

Salta, 25 de Septiembre de 2017.-

Y VISTOS: Estos autos caratulados “D., J. del V. y otros – Homologación – Delegación de la responsabilidad parental”, Expte. N° 3459/16 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Personas y Familia del Distrito judicial del centro -Cafayate, **Expte. N° 583286/17 de Sala Quinta**, y

RESULTANDO

El Dr. Alfredo Gómez Bello dijo:

1) En contra de la sentencia de fs. 30/31, en la que se decidió no hacer lugar al pedido de homologación del acuerdo de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, con sustento en que no existen fundamentos graves que demuestren la necesidad de aplicación del instituto previsto en el artículo 643 del Código Civil y Comercial, a fs. 32 interpuso recurso de apelación la Sra. Defensora Oficial Civil de Cafayate, en representación de los actores, el que fue concedido a fs. 33.

A fs. 34 y vta. la apelante presenta memorial de agravios. Señala que el fallo en crisis no contiene los fundamentos por los cuales se arribó a la decisión. Afirma que, por el contrario, su parte esgrimió los argumentos por los que solicitó la homologación del acuerdo, tanto en el escrito inicial como en la presentación de fs. 24. Manifiesta que se encuentran reunidos los requisitos previstos en el artículo 643 del Código Civil y Comercial y agrega que el proceso en curso se encuentra dirigido a procurar la adecuada protección del niño y a velar por su superior interés.

A fs. 59/61 dictamina el Sr. Fiscal de Cámara quien, por los fundamentos que allí expone, considera que corresponde hacer lugar al recurso deducido.

A fs. 63/66 presenta su dictamen la Sra. Asesora de Incapaces N° 3, quien entiende que el recurso debe ser rechazado y que corresponde se realice una información sumaria.

A fs. 67 se llaman autos para sentencia, mediante providencia que se encuentra firme.

C O N S I D E R A N D O

_____ 2) El artículo 643 del Código Civil y Comercial dispone que en el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido. _

_____ Este artículo apunta a dar respuesta a los casos en que, por diversas circunstancias, los progenitores dejan al hijo al cuidado de un tercero. De esta manera, el nuevo Código prevé situaciones que no habían sido expresamente reguladas por el ordenamiento jurídico anterior, el cual sólo apuntaba a brindar soluciones drásticas para aquellos supuestos en los que la separación del niño de su familia tenía visos de permanencia, como en los casos de adopción o tutela. El nuevo Código cubre este vacío, reconociendo efectos jurídicos a las relaciones entre el niño y los adultos temporalmente responsables de su cuidado, ya sea por delegación conjunta de ambos progenitores o de uno de ellos (Vítolo, Daniel Roque: “Código Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado”, Erreius, Buenos Aires, 2016, t. I, pág. 686). _____

_____ La facultad que prevé la norma en análisis responde no sólo al mencionado principio de realidad, sino también al principio de autonomía de la voluntad que también tiene su espacio en la regulación de la figura de la responsabilidad parental. Los progenitores son los principales responsables de sus hijos y son ellos quienes, en principio, pueden tomar decisiones que sean acorde con lo mejor para ellos. A priori, y en abstracto, no se puede impedir o desconfiar de decisiones que puedan tomar los padres con relación a sus hijos,

incluso las más complejas y de gravedad, como lo es tener que delegar el ejercicio en un tercero. También se faculta a los jueces, a modo de contralor, a evaluar si la delegación del ejercicio está en consonancia con el mejor interés del hijo, para lo cual se deberá indagar sobre dos temas: 1) el apartamiento transitorio de los progenitores y 2) la aptitud de la persona elegida para su cuidado. Por otra parte, la admisión de la delegación con la consecuente homologación judicial ofrece, tanto al niño como a los terceros “delegatarios”, las garantías necesarias para que esta relación produzca efectos jurídicos frente a terceros, por un tiempo determinado y razones debidamente explicitadas (Lorenzetti, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación, comentado”, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2015, t. IV, págs. 299 y siguientes).

_____ Entre los motivos que pueden autorizar la delegación del ejercicio, pueden indicarse la necesidad de permanecer por un período en el exterior o en alguna localidad lejana al domicilio familiar –cuando resulte imposible hacerlo en compañía del hijo o cuando el propio niño o adolescente tenga válidas razones para quedarse en el lugar que considera su centro de vida-, o la existencia de contingencias económicas o sociales que impidan el cuidado personal del hijo, entre otras. La homologación judicial ofrece tanto al niño como a los parientes “delegatarios” las garantías necesarias para que esta relación produzca efectos jurídicos (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras: Directoras; Lloveras, Orlandi y Tapiv: Autores del capítulo; Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2014, t. IV, págs. 58 y siguientes).

