra los progenitores Andrea Jimena I. y Eduardo José R.. Manifiesta que el menor V. E. Díaz, había sido abandonado por sus padres, y desde muy chiquito se hizo cargo del mismo, quien fuera mi concubina y madre de mis tres hijos, Patricia Norma C.. Expone que vivió en concubinato junto a ésta última, durante 34 años y por una enfermedad falleció el día 7 de enero del año 2014 en la ciudad de Rosario. Relata que su concubina obtuvo la guarda judicial del mismo por trámite realizado ante ésta sede.

Relata que fruto de dicha convivencia tuvo y tiene un trato paternal, que en la actualidad vive con él, lo asiste en temas de vivienda, salud y vestimenta. Refiere que se encarga de su crianza y mantención junto con sus otros tres hijos, ya mayores de edad, todo lo cual, motiva el presente pedido de guarda. Refiere que de los padres de sangre del menor no se tienen noticias, ni siquiera se han interesado por la suerte del mismo.

Hace saber que tiene un ingreso mensual, vive en el inmueble de propiedad de su concubina donde se encuentran todas las comodidades y confort para que pueda crecer en forma armoniosa. Asimismo, se encuentra maduro afectivamente y con los medios materiales necesarios para enfrentar la educación y manutención del menor. Fundamenta su derecho al que me remito. Ofrece prueba documental, informativa, pericial, testimonial y audiencia. I

mpreso el trámite de ley (abreviado) a fs. 13, se cita a comparecer y contestar la demanda incoada a los progenitores del menor, Sra. Andrea Jimena I. y Sr. Eduardo José R. en el término de seis días de conformidad a lo dispuesto por el art. 508 del CPCC. Quienes no comparecen a contestar la demanda conforme surge de fs. 46/47, 50. Toma intervención la Asesoría Letrada de la sede a fs. 30. Que a fs. 56/58 comparece espontáneamente el señor Eduardo Jose R. con su abogado apoderado designado Ad Hoc Doctor Mateo Schott, denuncia hecho nuevo solicita régimen de visitas amplio.

Diligenciada la prueba que consta en autos (fs. 55 y 324), a fs. 318/319, fs. 353, 359 y 377 contesta la vista la Asesora Letrada, quien peticiona la declaración de inconstitucionalidad del art. 643 del CCyC y, concluye que “...estima que lo más conveniente para el bienestar del menor es no modificar el status quo existente...” (v. fs. 318/319) y en relación al régimen comunicacional del menor Víctor R. con su progenitor Eduardo R. manifiesta a fs. 377: “...teniendo en consideración las audiencias celebradas a fs. 359 y 390 en donde estuvo presente el equipo técnico de la sede y de donde surge que fue sumamente positivo el encuentro; que sería conveniente la actuación de psicólogos sistemáticos familiares, que oficien de mediadores para fortalecer el vínculo entre el Sr. Eduardo R. y su hijo Víctor R....”, continúa “...estimo que las mismas deberán seguir llevándose a cabo con las previsiones aportadas por el Equipo Técnico, teniendo en consideración el interés superior del menor.” A fs. 246 se certifica la realización de audiencia privada personal con el menor Víctor R.. A fs. 345 se dicta el proveído de autos y a fs. 383 queda la causa en condiciones de ser resuelta.-

Y CONSIDERANDO:

I) Que, a fs. 2/3 obra la documental que se acreditan los vínculos invocados.

II) Que, el hecho del fallecimiento de la señora Patricia Norma C. se encuentra acreditado conforme surge de las constancias de SAC con el inicio los autos caratulados: “**C. Patricia Norma - Declaratoria Herederos SAC Nro. 1733337**”.

III) Que, el Tribunal no puede dejar de señalar que en el tránsito a resolver los presentes, el Código Civil –Ley 340 y modif.- ha quedado derogado por la Ley 26.994, entrando a regir a partir del 01.08.15 el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que en virtud de su art. 7 expresa que se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes; y que como expresa la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en reiteradas oportunidades, 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; id. “D.I.P., V. G. y otro c/Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/amparo”, sent. 6/08/2015; entre muchos otros).

Es claro que en el sub-yudice, la cuestión relativa a la concesión de la guarda solicitada se encuentra en tránsito de establecerla; razón por la cual corresponde aplicar la normativa contemplada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

La doctrina vernácula ha señalado que “...La designación como guardador, en el caso, apunta a la protección de la persona y bienes del hijo menor de edad, es decir, al aspecto personal. (...) el Código prevé en los supuestos de delegación de guarda a un tercero, en el que el juez puede designar a dicho guardador como el representante legal del niño/a o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter

patrimonial. El art. 104 CCyC, luego de definir al instituto de la tutela, dice: ‘...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 toda aquellas cuestiones de carácter patrimonial’ (cfr. Herrera – Caramelo – Picasso, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T I, Infojus, p. 281/282).

