



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-124952-7

“J. S. s/ Guarda a Parientes”

Suprema Corte:

I. La Excelentísima Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera de La Plata, decidió confirmar el pronunciamiento del Juzgado de Familia N° 7 departamental, declarando de oficio la inconstitucionalidad para el caso del artículo 657 del Código Civil y Comercial en cuanto limita temporalmente la guarda allí establecida.

Contra dicho resolutorio se alzó la señora titular de la Asesoría de Incapaces N° 2, doctora Laura Gabriela Ozafrain, en carácter de representante principal (art.103 inc. b) del C.C y C) del niño S. J., quien interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y/o doctrina legal.

II. Denuncia la quejosa que la resolución recurrida ha violado expresamente los preceptos establecidos por el art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional; arts. 3, 4, 5, 12, 20 y ccs. de la Convención Internacional de Derechos del Niño; arts.104, 657 y ccs. del Código Civil y Comercial; arts. 2, 3, 7, 29 y ccs. Ley 26.061; art.4 de la Ley 13.298; arts.163, 164 y 474 del CPCC. Agrega que mediante la declaración de inconstitucionalidad se ha violado la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en tanto reiterada e inveteradamente ha expresado ‘... *la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye una de las funciones más delicadas susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico por lo que no debe recurrirse a ella sino cuando una estricta necesidad lo requiera. (conforme SCBA causas L. 62.704, sentencia del 29-IX-1998; L. 117.462, "sentencia del 20-VIII-2014 y CSJN, Fallos: 260:153; 286:76; 288:325; 300:241 y 1087; 301:1062; 302:457 y 1149; 303:1708; 324:920 y 335:2333; entre miríadas)’.*

Se agravia la representante del Ministerio Público Tutelar, por

considerar que la decisión recurrida dispuso declarar la inconstitucionalidad de oficio “*sin ponderar los argumentos expuestos en la expresión de agravios tendientes a la implementación de las figuras previstas por el nuevo Código Civil y Comercial cuya vigencia es relativamente reciente y ha introducido garantías vinculadas a la progresividad de derechos regulando instituciones de antigua y cuestionada raigambre superadas por las nuevas doctrinas de promoción y protección de derechos...*”.

Señala que la Alzada ha descartado “*tácitamente*” la existencia de una laguna legal y ha efectuado nueva valoración judicial para la confirmación de la sentencia de grado, fundada en la ‘*revictimización*’ que alega incompatible con el interés superior del menor, “*al imponerle un nuevo tránsito por los estrados judiciales para debatir y discernir sobre su futuro...*”.

Refiere que resulta necesario señalar, que la intervención judicial que la Cámara considera “*violatoria del interés superior del niño resultará obligatoria*”. Agrega que en modo alguno el seguimiento “*de la situación del niño, ni menos aun el reencauzamiento del trámite ya iniciado y su derivación hacia el proceso de Tutela*” pueden vulnerar los derechos de S., sino que, contrario a ello, los garantizan.

Con mención de las funciones del Ministerio Público Tutelar, resalta que el presente no se trata de un cuestionamiento de las condiciones de vida que rodean a S., las que menciona como “*inmejorables*”, no existiendo discrepancia alguna al respecto.

Por el contrario, afirma que en el presente, se trata de “*reconocer la existencia de una Sistema de Promoción y Protección de derechos*” que como cambio de paradigma ha operado en el Código Civil y Comercial, “*limitando la innecesaria prórroga de antiguas instituciones caracterizadas por su provisoriedad*”, y produciendo “*transformaciones jurídicas suficientes*” para brindar posibilidades a las personas menores de edad.

Agrega, que la nueva normativa “*receptó diversos parámetros superadores que fueron reemplazando a aquellas antiguas construcciones*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-124952-7

interpretativas de implementación errática sólo dependientes de la voluntad del juez”.

