

Partes: A. T. G. M. s/ guarda de personas

Tribunal: Juzgado de Familia de Tigre

Sala/Juzgado: I

Fecha: 14-may-2021

Cita: MJ-JU-M-132376-AR | MJJ132376 | MJJ132376

Otorgamiento de la tutela de una menor a favor de sus tíos, los cuáles se han ocupado de ella desde que era bebé.

Sumario:

1.-La falta de vínculo legal o biológico no resulta óbice para el pedido de tutela efectuado por los tíos de la menor, en tanto cabe reconocer también como pauta para establecer la existencia de un vínculo familiar el ‘parentesco social afectivo’; debe agregarse que se encuentra sobradamente acreditado que la familia peticionante es quien se ha ocupado, y lo sigue haciendo en la actualidad, de todas las necesidades educativas, económicas, de salud y recreativas de la niña, y que su madre biológica no participa de sus cuidados ni de las actividades cotidianas de su hija.

2.-Teniendo en cuenta que la progenitora ha tenido oportunidad de participar del proceso, garantizándose así su derecho de defensa, y a tenor del otorgamiento de la tutela, ha de privarse a la progenitora de la responsabilidad parental respecto a su hija, sin que ello implique el cese del contacto materno filial, el que no sólo puede continuar sino también incluso profundizarse si ello atiende al interés superior de la adolescente.

¿Aún no estás suscripto a Microjuris? Ingresá aquí.

3.-En virtud de la incapacidad que ostentan las personas menores de edad no emancipadas, la tutela cumple, a tenor de lo dispuesto en el art. 117 del CCivCom., una función representativa para el ejercicio de sus derechos, aunque comparativamente morigerada respecto a su antecesora, ya que siempre quien los represente habrá de atender a las opiniones que expresen sobre las cuestiones que los involucren.

4.-El elemento socio-afectivo se torna hoy, al lado del criterio biológico y jurídico, en una nueva pauta para establecer la existencia de un vínculo familiar.

Fallo:

N.R: Se advierte que este fallo no se encuentra firme.

AUTOS Y VISTOS:

Las presentes actuaciones caratuladas «A. T. G. M. S/ GUARDA DE PERSONAS (ART. 234 DEL CPCC)» . EXPTE. N° TG-7269-2016 venidas a despacho a fin de dictar sentencia; RESULTA:

I. Con fecha 22 de octubre de 2020 se presentan la Sra. S.E.M y el Sr. J.R.Y (DNI 21.) con el patrocinio letrado del Dr. M. G. Torre Spika (Defensor Oficial) y promueven demanda a fin de que se les otorgue la tutela de G. M. A. T. (DNI N° 48.) hija de J.L. T. (DNI 33.) y de V. F. A. (fallecido).

Refieren que con fecha 1/08/2018 se les otorgó la guarda por un año y que con fecha 16/12/2019 se les prorrogó la misma por idéntico plazo. Que actualmente se encuentran agotados los plazos previstos por los art. 643 y 657 del CCyC, razón por lo cual inician la presente acción.

Explican que G. vive junto a ellos desde que tiene 9 meses de edad y que son ellos quienes se ocupan de brindarle todos los cuidados necesarios para proporcionarle una buena calidad de vida.

Ofrecen prueba, fundan en derecho y piden se les otorgue la tutela de «su sobrina».

Por último, solicitan se notifique el traslado de la demanda al domicilio ya constituido en autos por la progenitora.

II. A raíz de la notificación recibida en su domicilio electrónico la Dra. Raquel Boly Villanueva Defensora Oficial, manifiesta que no obstante haber informado sobre el pedido de tutela y citado mediante oficio, indica que ha perdido contacto con su patrocinada, la Sra. J.L. T.

III. Teniendo en cuenta el actual contexto de pandemia que padece la población mundial por el Covid-19 (coronavirus) y a fin de procurar una tutela judicial efectiva la Suscripta, en presencia de la Sra. Asesora de Menores, entrevista nuevamente a la joven G. M. A., esta vez de manera virtual, dando cumplimiento con lo normado por el art. 12 de la CIDN.