Esta norma prevé dos supuestos para el otorgamiento de la guarda a un tercero para su protección, y en función de su interés superior aplicable y determinado al caso concreto. Por el primero, art. 643 CCyC, en el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir con una tercera persona la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental. Este acuerdo debe ser homologado judicialmente previa audición del niño y tienen como duración el plazo máximo de un año, pudiéndose este renovar por un período igual cuando haya razones suficientes que lo justifiquen. Por el segundo, art. 657 CCyC, en conjunción con el art. 607, penúltimo párr. ibídem, y en supuesto de especial gravedad –como lo es el caso de autos–, **el juez puede otorgar la guarda a un tercero pariente o no, atento revestir la persona del peticionante la calidad de referente afectivo del joven R., quien se ofrece asumir su guarda o tutela**, por el plazo de un año que será prorrogable por razones fundadas en un tiempo de igual periodo. Vencidos estos plazos, el juez debe resolver la situación del niño/a o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código Civil y Comercial de la Nación.

En mi juicio, no hay necesidad de la declaración de inconstitucionalidad que peticiona el Ministerio de Menores en su dictamen a fs. 318/319, por cuanto la limitación del art. 643, ibídem, de guarda en favor de un pariente, es salvable con una correcta interpretación y aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que permite neutralizar la declaración de abandono y situación de adoptabilidad de un niño recurriendo al “referente afectivo” y, como señala la Dra. Maria Herrera los referentes afectivos se encuentran indirectamente legitimados a serlo (guardadores) por aplicación del segundo párrafo del art. 607 CCyC (cfr. Herrera – Caramelo – Picasso, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T II, Infojus, p. 507), en consecuencia, como el juez se encuentra obligado a realizar una interpretación “conforme” a la Constitución y salvar las impropiedades normativas, sin llegar a la declaración de inconstitucionalidad de una norma que interpretada aisladamente parece serlo, no corresponde la declaración de inconstitucionalidad del art. 643, ibídem.

IV) Que a fs. 2 obra partida de nacimiento del menor de edad y fs. 16 copia del documento que acredita identidad del compareciente. Que a fs. 18/27 luce documental que acredita antecedentes penales.

V) Que a fs. 32 y 46/47 obra cédulas de notificación dirigida a la progenitora y progenitor. Que a fs. 56/58 obra comparendo del progenitor con su abogado apoderado designado de oficio como Ad Hoc (Dr. Schott), quien denuncia hecho nuevo y solicita régimen comunicacional. Que dichas conductas deben ser valoradas por el Suscripto, como presunción del desinterés en la prosecución de la pretensión del actor, por parte de la progenitora y por parte del progenitor quien compareció sin negar la misma y simplemente se limita a solicitar un régimen comunicacional (v. fs. 56/58).

VI) Que a fs. 111/225 se encuentra agregado oficio remitido por la Secretaria de la sede, en el cual, se acompañan copias certificadas de los autos: “R. Víctor Prevención (Rehace) SAC Nro. 2278223”. Que a fs. 195/198 obra copia del Auto Número veintisiete de fecha veintinueve de octubre del año dos mil diez, por el cual, se Resolvió otorgar la Guarda judicial del niño V. E. R. a la Sra. Patricia Norma C. DNI 16.329.89, quien acepta el cargo conforme surge de copia agregada a fs. 208 con fecha once de abril del año dos mil once. Que dicha causa fue archivada conforme surge de copia obrante a fs. 223. **Que la señora Patricia Norma C. conforme surge de los autos que tramitan ante éste mismo Tribunal Sac Nro. 1733337 ha fallecido.**

VII) Que a fs. 4 obra declaración jurada de fecha treinta y uno de enero del año dos mil catorce donde el señor C. declara que vivió en aparente matrimonio (concubinato) durante treinta y cuatro años con la señora Patricia Norma C. hasta su fallecimiento. Manifestaciones que fueron ratificadas por los dos testigos ofrecidos.

VIII) Que a fs. 246 obra constancia de entrevista privada del joven V. E. R. en presencia del Suscripto y de la Asesoría Letrada de la sede.

IX) Que a fs. 313, 314 y 315 lucen agregadas las declaraciones testimoniales de los Sres. Víctor Hugo Lobos DNI 22.198.385, Carlos Rubén Salcedo DNI 13.696.678 y Silvia Graciela Giovagnoli DNI 16.141.734, quienes manifiestan en respuesta a las cláusulas sexta y séptima del pliego de preguntas (v.

fs. 312): “...el trato de padre-hijo, y de hermano-hermano...”, “... el menor vive con Carlos Héctor y los hermanos lo visitan diariamente...”; “...el trato es bueno...”, “...el menor vive con Carlos Héctor C. y la madre de Carlos y cree que los hermanos lo visitan todos los días...”; “...que el trato es bueno, normal, que siempre lo aceptaron bien...”, “...el menor vive con Carlos C., y el menor lo visitan todos...”.