Con base en ello, sostiene que la declaración de inconstitucionalidad del límite temporal de la guarda prevista por el art. 657 del Código Civil y Comercial, resulta no solo “*desproporcionada* ” sino que luce “*evidentemente innecesaria, injustificada y contraria a la plena vigencia de la Constitución Nacional así como a la normativa convencional que da sustento y efectividad a los derechos de NN y A*”.

En tal sentido expone que la inconstitucionalidad declarada por la Alzada resulta “*paradójicamente inconstitucional*” por desconocer las garantías constitucionales y convencionales que amparan los derechos de S.

Asegura que el límite temporal establecido por el art.657 del Código Civil y Comercial prioriza el principio de “*estabilidad o continuidad* ”.

Asevera además, que la novedad introducida por el Código Civil y Comercial al legislar la figura de guarda a parientes, supone un avance en “*la protección de las garantías constitucionales y convencionales de los niños, al delimitar las facultades de los magistrados evitando eventuales actuaciones discrecionales que anclen la progresividad de sus derechos...*”.

Con transcripción de parte de la sentencia, referida al análisis que efectúa la Alzada del art. 104 del Código Civil y Comercial, considera que la misma “*incurre en un error lógico*” y afirma que el fallo arriba a “*la errónea conclusión de que lo que se está regulando es la Guarda, sin advertir que la norma aludida no hace otra cosa que admitir la Guarda a Parientes como antecedente de la Tutela para avanzar en el reconocimiento de derechos*”.

En tal entendimiento alega que se “*trata de un vicio lógico en el razonamiento deductivo que lleva a la sentencia a una conclusión encontrada con su propia premisa inicial*”.

Previa mención de lo dispuesto por esa Suprema Corte de Justicia en

orden a la declaración de inconstitucionalidad de una norma, refiere que no surgen del fallo en crisis, fundamentos “*de tal gravedad*” que justifiquen la declaración de inconstitucionalidad del art. 657 del Código Civil y Comercial, eludiendo así la aplicación de normas que contemplan la situación de S. y optando por una solución que la recurrente considera “*extrema e innecesaria*”.

Como colofón, afirma que la sentencia recurrida se encuentra en colisión con normativa legal vigente, que enumera, y “*no ha tenido en cuenta la existencia de instituciones jurídicas adecuadas para brindar un marco legal de amparo y protección de derechos de S. J., priorizando la progresividad de sus derechos, su bienestar y su interés superior, arbitrando los medios necesarios para el otorgamiento de la tutela prevista por el art.104 del C.C.y C. y en vez de ello manteniéndolo en contra de lo expresamente regulado en dicho Cuerpo Legal Fondal, durante un excesivo plazo en condiciones de inestabilidad jurídica al prolongar más allá de lo razonable la institución de la Guarda a Parientes*”.

Agrega que se ha eludido al sentenciar, la doctrina legal emanada de la Suprema Corte de Justicia que exige que “*la declaración de inconstitucionalidad de una norma sólo procede como última ratio...*” y suma que, debe hallarse suficientemente fundada “*debiendo ser derivación lógica de un análisis inequívoco y exhaustivo del problema, de manera que resulte demostrado cuál es la violación constitucional y cuáles son las razones por las que lo actuado por el legislador resulte incorrecto...*”, lo que sostiene no ha quedado plasmado en el fallo atacado.

Finalmente, solicita se revoque la sentencia en crisis y en atención a lo normado por los artículos 657 y 104 del Código Civil y Comercial, se fije una fecha de finalización del plazo de guarda “*para dar continuidad posteriormente a otra figura legal, redirigiendo el proceso hacia el de Tutela*”.

III. Adelanto mi opinión por la cual entiendo que el remedio en análisis debe prosperar.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-124952-7

1. Principio por efectuar una breve descripción de los antecedentes fácticos obrantes en autos.

Con intervención del Juzgado de Paz de Lobos se resolvió con fecha 11 de diciembre de 2018 disponer la guarda provisoria del niño S. J. a favor de su hermana S. J., quien con su presentación de fecha 30 de abril de 2019 da inicio a los presentes actuados (ver fs.26/30).

Sostuvo allí, que S. es hijo de M. d. l. A. D. y de R. H. J. Que tras el fallecimiento de su padre, S. quedó al cuidado de su madre, que la misma, en mayo de 2018, padeció un “Aneurisma”, debiendo ser hospitalizada y posteriormente operada, y que a partir de entonces, el niño permaneció bajo su cuidado, habiéndose dado intervención al Servicio Local de Promoción y Protección de Lobos (fs.27).

Resulta oportuno destacar la necesidad de cuidados especiales que requiere el menor, ya que en el año 2008, padeció “Síndrome urémico hemolítico” y en el “Hospital Garrahan de Buenos Aires lo transplantaron de riñón el 26 de febrero de 2012” (fs. 26vta.).

Con fecha 1 de julio de 2019 obra resolución por la cual se dispone en “atención a las constancias de autos, lo que surge de la escucha de J. S., con la conformidad de la Asesora de Incapaces y lo peticionado por la Sra. S. J....”, otorgar la guarda provisoria del menor a S. “por el término de 3 meses haciéndose saber a la misma que en dicho plazo deberá continuar impulsando las acciones de fondo...”, disponiéndose asimismo la fijación de un perímetro de exclusión a la señora D. en relación a S.

El 16 de agosto de 2019, la señora D. se presenta en autos, solicitando el reintegro de su hijo, su cuidado personal y consecuentemente el levantamiento de la prohibición de acercamiento que se había decretado sobre su persona (fs.74/77).

De la compulsa de la mesa de entradas virtual, se desprende informe efectuado por la perito psicóloga del juzgado, Piovacari Sonia, del 4 de septiembre de 2019,

con relación a la progenitora, del cual se desprenden las siguientes consideraciones finales “... *al momento presenta escasos recursos para comprender las causas por las cuales se dispuso la medida de abrigo respecto de su hijo S. J., adjudicando dicha medida a ideas de daño y perjuicio en su contra. Es dable destacar que la progenitora no hace mención alguna a la Deabetes que padece su hijo y por consiguiente los cuidados que la misma requiere, como así también el hecho de que al referirse al tratamiento en el hospital Garraham lo hace en tiempo pasado, cuando lo que surge en autos es que el niño actualmente debe realizar controles cada dos meses en la institución mencionada...*”.

Asimismo obra informe interdisciplinario, realizado por el perito psiquiatra del Juzgado, Carlos Dosio, de fecha 9 de septiembre de 2019, del cual se desprende entre otras observaciones que la señora D. presenta “...*conciencia de situación. Juicio crítico conservado. Refiere cumplir en la actualidad con tratamiento psiquiátrico con frecuencia mensual y esquema farmacológico...*” el que detalla, y agrega que la entrevistada “... *comenta que realiza seguimiento por psicología con frecuencia semanal...*”.

El 27 de septiembre de 2019, la misma, presenta memorial a fin de que se revoque el decisorio del 9 de septiembre por el cual se dispone un nuevo un perímetro de exclusión en relación a S. (fs.101/103). Acompaña la señora D. informe “*acreditando la continuidad de tratamiento psiquiátrico*” (fs. 179/180). Solicita fijación de audiencia “*a fin de pactar un régimen comunicacional*” con S. (fs.181).

El 31 de octubre de 2019 obra resolución por la cual se dispone, de conformidad con lo normado por el art. 657 del Código Civil y Comercial “*Otorgar la guarda de J. S. a la Sra. J. S. ... por el término de un año desde que adquiera firmeza la ...resolución*”.

Con fecha 22 de octubre de 2020 la señora asesora en su dictamen expone en torno a la petición de extensión de la guarda que “... *atento las constancias de*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-124952-7

autos, habiendo el adolescente S. ejercido su derecho a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta al momento de resolver (art. 12 C.I.D.N.), constando asimismo el resultado del informe realizado en torno a la situación del mismo estimo que puede V.S. disponer la prórroga por un año a partir del 31 de octubre próximo de la Guarda a Parientes oportunamente otorgada en autos (art. 657 del Código Civil y Comercial)...”.