IV. Con el trámite electrónico de fecha 18/02/2021 se agrega el informe socio – ambiental realizado por el trabajador social del Equipo Técnico del Juzgado.

V. Dictamina la Sra. Asesora de Menores e Incapaces quien presta conformidad para que se designe como tutores de G. M. A. T. a los peticionantes.

CONSIDERANDO:

I. El art. 657 del CCyCN dispone que se puede otorgar la guarda a un pariente por el plazo de un año y prorrogarlo por el mismo período por razones fundadas. Vencido dicho plazo el Juez debe resolver la situación del niño mediante otras figuras que se regulan en el presente Código.

II. El art. 104 del CCyC, a su vez, indica que la tutela 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. Se aplican los principios generales enumerados en el Título 7 del Libro Segundo y expresamente refiere que en el caso que 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.

Es el art.107 que regula la «tutela dativa» y faculta al Juez a otorgarla, en el caso de ausencia de la designación de tutor por parte de sus padres, a la persona más idónea para brindar protección al niño, niña o adolescente, debiendo encontrarse fundada razonablemente los motivos que justifican dicha idoneidad.

Esta norma guarda coherente vinculación con la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26061 que pregonan la valoración de su interés superior, directiva de cumplimiento insoslayable, consagrada en la Constitución Nacional a través del conferimiento de jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia a la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la importancia de su autonomía progresiva; el derecho de ser escuchado en el proceso y que su opinión sea tenida en cuenta (arts. 3,12 y cc de la CDN, arts. 3, 24 y cc de la ley 26061, art. 75 inc. 22 CN).

III. La autonomía progresiva habilita al menor de edad a ir ejerciendo sus facultades de autodeterminación en la medida que va adquiriendo la competencia necesaria para comprender las situaciones que puedan afectar a su persona. Se trata de reconocer la autonomía progresiva o el discernimiento de capacidades diversas de los menores, con independencia de rígidos patrones de edad (conf. Basset, Ursula C., «Autonomía progresiva. Tendencias jurisprudenciales a partir de la Gillick-Competence», en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, LL, 2010, octubre, pág. 228 y sigtes.). Es que, por su edad y grado de madurez, el impacto de la opinión en la decisión judicial de un joven de 15 años es diferente a la de un niño de menor edad (SCBA, 6/8/2014, «F.D.G. Adopción. Acciones vinculadas», C. 115.747).

En virtud de la incapacidad que ostentan las personas menores de edad no emancipadas, la tutela cumple, a tenor de lo dispuesto en el art.117, una función representativa para el ejercicio de sus derechos, aunque comparativamente morigerada respecto a su antecesora ya que siempre quien los represente habrá de atender a las opiniones que expresen sobre las

cuestiones que los involucren (Pagano, Luz M., Régimen Jurídico de la Tutela, Cita Online AR/DOC/2999/2015).

III. En idéntica dirección con el criterio adoptado en las dos resoluciones que precedieron al actual pedido de tutela, mediante las cuales fuera otorgada la guarda y luego su prórroga (conforme al art. 657 del CCyC) a los aquí peticionantes en su carácter de «referentes afectivos», considerados en la cotidianeidad de la niña como su familia. La expresión «pariente», ha sido utilizada en un sentido amplio, y no con un alcance harto restrictivo como lo hace el art. 529, segundo párrafo, del citado Código. Es que al considerar esa expresión con criterio extensivo se alcanza una adecuada armonía con otras disposiciones bien concretas, las cuales el juzgador puede invocar sin mayores tropiezos. (Mizrahi, Mauricio L. «Guarda de niños por terceros: Una acertada aplicación del artículo 657 del Código Civil y Comercial», La Ley, Cita Online: AR/DOC/3273/2020).