X) Que a fs. 275/277, luce agregado el informe realizado por la Licenciada Débora Roldán psicóloga del Equipo Técnico, quien en su apreciación profesional expresa que, “...alejar el niño de su centro de vida, sería perjudicar el desarrollo psico-afectivo que ha logrado. Primar por sobre todo, la necesidad del niño es la intensidad del Sr. C., intentando no cosificar al menor, como portador de un derecho de bienes materiales que ha heredado.”

Asimismo a fs. 337/340, conforme prueba surgida del hecho nuevo agregada por el progenitor, señor R., surge el siguiente informe de la Lic. Roldan quien manifiesta: “...No existieron variaciones respecto del discurso del menor; la modificación fue lo emocional referente al tema que lo involucra, debido a que Víctor, se encuentra angustiado y con temor de alejarse de su familia (C.), y deja expresamente claro que no quiere tener contacto con el Sr. R., que no le interesa conocerlo y que lo dejen tranquilo con todo esto...”; continua: “... En esta nueva entrevista, el niño pone de manifiesto que sabe quién es (padre biológico), y afirma no querer tener relación alguna con él...”, la Lic. Roldán expresa: “considero que el proceso de revinculación entre el señor R. y el niño Víctor R., se produzca respetando los tiempos del menor, sin exigir al niño, teniendo en cuenta, las sugerencias de la actual psicóloga tratante del niño, quien sabrá cuál es el momento propicio para que este encuentro se efectúe....”.

XI) Que a fs. 329/330 obra informe Encuesta Socio Ambiental de la Licenciada Noelia Maguregui del Equipo Técnico en el domicilio del señor Eduardo José R., la cual, manifiesta: “... El Sr. insiste en que solo desea ver al niño, tener contacto con él, que no pretende llevarlo a vivir a su casa pero si quiere estar en contacto continuo...”; “...afirma que le gustaría mucho que el joven Víctor R. pueda conocer a sus hermanos pequeños...”;.

XII) Corrida vista a la Asesora Letrada de la sede, la misma la evacua a fs. 318/319 y fs. 377, manifestaciones a las que me remito en los vistos pertinentes.

XIII) Que conforme el hecho nuevo incorporado por el progenitor del joven Víctor y la prueba aportada, corresponde entrar al análisis del **régimen comunicacional solicitado por el progenitor:** Que debe entenderse que en toda esta cuestión debe primar el “**interés superior del menor**”, como lo dispone el Preámbulo y el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño –pacto con jerarquía constitucional, art. 75 inc. 22, C.N.-. Como lo hemos dicho en varias oportunidades que tuvimos que resolver sobre la problemática de menores, el “interés superior del niño” es un concepto jurídico indeterminado, un principio abierto, esto es un “**principio de sustancia inacabada**”; el mismo debe ser valorado en el caso concreto.

Asimismo, la CSJN 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” y es así que “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 dejar 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”. En España, también se ha dicho que de acuerdo con la STS 47/2015, de 13 de febrero de 2015, no debemos olvidar que cuando hacemos referencia al interés superior del menor, no nos estamos refiriendo a un interés abstracto, sino “el interés de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso.”

Que conforme a ello, entendiendo el Suscripto que en el sub lite debe reordenarse la revinculación con la mediación de profesionales capacitados, conforme surge de informe obrante a fs. 370/370vta. y atento no contar en ésta oportunidad con elementos de prueba suficiente que permitan determinar un régimen comunicacional acorde al interés superior del joven de autos, considero prudente en ésta etapa procesal, diferir su establecimiento para una etapa de ejecución de sentencia, permitiendo con ello la no exposición del joven a situaciones de vulnerabilidad.

XIV) Costas: atento la cuestión sometida a análisis costas por el orden causado (art. 130 del CPCC).

XV) Que conforme constancias de autos, lo informado por la Psicóloga y Trabajadora Social de la Sede, la vista evacuada por la Asesora Letrada Ad-Hoc, y que la medida solicitada redunde en beneficio del

joven menor de edad, y lo dispuesto por el art. 104, 607 “a contrario sensu”, 657, 706, 707 y conc. del CCCN, arts. 74 y conc. del C.A.;

RESUELVO: **I)** Otorgar la Guarda Judicial provisoria del menor de edad V. E. R. al Sr. C. C. H., quien deberá velar por la salud y el cuidado de los mismos, con la obligación de asistirlo convenientemente en todas las necesidades físicas morales e intelectuales, y con la facultad de tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, por el plazo de un (1) año que será prorrogable por razones fundadas por un tiempo de igual periodo, debiendo el guardador comunicar al tribunal cualquier novedad que se produjere.- **II)** Líbrese acta de aceptación de cargo respectiva, con noticia a la Asesora Letrada.- **III)** Diferir el régimen comunicacional para un momento ulterior de ejecución de sentencia, atento no haber elementos suficientes que permitan determinar el mismo en resguardo del interés del menor de edad. **IV)** No regular los honorarios de los letrados intervinientes de conformidad al art. 26 CA “a contrario sensu”. **IV) Protocolícese, hágase saber y dese copia.-** FOD. CLAUDIO DANIEL GOMEZ-JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA.