

_____Salta,_____

_____Y VISTOS: Estos autos caratulados "T., N. F. vs. S., P. POR CUIDADO PERSONAL" Expediente N° Inc.- 493464/14 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil de Personas y Familia 6º Nominación (INC – 493464/14 de Sala II) y,_____

_____C O N S I D E R A N D O: _____

_____La doctora Verónica Gómez Naar dijo: _____

_____I.- Que vienen estos autos a la Alzada en virtud de los recursos de apelación interpuestos por el señor Asesor de Incapaces N° x a foja 172 y por el señor P. S. S., con el patrocinio letrado de la doctora H. Y.V., a foja 174, en contra de la sentencia dictada el 6 de abril de 2017 que rola a fojas 165/167, la cual resolvió otorgar el cuidado personal unilateral de la niña R. A. T. C. a su progenitor N. F. T., ordenando al demandado a restituir a la menor en el plazo de diez días bajo apercibimiento de llevar adelante la restitución por la fuerza pública. _____

_____A fojas 186 /188 el señor Asesor de Incapaces presenta memorial de agravios, en el cual expresa que la resolución en crisis causa un perjuicio grave actual, concreto e inminente a su asistida, vulnerando su interés superior. _____

_____Refiere que cuando existen derechos e intereses de personas menores de edad, al momento de dictar sentencia se debe tener especial consideración con la condición del sujeto de derecho, su centro de vida, su derecho a ser oído y que su opinión se tenga en cuenta, entre otros parámetros. Señala que, no obstante ello, el sentenciante en ningún momento tuvo presente el interés concreto de la niña asistida, su opinión, su situación actual, los informes sociales incorporados en autos (fs. 136 y 138); que tampoco valoró las pruebas testimoniales y de absolución de posiciones en su totalidad, ni cómo la sentencia incidirá en la vida de la

pequeña R., quien en su corta existencia ha sufrido ya dos pérdidas irreparables. _____

_____ Destaca que el juzgador no tuvo en cuenta la falta de vinculación afectiva de la niña con el señor T., cuestión que considera primordial, ya que hace al interés superior concreto de la pequeña. Agrega que justificó la falta de vinculación de la hija con el padre biológico en una supuesta rencilla entre las partes, vulnerando el derecho de la niña a continuar residiendo en donde es su centro de vida. _____

_____ Afirma que debe existir un proceso de vinculación entre el señor T. y su pequeña hija, por lo que corresponde otorgar la guarda de R. al señor S., dado el carácter temporal de este instituto; y una vez transcurrido el plazo, evaluar dicho proceso y proceder a determinar el estado jurídico de la menor. _____

_____ Por su parte, el señor P. S. expresa agravios fs. 195/198. En primer lugar, manifiesta su conformidad con la expresión de agravios formulada por el señor asesor de incapaces y coincide con éste en cuanto a que la sentencia recurrida le causa un grave perjuicio a R., vulnera los derechos y el interés superior de la niña, al no haberse respetado: (i) su condición de sujeto de derecho, apartándose del principio rector en la materia de cuidado personal cual es el estándar de estabilidad y continuidad, tendiente a que no se quiebre la continuidad afectiva, espacial y social de los niños; (ii) su centro de vida, al no considerar el único lugar de residencia de la niña, quien durante toda su vida permaneció junto a su familia materna integrada por parientes consanguíneos (primos y tíos), consolidando vínculos afectivos de todo orden (con sus familiares, en la escuela, con los vecinos, pediatras, etc.) haciendo de ella su verdadero centro de vida en el cual hoy se encuentra inmersa); (iii) su opinión, entre otros aspectos. _____

_____ Señala que el sentenciante omitió realizar un análisis conjunto de los derechos de la niña, sobreponiendo cuestiones de índole procesal,

cayendo en teorizaciones desarrolladas en abstracto y priorizando los derechos del señor T. en su calidad de padre biológico, sin considerar en momento alguno el bienestar psicofísico de R., ni las pruebas producidas (testimoniales, informativas), ni la documentación agregada en autos, y fundamentalmente la declaración de la niña en audiencia privada.