El 3 de noviembre de 2020, la jueza de familia dispone “*Otorgar la guarda de J. S. DNI 48.023.441, ...a la Sra. J. S. DNI 37.012.991 hasta que adquiera la mayoría de edad...*”, resolución que fuera apelada por la señora titular de la asesoría de incapaces.

En su expresión de agravios, entre sus consideraciones expuso, que la extensión más allá de los plazos fijados por el art. 657 “... *retrograda a una intervención de tipo tutelar más cercana al antiguo ‘patronato de menores’, actualmente superado...*”, peticionando se revoque la sentencia “*en cuanto dispuso el otorgamiento de la guarda de mi [su] asistido a la Sra. J. S. hasta que el mismo adquiera la mayoría de edad...*”. Así también solicitó se disponga “*la prórroga de la Guarda a Parientes por única vez y por el lapso de un año a partir del vencimiento del plazo inicial es decir hasta el 31/10/21...*”, agregando que vencido ese plazo “*sólo en el supuesto de continuar las circunstancias que justifiquen la permanencia de S. bajo el cuidado de su hermana S., se proceda a evaluar otras figuras reguladas en la normativa fonal, de conformidad con la previsión de los arts. 657 primer párrafo última frase y 104 del Código Civil y Comercial Argentino*”.

A su turno, la Alzada confirmó la resolución de la señora juez de familia y declaró de oficio la inconstitucionalidad para el caso del art. 657 del Código Civil y Comercial, en cuanto limita temporalmente la guarda, sentencia que mereció la queja de la representante del ministerio tutelar en esta sede, mediante el recurso que hoy se encuentra en análisis.

2. Por su trascendencia abordaré el agravio en orden a la declaración

de inconstitucionalidad del límite temporal de la guarda regulado en el art. 657 del Código Civil y Comercial.

Los sentenciantes consideraron que dadas las especiales circunstancias del caso, la edad del adolescente y el grado de madurez exhibido, la revisión de su situación de vida -como propone el memorial-, “*conduciría a una revictimización incompatible con su interés superior*”, cuando el “*estatus jurídico alcanzado permite su protección y su desarrollo integral (...)*”.

Con base en ello, entendieron que resultaba “*necesario analizar la norma interna que impone un plazo a la guarda desde la perspectiva convencional constitucional*”, concluyendo que las “*circunstancias fácticas expuestas (...) 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*”, postulando en consecuencia, la “*confirmación de la sentencia apelada*”.

Ello así, es del caso recordar que “*La declaración de inconstitucionalidad, por la gravedad que implica dejar sin efecto total o parcialmente una norma sancionada por órganos de legitimación directa*”, debe ser proclamada “*luego de agotar todas las interpretaciones razonables posibles para mantener la norma en aplicación*” (sic) (Amaya, Jorge A., Control de constitucionalidad, Ed. Astrea, pág. 239).

Puntualmente sobre la declaración de inconstitucionalidad de una norma, ha dicho ese Alto Tribunal que “*La declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del ordenamiento jurídico; por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocado. Su procedencia requiere que el planteo pertinente tenga un sólido desarrollo argumental y cuente con no menos fuertes fundamentos, al extremo de proponer un análisis*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-124952-7

inequívoco y exhaustivo del problema...” (SCBA P. 132.300, sent. 25/08/2020). En igual sentido se ha pronunciado nuestro Máximo Tribunal Federal (Fallos: 321:441; 327:831 y 328:4542, entre muchos otros).

En definitiva, la abundante doctrina y jurisprudencia en la materia señala que “(...) *La atribución de decidir la inconstitucionalidad de preceptos legales o reglamentarios sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable*” (SCBA B 66.276, sent. de 10/08/2021; C 116.637, sent. de 13/12/2017; L 121.193, sent. de 06/11/2019; B 67.076, sent. de 26/12/2018; B 59.234, sent. de 28/08/2021; P 128.089, sent. de 26/12/2018; L 121.193, sent. de 06/11/2019; 120.987, sent. de 14/08/2019; I 72.120, sent. de 29/05/2019; B 64.512, sent. de 21/06/2018, entre otros).

