



Dra. MARISA ESTHER SPAGNOLO
Secretaria Jurisdiccional N° 2
Superior Tribunal de Justicia Corrientes

Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

GXP 19549/13

En la ciudad de Corrientes, a los diez días del mes de marzo de dos mil dieciséis, estando reunidos los señores Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Doctores Alejandro Alberto Chaín, Luis Eduardo Rey Vázquez, Eduardo Gilberto Panseri, con la Presidencia del Dr. Guillermo Horacio Semhan, asistidos de la Secretaria Jurisdiccional Dra. Marisa Esther Spagnolo, tomaron en consideración el Expediente N° GXP 19549/13, caratulado: “O., A. D. S/ GUARDA JUDICIAL”. Habiéndose establecido el siguiente orden de votación: Doctores Guillermo Horacio Semhan, Luis Eduardo Rey Vázquez, Eduardo Gilberto Panseri y Alejandro Alberto Chaín.

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

SE PLANTEA LA SIGUIENTE:

CUESTION

¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR

EN AUTOS?

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR

PRESIDENTE DOCTOR GUILLERMO HORACIO SEMHAN, dice:

I.- A fs. 164/167 la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Goya confirmó la denegatoria al pedido de guarda judicial formulado por el Sr. Á. O. respecto de su sobrina A. L. M. y revocó el plazo de 24 hs. fijado para la restitución a su madre biológica, disponiendo que la Sra. Jueza de Familia

arbitre las medidas pertinentes para lograr la vinculación de la menor con su progenitora y su seno familiar, debiendo requerir los informes que sean necesarios sobre el desarrollo y avances de este proceso.

II.- La Alzada para así decidir expuso que si se otorgara la guarda al Sr. O. por el sólo hecho de estar en mejores condiciones materiales de asumirla, se vulnerarían los derechos de la niña y que del informe psicológico agregado con posterioridad al dictado de la sentencia no surge la imposibilidad de que la menor se reinserte en el seno de su familia biológica. Que más bien refiere a la necesidad de que se de intervención al C.S.F. para que evalúe las posibilidades reales de dicha integración, atento a la discapacidad comprobada de la madre y las dificultades que representa el vivir en una zona rural.

Concluyó que no existen en autos elementos que permitan afirmar que no es posible la restitución de la menor a su familia de origen, sino que es evidente el anhelo de la madre de poder ejercer su legítimo derecho a criar a su hija, calificando de simples suposiciones la adicción al alcohol del abuelo y su ausencia durante la mayor parte del día, que no responden a hechos comprobados.

Citó al efecto precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Fornerón) en el que se dijo que el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo. La determinación del interés superior de los menores, en casos de cuidado y custodia, se debe hacer a partir de la evaluación de comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o ima-



Dra. MARISA ESTHER SPAGNOLO
Secretaria Jurisdiccional N° 2
Superior Tribunal de Justicia Corrientes

*Superior Tribunal de Justicia
Corrientes*

- 2 -

Expte. N° GXP 19549/13

ginarios. En función de ello, se califican de inadmisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características personales de los padres o preferencias culturales respecto de ciertos conceptos tradicionales de familia.

III.- Disconforme, el actor interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 168/180), denunciando errónea interpretación de la ley y absurda valoración de pruebas.

IV.- La referida vía de impugnación fue deducida dentro del plazo, contra una sentencia definitiva y ha sido satisfecha la carga técnica de expresión de agravios. Respecto de la económica del depósito (art. 279 del CPCC), debo destacar lo que ya hemos expuesto en pronunciamientos anteriores, en el sentido de que no participa de la naturaleza jurídica del impuesto, en tanto constituye un requisito procesal necesario para que este Alto Cuerpo se pronuncie acerca de la aplicación de la ley, de acuerdo con las facultades acordadas por la Constitución de la Provincia. Es más, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires lo ha calificado como una restricción procesal con carácter de penalidad o indemnización que debe soportar el recurrente en el caso de haberse alzado sin derecho contra el pronunciamiento de segunda instancia, respecto de lo cual no obsta que cuente con exención impositiva por parte del Código Fiscal (SCBA, DJBA, v. 121, p. 357).