_____ Asimismo, se agravia de que el *a quo* desconozca el vínculo de parentesco existente con la niña. Señala que a fojas 38 se encuentra agregada el acta de matrimonio con la señora E. C. (tía materna de la menor). _____

_____ Agrega que otra prueba que omitió evaluar el sentenciante es el expediente N° 406.565/12 sobre restitución de menor, de dónde surge que el señor T. incumplió con el régimen de visitas para lograr la vinculación con su hija. _____

_____ Otro aspecto que el *a quo* no tuvo en cuenta es la solicitud de la Fiscalía Civil N° 2, sobre la necesidad de realizar una pericia psicológica en las personas de N. F. T., P. S. y en la niña. _____

_____ Afirma que el punto III de la sentencia compromete seriamente la integridad psicológica de la niña R. A., al ordenar que pueda ser asistida psicológicamente para lograr la adaptación al nuevo grupo familiar, cuando en la realidad de los hechos corresponde que dicha asistencia sea realizada antes, en un espacio terapéutico orientado a lograr la revinculación paterno-filial y evitar de esa manera cambios bruscos que puedan afectar a la niña. _____

_____ Refiere que resulta inadmisibles que se disponga la restitución de la niña a su padre biológico sin importar las particularidades y las circunstancias concretas del caso, más aún cuando no se logró la revinculación de la niña con su progenitor. Manifiesta que hay que tener en cuenta que la niña tuvo que sufrir dos pérdidas irreparables a lo largo de su vida, sumado a los perjuicios ocasionados por el progenitor quien durante todos estos años mostró total desinterés por ella y ahora pretende arrancarla

de su residencia habitual y de sus costumbres, priorizando su propio interés. _____

_____ Finalmente, se queja de la imposición de costas. _____

_____ Corrido traslado de los memoriales, el actor los contesta a fojas 203/204, solicitando que se rechacen los recursos articulados por los argumentos que allí expone. _____

_____ A fojas 211, en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 36 del C.P.C.C. y artículos 12 de la Convención de los Derechos del Niño y 24 de la 3 ley 26061 se convocó a una audiencia, la que se llevó a cabo 31 de octubre de 2017 (fs. 222) en la que estuvieron presentes la niña R. A. T. C., el Asesor de Incapaces N° x., el señor P. S. S. junto a su letrada patrocinante doctora H. Y. V. y el señor N. F. T. con su letrada patrocinante, doctora M. S. Allí, las juezas integrantes de la Sala procedimos a escuchar a la niña en presencia del señor Asesor de Incapaces, dejándose constancia de ello en acta adjunta reservada en Secretaría. Luego, ante preguntas que se le formularon al señor T., éste manifestó que no ve a la niña salvo en la escuela y en la *traffic* que busca también a sus otros hijos. Señaló que se mudó hace un año y tres meses a una casa con tres habitaciones, en donde vive junto a su pareja y sus otros tres hijos. Expresó que su hija S. A. le pide que lleve a R. a jugar o a pasar el fin de semana con ellos. Manifestó que pretende ir de a poco, a poder verla o llevar a la niña, que antes tuvo un régimen de visitas pero que cuando falleció la señora E. dejó de ir a la casa. Contó que últimamente no estaba pagando los alimentos porque se había quedado sin trabajo pero que ahora tiene trabajo. Y finalmente, el señor S. manifestó que no tenía inconveniente cuando el señor T. iba a ver a su hija. _____

_____ A fojas 206/207 y 225, dictaminó el señor Fiscal de Cámara. _____

_____ A fojas 226 se llama autos para sentencia, providencia que se encuentra firme. _____

_____II.- Que de los antecedentes de la causa surge que la niña R. A., de ocho años de edad, nació el 4 de marzo de xxxx, hija de N. F. T. y S. del V. C. a los cuatro meses de edad, su madre falleció en un accidente de tránsito, el 20/07/09, en el que también ella resultó damnificada por encontrarse en brazos de su progenitora cuando fue atropellada por una motocicleta conducida por un primo del señor N. F. T.. A partir de esa fecha, con la conformidad de su padre biológico, R. vivió con su tía materna, E. S. C., quien se hizo cargo de todos sus cuidados y de su crianza. Al fallecer, también repentinamente, la señora E. S. C. el 1º de agosto de xxxx, R. continuó siendo criada en la misma familia por el esposo de la señora C. y tío político de la niña, P. S. S. _____