Ello así, advierto que no solo los extremos exigidos para dar lugar a la inconstitucionalidad de una norma no se hallarían configurados en el caso en análisis, sino que además de las consideraciones vertidas por la Alzada, no surge palmario el modo o forma en que la aplicación del precepto legal conculca normativa constitucional alguna.

En estas condiciones, lo expuesto determina la procedencia del agravio en análisis.

3. Por otro lado, la Cámara consideró que en los presentes se encontraba cuestionado 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*” (sic).

Después de referirse sucintamente a los antecedentes de la causa y la importancia que reviste para la solución de la misma la “*escucha activa*” del adolescente, la Alzada se centró en el análisis del artículo 104 del Código Civil y Comercial, y en particular en la posibilidad que la norma otorga al guardador de tener a su cargo “*la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente (...) ejerciendo en tal caso (...) la*

representación legal en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial”, para de ese modo concluir que, “bajo el amparo” de la guarda, “S. [la hermana] asegura a S. el ejercicio de todos sus derechos”.

En “*esa dirección*”, entendió que la sentencia de la señora jueza de familia, tuvo en cuenta la opinión del adolescente, aseverando que la decisión adoptada “*es la que mejor se adecúa a la consideración de su interés superior*”.

Sumó, que “*la revisión de la situación de vida dentro de un año, mediante el trámite del proceso de tutela (... conduciría a una revictimización incompatible con su interés superior (... cuando el estatus jurídico alcanzado permite su protección y su desarrollo integral (arts. 104 y 657, primer párrafo, última parte, Código Civil y Comercial)*”.

Ahora bien, es del caso recordar que el artículo 657 del Código Civil y Comercial establece que “*en supuestos de especial gravedad*”, el juez puede otorgar la guarda del niño, niña o adolescente a un pariente, por el plazo de un año, prorrogable sólo por razones fundadas por un año más, frente a cuyo vencimiento “*debe*” resolverse la situación de aquél “*mediante otras figuras que se regulan en este [ese] Código*”.

De este modo, la norma es de aplicación para casos extremos, de manera excepcional y temporaria ya que implica el apartamiento del niño, de su familia nuclear “*cuando se verifica que su permanencia en este medio familiar resulta contrario a su interés superior. En definitiva, se trata de regular las consecuencias jurídicas de medidas excepcionales como las previstas en los arts. 39 y sgtes. de la ley 26.061, que implican que el niño permanece transitoriamente en medios familiares alternativos*” (conf. Anteproyecto Código Civil y Comercial de la Nación, Fundamentos, 2012, pág 112).

Tal como sostiene la doctrina, la excepcionalidad de esta medida y su aplicación al caso concreto, radica tanto en las circunstancias que la justifiquen, como en su límite temporal, el que “*se fundamenta en la exigencia de evitar una situación de*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-124952-7

inestabilidad jurídica, ya que provoca un desmembramiento de la responsabilidad parental en tanto esta se mantiene bajo la titularidad y en cabeza de los progenitores (...) asignando al pariente cuidador las funciones de cuidado relativas a la vida cotidiana del niño, niña o adolescentes, mientras que los progenitores conservan la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental” (Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II Libro Segundo. Art. 657. Directores Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso. Pág. 492).

Sabido es, que en virtud del derecho de todo niño, niña y adolescente a vivir en el ámbito familiar, preferentemente el de origen, consagrado por la Convención de los Derechos del Niño, la prioridad es que los hijos convivan con sus progenitores; sin embargo, tal preferencia no es absoluta, dado que por razones específicas, excepcionalmente y para asegurar su superior interés, puede resultar conveniente su separación (conf. art. 9 CDN). Así lo ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al decir que *“el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”* (CIDH, Fornerón e hija vs. Argentina, 2012, parr. 47).