Siguiendo las enseñanzas del Dr. Mizrahi en la obra citada son varios los artículos donde se hace referencia de un modo u otros a otras personas que no son familiares pero que mantienen algún vínculo socioafectivo respecto al niño de que se trata, repárese en los siguientes ejemplos a) El art. 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que hace referencia a «los miembros de la familia ampliada o de la comunidad». b) El art. 607, anteúltimo párrafo, del Cód. Civ. y Com., en tanto hace mención expresa al «referente afectivo». c) El art. 640, inc. c), del citado Código, que como figura legal derivada de la responsabilidad parental menciona a «la guarda otorgada por el juez a un tercero»; sin que se realice ninguna exclusión del referente afectivo. d) El art. 702, inc.d), del mismo Código, que dispone que se suspende el ejercicio de la responsabilidad parental mientras dure «la convivencia del hijo con un tercero», sin que tampoco se efectúe la mentada exclusión del referente afectivo. e) El art. 107, de dicho Código, que no impide conferir la tutela a un referente afectivo. Y menos aún si se tiene en cuenta que ya se les ha otorgado las figuras intermedias y provisorias contempladas por los arts. 643 y 657 del CCyC. f) El art. 41, inc. a), de la ley 26.061, que como encabezamiento tiene a las palabras «Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos» que hace alusión a «otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad»; por lo que la incorporación al precepto de los miembros «de la comunidad» determina que, a estos, para la ley, se los considera como que integran un ámbito familiar alternativo. g) La reglamentación del art. 7° de la ley 26.061, ordenada por el dec. 415/2016. conforme a la cual pariente no sería solo el que está vinculado por una relación sanguínea con el niño, sino también las personas adultas que «tienen vínculos significativos y afectivos en la historia personal del niño, como así también en su desarrollo, asistencia y protección». h) Los arts. 556 y 646, inc. e), en materia de régimen de comunicación avalan también esta interpretación en tanto que reconocen dicho derecho a «quienes justifiquen un interés afectivo legítimo» y » personas con las cuales tenga un vínculo afectivo».

IV. Es que el elemento socio-afectivo se torna hoy, al lado del criterio biológico y jurídico, en una nueva pauta para establecer la existencia de un vínculo familiar (confr. XXIII Jornadas

Nacionales de Derecho Civil, art. 41. inc. a) de la ley 26.061 y art.7 del decreto reglamentario 415/06).

La apertura al «afecto» como concepto jurídico implica que, «(.) en numerosas ocasiones, las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos, o en el de la regulación legal única; de allí que se comienza a hablar del «parentesco social afectivo», para reflejar la relación que surge entre personas que, sin ser parientes, se comportan entre ellos a modo y semejanza; se ha producido, entonces, lo que ha dado en llamarse «desencarnación», o sea, el debilitamiento del elemento carnal o biológico en beneficio del elemento psicológico y afectivo (confr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, «Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014», La Ley, 08/10/2014).

V. Desde este encuadre jurídico analizaré los elementos obrantes en la causa.

De los antecedentes de autos surge que la Sra. J.L. T. (progenitora de G.) dejó a su hija de nueve meses de edad al cuidado de la Sra. A. M. I., (madre adoptiva de J., o en todo caso su «madre del corazón» ya que nunca hicieron los trámites legales correspondientes). Junto a la Sra. A. vivía su hijo el Sr. R.Y., que en la cotidianeidad se vinculaba como «hermano adoptivo» de Jimena, quien continuó con el cuidado de la niña cuando la Sra. A. M. I. (a quien la progenitora de G. llamaba como su «madre del corazón») fallece.

Durante los primeros seis años de vida de G. no fue visitada por su progenitora luego comenzó a hacerlo cada dos meses. En esa época un día su madre se llevó a G. sin el consentimiento de los guardadores y sin importarle tampoco la opinión de su hija. Ello dio lugar a un trámite de reintegro, tras lo cual, al ser entrevistada la niña por la Juez en turno, manifestó su deseo de vivir con la Sra. S. y el Sr. J. refiriendo que su progenitora la trataba mal. A raíz de esta situación se dictó una prohibición de acercamiento temporal de la madre a la niña y sus cuidadores.