_____Según las constancias del expediente N° 367.627/11 que tengo a la vista, en fecha 24 de octubre de 2011 la señora C. promovió acción a efectos de obtener la guarda judicial de la niña, la cual le fue otorgada por sentencia dictada el 27 de septiembre de 2012 (fs. 78/79). En dicho proceso, el padre biológico de la niña manifestó personalmente en audiencia del 30 de marzo de 2012 que agradece a la señora C lo que hace con su pequeña hija, que lo que quiere es restablecer el vínculo con la niña y que acordaría el otorgamiento de la guarda junto a un régimen de visitas a favor de él y de su familia. _____

_____Posteriormente, el 26 de septiembre de 2012, el señor T. promovió acción judicial en contra de la señora C. para lograr la restitución de la menor (expte. N° 406.565/12) con fundamento en que no le permitían seguir viendo a su hija, que era su intención criar y educar a la niña aunque no de un día para otro ya que será difícil para su hija desprenderse emocionalmente de su tía y entorno familiar (v. fs. 7 de dicho expte.). En dicha causa, las partes acordaron, en audiencia del 11 de marzo de 2013, un régimen de comunicación provisorio consistente en visitar a la niña durante dos horas, dos veces por semana, y a partir de mayo, tres veces a la semana,

comprometiéndose la señora C. a facilitarle un lugar en su hogar. A su vez, pactaron la obligación de alimentos por una suma equivalente al 15% de los haberes del señor T. como dependiente de GB G., más asignaciones familiares y proporcional del sueldo anual complementario. _____

_____En fecha 12 de abril de 2013, el señor T. denunció en el mismo expediente que en las visitas que realizó nunca pudo contar con un espacio sólo para su hija y él, ya que siempre fueron en el comedor rodeados de los familiares maternos; e hizo conocer que a raíz de un cambio de horario en su trabajo, sólo podrá visitar a su hija semana de por medio (foja 63). En audiencia del 5 de agosto de 2013 (foja 68), se decide mantener el régimen de visitas de tres días a la semana por dos horas, pero con la posibilidad de retirar a la niña el día viernes para que se encuentre con su núcleo familiar y reintegrarla al domicilio de la tía, librar oficio al Servicio de Psicología a fin de que se realice una evaluación del señor T. y de la niña, y fijar audiencia para el 18 de noviembre de 2013. A foja 72, la señora C. manifiesta que el señor T. no está cumpliendo con el régimen de visitas acordado en la audiencia del 5 de agosto y que ello denota falta de interés por parte del progenitor. _____

_____El 18 de noviembre de 2013, sin que obren agregados los informes psicológicos, se llevó a cabo la audiencia fijada (foja 85), donde el juez de grado, dada la buena predisposición de las partes para lograr la integración de la menor con el padre y la subsistencia de los vínculos con la familia materna, luego de exhortar a las partes a mantener siempre el interés superior de R. y el permanente dialogo y comprensión entre ellos, da por concluido el proceso. _____

_____En fecha 29 de diciembre de 2014, el señor P. S. S. inicia el expediente N° 367.627/14 solicitando el cambio de guarda judicial a su favor en razón del fallecimiento de su esposa E. S. C. De la compulsión de dicho expediente surge que se corrió traslado de la demanda al señor N. F.

T. el 25 de junio de 2015 quien no compareció a contestarla, y que a partir de allí se encuentra paralizado el trámite procesal con último decreto de fecha 22 de septiembre de 2015. _____

_____En estos autos, con fecha el 29 de mayo de 2015, el señor N.F. T. promovió demanda a fin de que se le otorgue el cuidado personal de su hija R. A. T. C.. Corrido traslado de la demanda al señor P. S. S., éste contesta a fojas 42/45 oponiéndose al discernimiento del cuidado personal a favor del progenitor por las razones que allí expone. _____