En estas condiciones, si bien la vulneración de derechos de la que habría sido víctima S. -ante la ausencia de controles médicos, falta de escolaridad, carencia de higiene, maltrato físico y psicológicos (ver fs. 115, 134, 145)- mientras convivió con su progenitora, habría sido el extremo que dio lugar al otorgamiento de la guarda en cabeza de su hermana, la señora S. J., lo decidido por la Alzada, atentaría contra los objetivos tenidos en mira por el legislador al momento de regular este instituto.

Pues, frente a la figura de la guarda regulada en el art. 657 del Código Civil y Comercial y caracterizada por la excepcionalidad y transitoriedad, la extensión del

plazo hasta la mayoría de edad del adolescente como proponen los sentenciantes -confirmando lo decidido por la juez de grado-, la torna para este caso concreto, en definitiva. Y de ese modo, iría en contra de su finalidad como medida de protección de derechos garantizadora “de la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares” (conf. art. 35, ley 26.061, impidiendo -como sostiene la aquí recurrente- el seguimiento y “monitoreo” de la situación particular y excepcional que ha llevado al apartamiento del joven de su progenitora, cuestión que advierto le restaría a S. como contrapartida, la posibilidad de recuperar la convivencia con aquella, quien, por otro lado, no solo conserva la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental, sino que además se ha presentado solicitando el reintegro de su hijo y restablecimiento del contacto materno filial (conf. fs. 75/77, art. 18 de la Const. nac.; 15 de la Const. prov.; 8 de la Conv. Americana de Derechos Humanos; 638 y ss del CCyC).

En este sentido la doctrina ha señalado que *“La imposición de un plazo tiene su razón de ser en que la figura está prevista para evitar soluciones drásticas que aparten definitivamente al hijo o hija de sus progenitores. El lapso de tiempo que dure esta excepcional medida deberá servir para trabajar con los progenitores, a los fines de lograr el pleno y funcional ejercicio de la responsabilidad parental. Es decir, en esta instancia el fin es dar la posibilidad a estos últimos de recuperar la convivencia con su hijo o hija”* (Duprat, Carolina, *Prórroga del plazo de la guarda judicial y régimen de comunicación con la progenitora*, LA LEY AR/DOC/1342/2022).

“La guarda judicialmente conferida no procura una solución definitiva, pues este instituto no busca dar una solución permanente al problema que pudieran estar atravesando los NNA, ya que regularmente está afectada por la transitoriedad de su vigencia. Es que la idea de la guarda, consiste en brindar una solución provisoria hasta tanto se logre la inserción del niño junto a sus padres biológicos y, de no ser posible ello, se acuda a figuras más abarcadoras como la tutela o la adopción” (Frate, Yamila, *Análisis del plazo legal dispuesto en las guardas judiciales y*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-124952-7

sus consecuencias en los hechos, LA LEY AR/DOC/1086/2022).

De este modo, contrario a lo afirmado por la Alzada, entiendo que el plazo previsto por la norma, supone una garantía para el menor vulnerable (conf. art. 3 CDN), puesto que otorga el derecho a que se reviertan durante su curso, las circunstancias graves que dieron origen a la separación excepcional del joven de su progenitora (art. 9 CDN y ley 26.061), y ello sin desmedro, tal como lo expresa la señora Asesora de Menores, de la *“buena situación en la que se encuentra S. bajo el cuidado de su hermana S.”*, quien estaría garantizando la protección de sus derechos, circunstancia que por otro lado, no llega cuestionada a esta instancia extraordinaria.

Asimismo, es del caso destacar que tal como se desprende de la lectura de la sentencia en crisis, la Cámara afirmó que 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”*, concediéndole así a la guarda oportunamente decidida, mayores alcances que el otorgado (el destacado me pertenece).