De este modo, no corresponde invocar las excepciones al pago contemplados en la normativa fiscal para pretender eximirse del pago del depósito que

corresponde a los recursos extraordinarios (como lo ha hecho el recurrente), en tanto no contamos con una disposición expresa en nuestro código de rito que así lo disponga, como de hecho si ocurre en el código procesal de la nación (art. 286) en el ámbito del recurso de queja. No obstante ello, cuando se encuentran en juego derechos de sujetos vulnerables, como sucede con los de esta niña y a fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y de igualdad real ante la ley corresponde declarar al recurrente exento de la carga económica prevista para la impugnación extraordinaria (Sent. del S.T.J. de Corrientes N° 122 del 18/12/12). En tales condiciones, se habilita la instancia del Superior Tribunal y corresponde juzgar acerca de su mérito o demérito.

V.- A fin de que se comprenda acabadamente la solución que propiciaré creo necesario dejar aclarados los siguientes puntos.

En primer término, el eje de la decisión es el interés superior de la niña. Es decir, sin perjuicio de que la cuestión involucra varios intereses, todos nobles y respetables, a quien intentamos proteger por ser la parte más vulnerable es a A.. Ello nos lleva a darle otra dimensión a cuestiones como la necesidad de certeza respecto de los hechos denunciados (situaciones de promiscuidad o adicción en la familia), la que en función de ello se trastoca frente a la sospecha de que la niña pudiera sufrir un riesgo irreparable y nos exige mayor prudencia.

VI.- En el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (incorporada a nuestra Constitución por el art. 75 inc. 22) el Estado asumió el compromiso de asegurar a cada niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley.



Dra. MARISA ESTHER SPAGNOLO
Secretaria Jurisdiccional N° 2
Superior Tribunal de Justicia Corrientes

*Superior Tribunal de Justicia
Corrientes*

- 3 -

Expte. N° GXP 19549/13

En el artículo 41 de nuestra Constitución Provincial se reconoció el derecho de los niños a vivir, crecer y desarrollarse en forma integral, destacando que la recreación y el amor constituyen la base de la formación de su personalidad, a cuyo efecto decreta que el Estado debe promover medidas de acción positiva que tengan por objeto esencial la prevención, detección temprana y amparo de las situaciones de amenaza o violación de los principios, derechos y garantías del niño, especialmente de los que se encuentren en situación de riesgo.

De ningún modo la apreciación de las condiciones saludables o benéficas al desarrollo o salud física y mental de la niña puede fincar en un análisis cuantitativo y comparativo de los ingresos de su familia biológica respecto de otra. En otras palabras y para alejar cualquier duda, reitero, no considero de ninguna manera que aquellos padres que cuentan con mínimos ingresos descuidan a sus hijos, sino que por el contrario muchas veces son el motor que los lleva a sacrificarse día a día.

Y en función de ello, creo que lo mejor es que cada niño crezca y se desarrolle, sobre todo, en sus primeros años de vida, al amparo de su madre. Sin perjuicio de ello, la misma Carta Magna advierte que debe intentar detectarse tempranamente las situaciones de riesgo en pos de evitar mayores daños.

VII.- Evaluando en este contexto la decisión adoptada, entiendo no se ajusta a los fundamentos que expone y se autocontradice.

En primer lugar, se afirma que otorgar la guarda al Sr. O. por el sólo hecho de estar en mejores condiciones materiales para ejercerla, se vulnerarían

derechos de la niña. Coincido plenamente.

Luego, refiriendo al informe psicológico destaca que "no surge de allí la imposibilidad de que la menor se pueda reinsertar en su familia biológica" y que sólo se sugiere intervención de un tercero que monitoree, por la discapacidad comprobada de la madre y las dificultades de la vida en la zona rural. Aquí debo decir que no se trata de la posibilidad o no de reinserción, sino de la situación de riesgo en que se podría insertar a la menor en caso de ser incorporada en su familia biológica.

Más adelante profundiza, afirmando que no hay elementos que permitan concluir en que no es posible la restitución de la menor a su familia de origen, sino que por el contrario "queda evidenciado el anhelo de la madre de poder ejercer su legítimo derecho de criar a su hija". Y acá es donde confunde. Nadie duda del deseo de la madre de tener a su hija, como bien releva la psicóloga en su informe de fs. 117/118 que destaca las aptitudes afectivas de la Srta. V. M. puestas en evidencia en su anhelo de cuidado y protección a su descendencia. Pero a la vez describe un diagnóstico de "retraso mental leve a moderado", que determina un déficit respecto de la comunicación, cuidado de sí misma, vida doméstica, autocontrol (entre otros) y a la vez una insuficiencia para afrontar las exigencias de la vida cotidiana. Todo ello a su vez, según afirma el informe, se vio influido por la situación de pobreza rural en la que creció.