_____En el informe expedido por la escuela N° 4.320 “San Agustín” a la que concurre R. correspondiente al año 2015 (agregado a foja 82), la maestra de 1er. grado y el Vicedirector indican que la pequeña ha afianzado su relación vincular con sus docentes y compañeros, y que se encuentra completamente adaptada al grupo; que se comunica y expresa en forma satisfactoria con sus pares. Con respecto a su aprendizaje, señalan que la niña demuestra interés y autonomía en su trabajo, que comparte los materiales con sus compañeros, es solidaria, tranquila, respetuosa, muy educada y acepta límites. Agregan que conoce a todos sus compañeros e interactúa a través de la palabra, del gesto y actitudes, que se desenvuelve con independencia y se expresa naturalmente y con dulzura, y posee muy buenos hábitos de higiene y de orden. Con respecto al contexto socio-familiar, se informa que su familia respeta las normativas institucionales y envían a la niña con regularidad a clases en condiciones adecuadas, que manifiestan un buen nivel de compromiso en relación con la escolaridad de la niña, asisten a las reuniones solicitadas por los directivos y docentes y responden a las orientaciones docentes para brindarle apoyos que requiere en el hogar. En cuanto al padre biológico de R., afirman que en ningún momento del ciclo lectivo se hizo presente en la institución. _____

_____Similares observaciones surgen de la consulta realizada por la asistente social en el establecimiento educativo en entrevista con la

Directora y la Auxiliar de Dirección: observan muy buena atención de parte de sus actuales cuidadores, tiene asistencia “casi perfecta”, concurre en buenas condiciones de aseo, es una niña tranquila con buena relación con sus pares, ubican al señor S. y a una joven que concurre ante cualquier demanda; no ubican al progenitor biológico de R. (f. 138). _____

____ Por su parte, los informes ambientales y vecinales recabados en autos (fs.135/136; 137/138) dan cuenta de que el señor S. asumió el cuidado y protección de R. A. desde el fallecimiento de su esposa, quien detentaba la guarda judicial de su sobrina, tras el fallecimiento de la madre biológica de la menor. Que el grupo familiar está compuesto por el señor S., sus cuatro hijos (primos hermanos de R.): P. R. de 21 años, R. D. de 20 años, N. de 19 años, J. E. de 13 años, y R. A. de 7 años. Que el grupo conviviente ha podido contener a la menor tras la pérdida de su guardadora, y apoyado en la familia extensa, el grupo primario se adapta a la nueva vida familiar. Que la vivienda reúne condiciones de habitabilidad. Que R. comparte el dormitorio con su prima N.. Que la niña se integra a la escolaridad primaria con un buen rendimiento. En cuanto al señor N. F. T., reside éste junto a su pareja C. M. M. y tres hijos: Z. A. de 6 años, N. L. de 4 años y F. F. de un mes de vida, en la casa de sus padres, P. F. T. y P. S., los que también residen allí, junto con otra hija, M. S. de 42 años. Ocupa una habitación junto a su pareja y sus hijos menores. No mantiene vinculación con su hija pese a la cercanía del hogar y a la escuela argumentando la negativa que en su entender existió por parte de sus guardadores en fomentar la interrelación. Mantiene una relación de oposición con la familia materna de R. y que la única que habría establecido vínculo esporádico con la niña es su abuela, quién le llevó ropa y útiles, los cuales acercó al negocio del señor S.. Se encuentra desempleado y momentáneamente cumple trabajos en el tabaco y colabora con su padre en la actividad de venta de animales. Manifiesta a sus

entrevistadores que cumple con la litis fijada para manutención de su hija y que planifica en un corto plazo mudarse a una vivienda que se esta construyendo en B° Jardín. No permite el ingreso a su domicilio por lo que no pudo realizarse un informe sobre la vivienda y el ambiente habitacional del señor T.._____

_____En cuanto a la prueba testimonial y confesional producida, surgen corroboradas las circunstancias relatadas. Así, los señores P. C. abuelo materno de R.), H. R. O. (vecina de la familia S.) y F. S. (tía del señor T. y vecina de la familia S.) son contestes en relatar que desde la muerte de su madre, la pequeña R. fue criada por su tía E. junto a la familia de ésta, donde es cuidada y atendida, actualmente por el señor S. al haber fallecido su tía. Coinciden en afirmar que nunca vieron al señor T. visitar a la niña (v fs. 93, 94 y 95). Cabe agregar que el padre de la niña admite al absolver posiciones que el señor S. y su esposa le han brindado a R. la más optima de las atenciones (v. fs. 78 respuesta a la pregunta n° 3). _____