Pues, en caso de corresponder, tales facultades -de protección de la persona y de los bienes- deben ser conferidas expresamente por el juez al momento de otorgar la guarda, ya que de la correcta hermenéutica de la norma en análisis surge que *“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”* (conf. art. 104 apartado 3ro, del Código Civil y Comercial, el resaltado me pertenece), circunstancia que no advierto resulte de la resolución de la señora juez de grado -luego confirmada por la Alzada-, ya que claramente establece: *“Otorgar la guarda de J. S. (...) a la Sra. J. S. (...) hasta que adquiera la mayoría de edad”* (ver resolución de 3/11/2020, conf. MEV). Sumo que la decisión se fundamentó solo *“de conformidad con el art. 657 del CCC”*.

Así, del juego armónico de ambas normas (art. 104 y 657 del CCC), surge la posibilidad para el juez, de acuerdo a las circunstancias del caso, de conceder al guardador las atribuciones derivadas de la tutela, esto es, la protección de la persona y los bienes del menor (conf. art. 104 párr. tercero del CCC) sin que ello implique que el guardador pase a ser el tutor del niño, niña o adolescente, pues tal como sostiene la doctrina, la convivencia de ambas figuras - guarda y tutela - es incompatible. Ello en tanto la tutela resulta una figura definitiva, cuya aplicación requiere para que pueda tener lugar, la privación de la responsabilidad parental (Frate, Yamila, ob.cit).

Con base en lo expuesto, entiendo equivocada la Alzada en el alcance dado a la guarda otorgada por la señora juez de grado hasta que el joven adquiera la mayoría de edad, al postular como lo hace, que el otorgamiento de la misma, confiere al guardador las facultades previstas en el párrafo tercero del artículo 104 del Código Civil y Comercial y en virtud de ello entiende, se protege al joven en todos sus derechos.

Es que como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las normas deben ser interpretadas contemplando el aspecto axiológico y las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos (CSJN, Fallos: 302:1284 "Saguir y Dib, Claudia Graciela", sent. de 6-11-1980).

4. En cuanto al argumento dado por los sentenciantes, vinculado, a que la solución así adoptada evita la revictimización del adolescente, y el tránsito por nuevas instancias judiciales, cuando el joven ha exhibido "*convicción de [en] sus expresiones*" en torno a lo que desea para sí, entiendo que la posibilidad de revisión de la prórroga de la guarda y en su caso la resolución definitiva mediante otra figura del Código por vencimiento del plazo establecido en el art. 657 del CCyC, no se coloca como un valladar al interés superior del adolescente, sino que por el contrario viene a garantizarlo y realizarlo dentro del marco legal, al otorgarle la posibilidad de definir su situación en reconocimiento de sus



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-124952-7

derechos.

Asimismo, sabido es que *“escuchar al niño representa un elemento indispensable para determinar su mejor interés en cada caso singular. El derecho del niño a ser escuchado ha sido consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 12, incorporada a nuestro texto constitucional (...) Ciertamente es, no obstante, que la opinión del menor debe ser analizada con un criterio amplio y pasada por el rasero que implican su edad y madurez, para lo cual le es imprescindible al juez ponderar cuidadosamente las circunstancias que lo rodean y balancearlas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presenta el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el ministerio público, y particularmente con la índole del derecho en juego (conf. causa C. 100.970, sent. de 10-II-2010, e. o.)”* (SCBA, C. 116.644, sent. del 18-04-2018).

En esta línea he de destacar que S. ha ejercido en autos su derecho a ser oído (conf. audiencias de fecha 11/6/2019, 20/10/2020, 22/04/2021) y en todas esas oportunidades se ha manifestado en favor de permanecer junto a su hermana y no querer regresar con su progenitora.

No obstante, el deseo de S. debe ser analizado en correspondencia con otras normas y principios jurídicos que guían -en este caso- el instituto de la responsabilidad parental, la guarda y la tutela (conf. art. 104 y ss, 638 y ss y 657 del CCC) para lograr que la solución que se propone responda a su interés superior, siendo esta su consideración principal (art. 3, 1er. párrafo, C.D.N.).