Del trabajo efectuado por los profesionales del Equipo Técnico del Juzgado (entrevistas a todo el grupo familiar e informes socio ambientales) se encuentra sobradamente acreditado que la familia M.- Y. es quien se ha ocupado, y lo sigue haciendo en la actualidad, de todas las necesidades educativas, económicas, de salud y recreativas de la niña, favoreciendo de esa manera el mejor desarrollo de sus capacidades.

Respecto de la Sra. T. y el Sr. L. (pareja actual de la Sra. T.) concluyen los informes que se registran debilitados en sus recursos de asistencia y protección adecuados para G. Que no cuentan con un espacio físico para incorporar a la joven y que, a pesar de tener algunos encuentros con ella, hasta el momento la Sra. T. no participa de sus cuidados ni de las actividades cotidianas de su hija.

A lo largo del trámite he tenido oportunidad de entrevistar y conversar junto a la Asesora en tres oportunidades a G.

La primera entrevista se realiza en marzo del año 2017. Allí nos cuenta que vive con sus tíos a quienes le dice «mamá» y «papá», que está muy bien con ellos y que a su progenitora la ve a veces los fines de semana.

El 24/09/2019 se lleva a cabo la segunda entrevista. En esa oportunidad G. cuenta que le va bien en el colegio que continúa viviendo con sus tíos con quienes está muy bien.

Finalmente, con fecha 31/03/2021 se realiza la última entrevista pero esta vez en el marco del trámite de tutela. En dicho acto se le explica a G. los alcances del pedido efectuado por los peticionantes y se indaga a fin de conocer la situación actual de la joven. G. reitera estar muy bien con sus tíos y refiere estar de acuerdo con que su «tia» pida la tutela.

Es decir, a través de los años G. ha manifestado en varias oportunidades que quiere seguir viviendo con la Sra. S.E.M y el Sr. J.R.Y con quienes se encuentra muy bien. Que son ellos a quienes considera sus padres, les dice «mamá» y «papá» y quienes llevan a cabo los actos cotidianos propios de su cuidado personal. En concreto, son quienes la llevan al colegio, a natación y le preparan la comida se ocupan de sus necesidades y le brindan mucho amor.

Esta opinión es tenida en cuenta y evaluada en función de su autonomía progresiva, a lo largo de los años en forma concreta y clara se ha manifestado en el mismo sentido, con deseo de permanecer con la familia que la albergó y cuidó desde que era bebe.

Por otra parte, el progenitor de G. falleció y su progenitora no ha podido hasta ahora desempeñar su rol parental, habiendo por decisión propia dejado a la niña al cuidado de terceras personas. Si bien fue debidamente citada al proceso, ninguna petición ha efectuado más allá de la inicial, denotando su desinterés en la situación legal de la joven.

Ahora bien, de las constancias de la causa surge que no existe vínculo legal entre la Sra. M. y el Sr. Y. con la niña G. Sin embargo, el Sr. Y. compartió su infancia con la progenitora de G. conviviendo como hermanos, aun cuando nunca se realizó Ningún trámite para legalizar la situación. Así, es que la pequeña G. llega a su cuidado y al de su pareja (la Sra.M.), tras ser dejada por su madre, siendo evidente que existía una relación afectiva previa a la entrega de la niña.

Por tanto, y tal como ha sido desarrollado, entiendo que la falta de vinculo legal o biológico no resulta óbice para el pedido de tutela efectuado, en tanto cabe reconocer también como pauta para establecer la existencia de un vínculo familiar el «parentesco social afectivo».

Teniendo en cuenta que ya se ha vencido el plazo máximo por el cual el Código autoriza a otorgar la guarda, en procura de satisfacer el interés superior de G. considero que la figura definitiva más idónea para regular la situación de la joven es la de la tutela.