_____III.- Que en forma preliminar, deviene necesario analizar la ley aplicable al caso, atento la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial el 1° de agosto de 2015. _____

_____El derecho transitorio previsto por el nuevo Código se circunscribe a su artículo 7°, el cual reza: “Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tiene efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas mas favorables al consumidor en las relaciones de consumo”._____

_____Prevé entonces cuatro reglas, a saber: aplicación inmediata de las nuevas leyes a las relaciones y situaciones jurídicas en curso; principio de

irretroactividad salvo disposición en contrario; límite de retroactividad dado por los derechos amparados por la Constitución; inaplicabilidad de las nuevas leyes supletorias a los contratos celebrados con anterioridad a ella, con excepción de las normas mas favorables al consumidor en las relaciones de consumo (Cfr. Graciela Medina, “Efectos de la ley con relación al tiempo en el proyecto de código”, en La Ley 2012-E-1302, cita Online AR/DOC/5150/2012.). _____

_____ Por su parte, Kemelmajer de Carlucci expresa, con relación al efecto inmediato del nuevo derecho, que se trata del efecto propio y normal de toda ley, que es el sistema que ya tenía el Código Civil de Vélez, y que consiste en que se aplica a: (i) las relaciones y situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro; (ii) las existentes en cuanto no estén agotadas; (iii) las consecuencias que no hayan operado todavía. Particularmente en lo que respecta al cuidado personal, interpreta la jurista citada que, por ser consecuencia de la relación (esto es, responsabilidad parental) son de aplicación inmediata aunque el juicio se haya iniciado con anterioridad a su entrada en vigencia (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, págs. 29/30 y 145/146, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015). _____

_____ A la luz de tales lineamientos, es dable interpretar que las normas del Código Civil y Comercial referidas al objeto del presente juicio resultan de aplicación para la resolución del presente recurso de apelación. _____

_____ IV.- Que sentado lo anterior, es preciso destacar que la consideración primordial del interés del niño y adolescente (cfr. art. 3.1. de la CDN, art. 3° de la ley 26.061 y normas concordantes) es la que se impone como criterio superior en todos los asuntos concernientes a aquéllos que tomen tanto los tribunales, como las instituciones públicas o privadas y las autoridades administrativas o los órganos legislativos. De tal

modo, esta pauta rectora cobra fundamental importancia en situaciones como la que se verifica en el presente caso. _____

_____ Cuadra tener presente que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puesto de resalto que: "La atención principal al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto (...) se prioriza el del niño". (CSJN, 12/06/2012, "N.N o U., V. s/ Protección y guarda de personas", La Ley, 2012-D-182)._____

_____ Asimismo, el Código Civil y Comercial lo enumera dentro de los principios fundamentales que rigen en materia de familia, y prescribe diversas disposiciones para tornarlo efectivo. _____

_____ Ahora bien, en el *sub examine*, de los antecedentes reseñados y del resultado de la audiencia realizada en esta instancia de apelación, emerge que el propio padre biológico considera necesario llevar a cabo un proceso paulatino de vinculación con su hija (vinculación que en este momento prácticamente no existe, según ha quedado demostrado en autos) como paso previo necesario antes de disponerse cualquier cambio de la situación actual de la niña. _____

_____ En la audiencia, pudimos observar que la niña llama "papá" a su tío P., que habla de él con gran cariño, así como de sus primos, en especial de su prima N. ("N.") quien comparte dormitorio con ella y se ocupa de prepararle la ropa cada mañana para ir a la escuela, entre otros cuidados. Así también, resultó evidenciado de la entrevista personal el vínculo afectivo que mantiene con la madre de su papá P., J., a quien llama "su abuela", a quien visita y allí comparte y se relaciona con primos y con "su