En este sentido se ha dicho que *“deben tenerse en cuenta, al evaluar y determinar el interés superior del niño, en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate, (i) su opinión, (ii) su identidad, (iii) la preservación del entorno familiar y mantenimiento de sus relaciones, (iv) su cuidado, protección y seguridad, (v) su situación de vulnerabilidad, (vi) su derecho a la salud y a la educación*

(conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 [2013], cit., párr. 52”, de modo tal que la apreciación del interés superior del niño, aparece como una cuestión compleja y cuyo contenido y alcances, debe determinarse para cada caso en particular.

Tal como ha sostenido reiteradamente esa Corte, *“puede definirse al ‘interés del menor’ como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, por lo que debe quedar excluida toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, sent. del 31-III-1998; Ac. 73.814, sent. del 27-IX-2000; Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003, máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad, en tanto lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (Ac. 66.519, sent. del 26-X-1999; Ac. 71.303, sent. del 12-IV-2000; Ac. 78.726, sent. del 19-II-2002”* (SCBA, C. 118.503, sent. del 22-6-2016.

5. Así, considero tal como lo adelanté que el mantenimiento de la guarda de S. hasta su mayoría de edad, en los términos en que ha sido decidido, no resultaría respetuoso de su interés superior (art. 3 CDN, sino que a tenor de las constancias fácticas que se desprenden del caso y en particular, siendo que tal como ha sido corroborado por ante el juzgado de familia interviniente, la hermana del joven ha dado inicio a los autos “J., S. y otro/a s/ Tutela”, la solución a la que arriban los sentenciantes -guarda hasta la mayoría de edad-, se encuentra en contraposición con la exigencia normativa que impone la adopción a futuro de una figura legal que con carácter definitivo tienda a *“otorgar cuidado, asistencia y participación, promoviendo la autonomía personal, a la persona y bienes de un niño/a o adolescente que no ha alcanzado la plena capacidad civil”* (Herrera, Marisa y otros, directores, Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, 2015, Tomo I, pág.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-124952-7

218).

Es que la tutela -como posible figura a adoptar- está 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, resultando no solo excesivo el plazo de la guarda hasta la mayoría de edad decretado, sino que paralelamente entiendo restringe la posibilidad que su hermana se desempeñe como tutora y detente más atribuciones que las que puede desarrollar mediante el ejercicio del instituto de la guarda, brindándole de ese modo a S. mayores herramientas para la restitución y protección de sus derechos.

Por último, es de recordar que *“el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”* (Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General N.º 5, párr. 12), teniendo en cuenta que los principios generales de los procesos de familia (conf. art. 706 y conec. CCC) establecen determinadas pautas tendientes al cumplimiento de las garantías constitucionales y el ejercicio pleno de los derechos; tolerando tales directrices adaptaciones y flexibilizaciones según las circunstancias y particularidades de cada realidad, adquiriendo en la jurisdicción que se despliega en conflictos que involucran cuestiones de familia, una tutela judicial diferenciada, atendiendo a la complejidad de las situaciones y teniendo especialmente en cuenta que están en juego derechos esenciales de las personas y en este caso puntual la satisfacción plena del derecho que asiste al niño (art. 15 Const. Prov., art. 3 CIDN, art. 706/711 del CCy C; ver tmb. SCBA C 122.255 sent. de 24/2/21).

IV. En base a las consideraciones expuestas y teniendo en cuenta que las cuestiones que se suscitan en torno a los niños deben abordarse en función de su mayor bienestar; que se impone que toda decisión se oriente a la búsqueda de lo más conveniente para ellos, arbitrándose los medios eficaces para la obtención de ese propósito, pudiendo avanzarse en definitiva, sobre su situación jurídica a fin de brindarle la estabilidad,

afecto y cuidados que le posibiliten crecer sana y armoniosamente, desarrollando todas sus potencialidades (preámbulo y arts. 5, 9 y 20 CDN), es que propicio hacer lugar al recurso que dejo examinado con los alcances aquí expuestos.

La Plata, 22 de diciembre de 2022.

Digitally signed by
Dr. CONTE GRAND, JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General

22/12/2022 18:15:31