Esta figura le va a brindar a la joven la estabilidad necesaria para satisfacer su derecho de crecer en una familia que le brinde cariño, los cuidados y asistencia que necesita.

VIII. Llegados a este punto, debo señalar que en la institución de la tutela no contamos con una norma como la del art. 699 in. e del CCyC, que dispone que con la adopción se extingue la titularidad de la responsabilidad parental.

Va de suyo que como la tutela sustituye a la responsabilidad parental (art. 104, primer párrafo del CCyC) resulta necesario expedirse al respecto.

«Es que la responsabilidad parental y la tutela son institutos claramente incompatibles y, en consecuencia, no pueden coexistir. Tal circunstancia no tiene por qué demorar el procedimiento (Mizrahi, Mauricio, ob.cit.).

En este sentido, el art.700 CCy C dispone que los progenitores deben ser privados de la responsabilidad parental por abandonar al hijo, dejándolo en un total estado de desprotección aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor, o la guarda de un tercero.(inc.b).

Pese a que la progenitora tiene contacto esporádico con la joven no se encuentra en condiciones para hacerse cargo de su hija.

«Es que si se determina que, sin remedio a la vista, la progenitora carece de los recursos psicológicos mínimos para hacerse cargo de su hija, la privación de la responsabilidad parental es lo que corresponde, sin perjuicio de que aquellos acercamientos irregulares y esporádicos continúen y aun cuando se profundicen o se hagan más asiduos, pues debe entenderse que la responsabilidad parental y la posibilidad del padre o madre de mantener ciertos vínculos con sus hijos son cosas distintas. La privación de aquella de ninguna manera implicará cortar esas relaciones». (Mizrahi, Mauricio L., «Responsabilidad parental», Bs. As. 2015. Ed. Astrea, p. 661).

En consecuencia, teniendo en cuenta que la progenitora ha tenido oportunidad de participar del proceso, garantizándose así su derecho de defensa, y a tenor de lo resuelto anteriormente en cuanto a la tutela, ha de privarse a la Sra. J.L. T. de la responsabilidad parental respecto a su hija G. M. A. T., sin que ello implique el cese del contacto materno filial, el que no sólo puede continuar sino también incluso profundizarse si ello atiende al interés superior de la adolescente.

Por todo ello, RESUELVO:

I. Hacer lugar a la petición efectuada por la Sra. S.E.M (DNI 22.354.154) y el Sr. J.R.Y (DNI 21.), con domicilio en la calle Albarellos ., Localidad y Partido de Tigre y otorgarles la tutela de G. M. A. T. DNI N° 48. (arts. 104 y ss del Código Civil y Comercial, t.o por ley 26.994, 3°, 12 y cc de la CIDN, 75 inc. 22 de la C.N. y 9° C.A.D.H, arts.3,24 y cc de la ley 26061).

II. Decretar, en consecuencia, la privación de la responsabilidad parental de J.L. T. (DNI N° 33.) respecto de su hija G. M. T. A. (DNI N° 48.) en los términos del art. 700 inc. b del CCyCN.

III. Déjase constancia que la presente tutela cumple con los requisitos exigidos por el art. 12 de la Resolución de ANSES N° 1289/2002, ello a fin de que se ordene el pago de las correspondientes asignaciones familiares conforme circular GAF 64/05 último párrafo.

IV. Una vez firme deberán los peticionantes aceptar y discernir el cargo. Atento las excepcionales circunstancias derivadas de la Pandemia por Covid y a fin de evitar la concurrencia al Juzgado en pos de resguardar la salud de los involucrados, requiérase que lo presenten de forma electrónica por escrito, difiriendo su ratificación presencial a resultas de la situación sanitaria del país. Fecho expídase testimonio.

V. Imponer las costas por su orden. No regular honorarios por encontrarse las partes patrocinadas por la Defensoría Oficial.

REGISTRESE. NOTIFIQUESE.

Dra. Sandra Fabiana Veloso

Juez

Juzgado de Familia N° 1 Tigre