_____ 3) Siguiendo el sentido y alcance que pretende darse al sistema jurídico actualmente –art. 2 y 3 del CCC-, procede considerar los principios y valores jurídicos en juego, que deben estar siempre presentes al momento de decidir una controversia judicial, a la hora de interpretar la o las normas aplicables al caso.

_____ Cabe señalar que esta es la postura que se viene tomando tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, aún antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, y que a partir del 1 de Agosto de 2015 ha quedado

plasmada en forma expresa en dicho cuerpo legal a raíz de lo que se conoce como proceso de decodificación o constitucionalización y convencionalización del derecho, que da cuenta del fenómeno según el cual ya no puede considerarse que el derecho se reduce a la ley formal y material. —

_____ Las mencionadas son normas del CCC dirigidas a los jueces e indican el modo en que deben encarar las cuestiones traídas a su decisión. Así, se ha dicho que: “Al plantearse la necesidad de incorporar principios y valores a la praxis del derecho, tal como sostienen algunas de las Teorías de la Argumentación, y con ello la necesidad de la ponderación (v.gr., las de Alexy y Dworkin, entre otras), la labor del juez no puede ser ya reducida a una pura lógica deductiva en la que se excluye a cualquier consideración o referencia de índole histórica, sociológica, valorativa o de cualquier otra índole” (Grajales, Amós A: El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como "la boca de los principios". De la subsunción a la ponderación; publicado en SJA 29/07/2015, JA 2015-III). _____

_____ Debe tenerse en cuenta que los arts. 2 y 3 del CCC, en tanto normas de interpretación de la ley consagradas en el Título Preliminar, cumplen el rol de indicar la manera en la cual el juzgador debe llevar a cabo su tarea. Al respecto, cabe decir que ya hace un buen tiempo que mutó el rol del juez de ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, con mentalidad reglamentaria y ritualista, por el de incansable buceador del sentido integrado del derecho. De allí que finalmente quedaran sin justificación aquellas decisiones judiciales que importaran renuncia consciente a la verdad, o que incurrieran en exceso ritual manifiesto, o que se basen en la mera voluntad de quien las dicta o que, por caso, se alojen en cualquiera de las numerosas causales de arbitrariedad larga y pacientemente elaboradas por la Corte Suprema, englobadas en la clásica fórmula de no constituir derivación razonada del derecho vigente con particular aplicación a las circunstancias de la causa (cfr. voto del Dr. Eduardo de Lázzari, al que adhieren los Dres. Pettigiani, Kogan y Genoud; Sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires del 6/04/16, dictada en la causa C. 116.714, "Ocampo, N. F. contra Farella, E. G. y otros: Acción de

reducción"). _____

_____ 4) Sentado ello, es del caso recordar también que el interés del niño debe presidir la interpretación de la ley y la decisión que se adopte en cada caso. Es que en nuestro derecho positivo la pauta del interés superior del niño es de aplicación obligatoria en todas las medidas en que se hallan involucrados aspectos o cuestiones que atañen a personas menores de edad. El carácter imperativo de dicha disposición exige, aun ante la falta de petición expresa por parte de los litigantes, que el juez la observe de oficio. _____

_____ Tiene dicho la Corte de Justicia de la Nación que el principio rector del interés superior del niño debe constituir una insoslayable pauta axiológica prescripta por la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22, de la Carta Magna y, por ende, de inexcusable acatamiento y aplicación (CSJN, 26/03/2008, “A., M. S.”, DJ, 2008-2-772). Y cuando la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes refiere al interés superior del niño, señala que debe entenderse como la máxima satisfacción, integral y simultánea de derechos y garantías reconocidos en la ley (CSJN, 26/03/2008, “A., M. S.”, DJ, 2008-2-772). _____

_____ 5) En ese marco, cabe adelantar que el recurso interpuesto deviene procedente. _____

_____ Ello así por cuanto el pedido de homologación del acuerdo de delegación de la responsabilidad parental celebrado entre los padres de la niña sujeto de autos y su abuela materna, que obra a fs. 9 y vta., se funda en que la bebé vive con su madre y su abuela, como así también que esta última es quien vela efectivamente por la niña. También se argumentó que el padre de la menor se encuentra cursando el secundario en una escuela nocturna y que si bien la visita casi todos los días, no ayuda económicamente a su sustento (cfr. fs. 9 y vta. y 24). Finalmente en la audiencia celebrada en la Alzada (cfr. fs. 52 y vta.), la Sra. Defensora Oficial de Cafayate manifestó que la Sra. J. del V. D. –abuela de la niña- se hace cargo del sostén económico y moral tanto de su hija como de su nieta. Señaló que el Sr. J. E. –padre de la menor- continúa

estudiando y que trabaja informalmente por épocas, en un restaurante. También indicó que todos conviven en el mismo domicilio y expuso, además, que uno de los propósitos de la delegación efectuada en el acuerdo, es que la niña cuente con la obra social de su abuela, OSUTHGRA, ya que desde su nacimiento dejó de contar con este beneficio. _____