tía V.”, quien la cuida cuando se enferma. La niña conoce que tiene “otro papá”, a quien llama “papá N.” pero surge de las entrevistas personales mantenidas con las suscriptas y con el señor Juez de primera instancia, tanto como de lo manifestado por las partes en la audiencia del 31 de octubre de 2017, que nunca existió trato ni comunicación mínimamente cercana y afectiva entre padre e hija, que no se ven desde hace mucho tiempo, que las visitas realizadas a la niña por su progenitor fueron esporádicas - sin interesar a los efectos de que aquí se trata quién resulta responsable de estas ausencias que la niña nunca entró en la casa del señor T., no la conoce más que por fuera cuando va a casa de vecinos, que lo vio por última vez hace un año en un colectivo pero no se saludaron. Que a la niña le gusta vivir con su tío P. y sus primos y que desea continuar viviendo con ellos. Surge claro también que en estos momentos no existe un vínculo de confianza de la niña para con su padre biológico, evidenciándose cierto temor y angustia al hablar de su “papá N.” y de la posibilidad de ir a su casa. _____

_____ Por lo demás, las suscriptas pudieron constatar personalmente el excelente estado de aseo y pulcritud de la niña, su facilidad de expresión, su personalidad alegre, respetuosa, la dulzura de su trato, su gusto por la lectura y el estudio, en donde exhibe una desempeño muy bueno tanto en lo académico como en los hábitos de convivencia, integrada con sus pares y apoyada por su familia de convivencia (conforme surge de los informes citados *ut supra*). Sin duda, todo ello es reflejo de una crianza adecuada, con vínculos afectivos sólidos y gratificantes, no obstante haber sufrido la niña dos pérdidas muy importantes: su madre, a los cuatro meses de edad, y su tía de crianza – que cumplía el rol materno, llamaba “mamá” y a quien manifestaba querer “más allá de las estrellas” (v. informe ambiental) - a los cinco años de edad. _____

_____ Enseña la doctrina especializada que el derecho del niño y adolescente a ser oído no se limita a una mera formalidad sino que su opinión debe ser valorada y, cuanto mayor es su grado de madurez y comprensión del sentido y las consecuencias, mayor peso ha de tener su opinión cuando deba adoptarse una decisión que afecte sus derechos e intereses. En el caso de la niña cuyo interés superior debemos proteger los jueces, en la entrevista personal fue sumamente clara su voluntad y deseo de permanecer con su tío y primos, con quienes dice haber vivido siempre, manifestando temor por cualquier cambio que pueda afectar su actual situación. _____

_____ Por otro lado, se advirtió en el señor T. un sincero interés por vincularse R., que pueda ir a su casa y relacionarse con sus otros hijos, así como el entendimiento de que es necesario iniciar una vinculación para luego obtener el cuidado personal de su hija que fuera objeto del proceso en el presente expediente. _____

_____ Por otro lado, deviene relevante señalar que ni en este ni en ninguno de los expedientes conexos - pese a haber sido solicitadas incluso por alguna de las partes y el Ministerio Público - se han llevado a cabo pericias psicológicas y psiquiátricas del pretensor ni de la niña, de forma tal que permitan prever el efecto que podría tener en la psiquis de la niña el drástico y repentino cambio determinado por el juez de la instancia inferior - en el brevísimo plazo de diez días y con el eventual auxilio de la fuerza de seguridad para hacerlo efectivo, lo cual resulta sumamente desacertado en atención a las circunstancias de la causa -; así como tampoco verificar si el progenitor, que no se hizo cargo de su hija al fallecer la madre, cuenta con un perfil psicológico apto para asumir su rol de padre con R.. _____

_____ Por ende, de todo lo analizado no cabe sino concluir enfáticamente que la decisión de grado resulta inapropiada, sumamente perjudicial para el interés y derechos de la niña afectada, y debe ser revocada, disponiéndose

un régimen de comunicación adecuado en audiencia a la cual deberán comparecer el señor T., el señor S. así como psicólogos del Poder Judicial que coadyuven a programar una vinculación fructífera y consistente entre la menor y su padre, audiencia que deberá fijarse por el *a quo* a la brevedad posible a efectos de dar inicio al proceso de vinculación con acompañamiento psicológico. Asimismo, deberá disponer la realización de pericias psicológicas al padre y a la niña. _____