_____ Estas razones resultan suficientes para concluir que la homologación del acuerdo condice con el superior interés de la niña sujeto de autos y responde a los principios de realidad, estabilidad y cooperación familiar. Ello por cuanto regula la situación actual de la menor, cuya asistencia espiritual y económica se encuentra cubierta mayormente por su abuela materna, y permite que cuente con obra social. Aquí cabe recordar que los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional garantizan la seguridad social no sólo a quienes se encuentran trabajando, sino “a toda persona” (art. XVI, D.A.D.D.H y art. 25, D.U.D.H.). _____

_____ 6) Por otra parte se tiene que, de conformidad al artículo 643 del Código Civil y Comercial, los padres conservan la titularidad de la responsabilidad familiar y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo, en función de sus posibilidades. En el caso en análisis este derecho se garantiza al vivir los progenitores en el mismo domicilio que la niña, y se complementa con la asistencia que a ésta presta su abuela materna, quien convive con la niña otorgándole ostensible trato familiar. _____

_____ Señala Basset, al comentar el artículo que regula el instituto, que la jurisprudencia registra numerosos antecedentes destacándose la delegación a favor de los abuelos. Así un fallo de la Cámara Nacional Civil, sala H, se dijo que el reconocimiento y la homologación judicial de la delegación de la guarda efectuada por el progenitor a favor de sus padres se manifiesta como una vía idónea para otorgarle oponibilidad frente a terceros y, en consecuencia, permite la obtención de determinados beneficios para el menor tales como la cobertura médico asistencial, etc. (“Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético”, Alterini, Jorge H.: Director general, Basset, Úrsula C.: Directora del tomo, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, pág. 739). _

_____ En otro caso análogo al de autos se dijo que si concebimos que de acuerdo a los nuevos paradigmas sobre los derechos de los niños se propicia la derogación de las leyes que responden a la doctrina de la situación irregular del menor sustituyéndola por la doctrina de la protección integral, se incurre en incongruencia cuando desde la familia se propone un acuerdo para que el niño pueda estar amparado por algún beneficio social en pro de su derecho a obtener el más alto nivel posible de salud y los organismos responsables del contralor se apegan a una interpretación restrictiva de las normas en perjuicio del efectivo goce de los derechos constitucionales de los niños que como personas en desarrollo se les reconoce. La obligación de asistencia pesa sobre en primer lugar sobre los padres, pero ante la imposibilidad de éstos de cumplimentar tal obligación se extiende en forma subsidiaria a los restantes parientes que integran la familia ampliada, por lo que si éstos, en virtud de una reglamentación legal requieren de una decisión del juez, no se advierte el obstáculo para que se admita o facilite la prestación asistencial. _____

_____ 7) Las circunstancias de que tanto la madre como el hijo dependen actualmente de la abuela, que la medida es temporal, que la progenitora conserva la titularidad de la responsabilidad parental y mantiene el derecho a supervisar la crianza y educación, lo cual además se asegura por el hecho de convivir en el seno de la familia de origen, hacen que la delegación que se efectúa, encuentre justificación suficiente (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén, Sala I, “J.T. s/ guarda”, 20/12/16, La Ley Online AR/JUR/98508/2016). _____

_____ 8) Por los fundamentos expuestos y compartiendo el dictamen del Sr. Fiscal de Cámara, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto a fs. 32 y, en su mérito, revocar la sentencia de fs. 30/31 y homologar el acuerdo de fs. 9 y vta. _____

_____ La doctora Soledad Fiorillo dijo: _____

_____ Adhiero al voto del Dr. Gómez Bello, en razón de compartir sus fundamentos. _____

_____ En virtud del acuerdo que antecede, _____

____ Por ello, _____

____ **LA SALA QUINTA DE LA CAMARA DE APELACIONES
CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SALTA** _____

____ I) **HACE LUGAR** al recurso de apelación interpuesto a fs. 32, en los
términos dispuestos en los considerandos. _____

____ II) **REGÍSTRESE**, notifíquese y **DEVUÉLVASE**. _____

CAMARA DE APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL DE LA
PROVINCIA DE SALTA. VOCALES: DRES. GÓMEZ BELLO, ALFREDO
- FIORILLO DE LOPEZ, SOLEDAD SECRETARÍA: Dra. Magdalena Solá;
SALA V, T. XXXVII – S, fº 853/860, 25/09/2017.