_____ Teniendo en cuenta que a causa del fallecimiento de la señora E. S. C., la niña R. se encuentra sin un marco jurídico que otorgue protección de sus derechos, corresponde otorgar en forma provisoria a su tío P. S. S., por el término de un año, prorrogable por un año más, momento en el cual deberá resolverse su situación en forma definitiva a través del instituto legal que resulte más conveniente a los intereses de la niña a la luz de los informes multidisciplinarios que se vayan obteniendo durante el período de guarda. _____

_____ La medida dispuesta resulta congruente con los requerimientos legales y convencionales vigentes que demandan un rol judicial activo y oficioso que brinde especial protección a las personas en situación de vulnerabilidad, ofreciéndoles un marco de contención técnico-jurídica y un conjunto de estrategias urgentes, anticipatorias o provisorias, que les garanticen el ejercicio de sus derechos y la obtención de soluciones adecuadas y oportunas (Kemelmajer de Carlucci, Aída y Mariel Molina de Juan, “Los principios generales del proceso de familia en el CCC”, tº 2015-2, p. 42 y ss., Rev. Der. Procesal, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2015). Es dable subrayar que el nuevo derecho de fondo se inserta en un ordenamiento jurídico más complejo, en el que varias leyes especiales han introducido importantes modificaciones a distintas temáticas directamente relacionadas con instituciones que competen a la legislación civil. Una de ellas es la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas,

Niños y Adolescentes, la que entre otros objetivos apela a la designación de magistrados que asuman su obligación de control de legalidad, estableciendo un nuevo rol de los jueces, consistente en la apertura de un camino de justiciabilidad de los derechos sociales de los niños. Promueve también desde su articulado el respeto al llamado “Sistema de Protección Integral de Derechos”, el cual se define como el conjunto de organismos administrativos y judiciales, entidades y servicios que coordinan, ejecutan y controlan las políticas públicas en materia de infancia con al finalidad de brindar adecuada protección a los derechos de los niños y asegurar su pleno disfrute. _____

_____ Es que la realidad indica que a menudo se presentan en nuestros tribunales situaciones de niños y niñas con derechos vulnerados a causa de la negligencia o desprotección de sus padres, que no han podido ser superadas al cabo de la medida de protección de derechos y ante lo cual resulta lo más apropiado para el niño permanecer al cuidado de un familiar o referente afectivo. Como una de las medidas excepcionales se encuentra la guarda, que siempre está sometida al control judicial, por los efectos que produce sobre los derechos del niño. _____

_____ Al respecto, el artículo 657 del C.C.C.N. dispone que: “En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. 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 queda en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio”. _____

_____Es dable advertir que la medida de guarda que contempla el nuevo artículo 657, si bien excepcional, no provoca desplazamiento, ni suspensión ni interrupción de la responsabilidad parental que continúa en cabeza del padre, de allí su carácter provisorio, pues es necesario que de continuar las condiciones de desprotección de los derechos fundamentales de la niña, se resuelva su situación de acuerdo a las demás figuras previstas en la ley sustantiva. _____

_____De acuerdo a la situación en que se encuentra la niña R., aun cuando claramente no se advierten circunstancias de riesgo para su vida e integridad psicofísica pues se encuentra bajo la contención afectiva y económica de su tío y familia de éste, sí surge una situación excepcional no deseada por el ordenamiento jurídico, a saber, que el familiar que se encuentra a su cuidado no tiene el reconocimiento legal que implica el otorgamiento de una guarda al menos que le permita ejercer los derechos y responsabilidades emergentes de dicho instituto, despejando la situación de incertidumbre y fáctica en que ahora se encuentra desde el fallecimiento de su tía guardadora, lo que sin lugar a dudas afecta los derechos fundamentales de la niña. Es que justamente el fundamento de este instituto es proveer al interés superior del niño, procurando una mayor eficacia a la labor que desempeña la persona que lo tiene a su cuidado. _____

_____En tal sentido, cabe destacar que recientemente se ha señalado sobre esta medida: “La guarda conferida judicialmente constituye una típica medida tutelar consistente en la entrega de un menor a quien no es su representante legal, a fin de que se le brinde la necesaria asistencia material y espiritual. En ella los guardadores asumen las mismas responsabilidades que los padres, tanto respecto a la persona del menor, como frente a la sociedad, a los terceros y al Estado, con la única diferencia que no son sus representantes legales. De ahí que, la guarda al no brindar una solución definitiva o integral al problema del menor, sea de vigencia transitoria”

(Carlos A. Calvo Costa, “Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial”, pág. 1038/1039, Tomo II, La Ley, Bs. As., 2016). _____

_____ En efecto, de acuerdo a las previsiones normativas mencionadas del artículo 657, la guarda es transitoria, tiene vigencia por el término de un año que puede ser prorrogado por otro período igual; pero a su vencimiento el Juez de grado deberá proveer las medidas necesarias para resolver la situación de la niña mediante otra figura que otorgue solución adecuada y estable. _____

_____ Cabe puntualizar que el otorgamiento de la medida se adecua acabadamente al principio eminente de mantención del estándar de estabilidad y continuidad, que rige en materia de cuidado personal (v. Rivera - Medina, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, tº II, págs. 535/536, La Ley, Bs. As., 2014). Y en tal sentido, la jurisprudencia tiene reiteradamente dicho que en la guarda judicial de menores, debe tenerse en cuenta, primordialmente, el beneficio del menor (CNCiv., Sala I, La Ley, 1997-C-558,AR/JUR/1389/1996). _____

_____ En consecuencia, debe hacerse lugar a los recursos de apelación interpuestos por el señor Asesor de Incapaces N° x a foja 172, y por el señor P. S. S. a foja 174, acordando un régimen de comunicación adecuado a favor del progenitor, N. F. T., el cual deberá establecerse en audiencia a fijar en el Juzgado de origen de acuerdo a un programa de vinculación fructífera y consistente entre la menor y su padre, ordenando que en el Juzgado de origen se disponga la realización de pericias psicológicas al padre y a la niña R. A., y otorgando la guarda de la niña a su tío político materno, señor P. S. S., en los términos del artículo 657 del C.C.C.N. _____

_____ V.- Que en cuanto a las costas, cabe tener presente que en materia de cuidado personal de los hijos no resulta conveniente la aplicación rígida del principio de la derrota, porque es lógico y hasta plausible que el progenitor procure ejercer esa función, y puesto que, en definitiva, al

decidirse la cuestión se atiende a lo que mejor conviene a los niños (cf. CApelCC.Salta, Sala II, Libro Sent., Año 2016, 1º parte, fº 74/78; *id., id.*, Libro Sent., Año 2017, 1º Parte, fº 168/171). En consecuencia, corresponde imponer las costas de ambas instancias por el orden causado, de conformidad a los artículos 273 y 67 2º párrafo del C.P.C.C. _____

_____ **La doctora Hebe Alicia Samsón dijo:** _____

_____ Por compartir sus fundamentos, me adhiero al voto que antecede. _____

_____ Por ello, _____

_____ **LA SALA SEGUNDA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL,** _____

_____ **I.- HACE LUGAR** a los recursos de apelación interpuestos a fojas 172 y 174 y, en su mérito: **REVOCA** la sentencia de fojas 165/167, 1) **ACUERDA** un régimen de comunicación a favor del progenitor, N. F. T., el cual deberá establecerse en audiencia a fijar en el Juzgado de origen de acuerdo a un programa de vinculación fructífera y consistente entre la menor y su padre, 2) **ORDENA** que en el Juzgado de origen se disponga la realización de pericias psicológicas al padre y a la niña R. A., 3) **OTORGA** la guarda de la niña R. A. T. C. (DNI N° xx.xxx.xxx) a su tío político materno, señor P. S. S. (DNI N° xx.xxx.xxx) en los términos del artículo 657 del C.C.C.N. _____

_____ **II.- IMPONE** las costas de ambas instancias por el orden causado. _____

_____ **III.- ORDENA** agregar copia certificada de esta sentencia en expediente conexo N° INC- 1-367.627/2014 . _____

_____ **IV.- MANDA** que se registre, notifique y baje a fin de que en el Juzgado de origen se dé puntual cumplimiento a lo aquí resuelto.- _____