Y no es sólo eso. En la historia clínica del Hospital Zonal de Goya, donde nació la niña, se dejó constancia del antecedente de oligofrenia, retraso madurativo y epilepsia de la madre. A fs. 133/134 se agrega informe de la Dra. Raquel Bornia, Jefa Neonatóloga del Hospital que brinda información recabada en el tiempo de



Dra. MARISA ESTHER SPAGNOLO
Secretaria Jurisdiccional N° 2
Superior Tribunal de Justicia Corrientes

Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

- 4 -

Expte. N° GXP 19549/13

internación de la Srta. M. en oportunidad de dar a luz a la niña A.. Luego de describir a la madre como una persona con una enfermedad neurológica previa y retraso mental, consigna que se sugirió a la familia (padre y tía) que la bebé no podía ser "cuidada" por su progenitora por el riesgo de sus constantes ataques, razón por la cual decide (o acepta) el padre que la tía se haga cargo.

En el informe socioambiental de fs. 87 se deja constancia del alto grado de incapacidad de la Srta. M. y en el informe que efectúa la Red Infancia Robada (fs. 126/132), basado en la técnica de sondeo vecinal se alude a la agresividad del padre por su adicción al alcohol y a la situación de riesgo de la Srta. M. respecto de su progenitor dado las dudosas expresiones de cariño a que se hizo referencia. Es más se agregó que en el entorno se dudaba por el hecho de que no se veía presencia de otro sujeto masculino que pudiera ser el padre de la niña.

VIII.- En conclusión considero que en autos no existen elementos suficientes para resolver de modo definitivo la situación de la niña A., en tanto existe un hecho comprobado como es el retraso madurativo de su madre, que no se alcanza a comprender hasta donde podría imposibilitarle hacerse cargo de su crianza.

Es respetable el deseo de la progenitora de cuidar a su hija, pero ante la existencia de sospechas respecto de riesgos a que podría exponerse a la menor, me parece apropiado otorgar al Sr. Á. O. la guarda de la niña A. L. M. por un año (art. 657 del Código Civil y Comercial de la Nación) y a la madre, Srta. V. M. concederle el régimen de visitas más amplio que se le pueda otorgar (lo cual podrá ser consensuado

ante la Jueza de primera instancia en audiencia), vencido el cual será resuelto de modo definitiva la situación, pero ya mediante otras figuras legales.

Deberá hacer saber al guardador y a la madre lo siguiente: Esta decisión es provisional y no inclina la balanza a favor de ninguna parte. Simplemente se pretende resguardar a la niña, a la vez que se intenta una revinculación con su madre biológica, al amparo de su guardador, con quien se ha comprobado se encuentra bien cuidada. Así, el Sr. O. tiene durante este tiempo determinado el cuidado personal de A. y está facultado para tomar decisiones relativas a su vida cotidiana, pero deberá evitar caer en las mezquindades de impedir o trabar la recreación de este vínculo materno-filial, so pena de perder todos los derechos concedidos.

Vencido el plazo fijado se deberá resolver lo que sea mejor para la niña, con honestidad y grandeza y la tranquilidad de haber bregado, entre todos por su mejor bienestar, lo que no necesariamente deberá traducirse en la preferencia de una por sobre la exclusión del otro, sino más bien privilegiando la comunión de afectos e intereses que supone una familia.

IX.- Cabe recordar un agudo fallo de la Suprema Corte mendocina que resolvió, siguiendo a la Corte Suprema (cfr. CSJN, "A.F.", 13/03/2007) que ... la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres. De ello se desprende que todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento en un conflicto (...) deben ser evaluadas a la luz de privi-



Dra. MARISA ESTHER SPAGNOLO
Secretaria Jurisdiccional N° 2
Superior Tribunal de Justicia Corrientes

Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

Expte. N° GXP 19549/13

legiar la situación real del niño no debiendo ello ser desplazado por más legítimos que resulten los intereses de los padres..." (SCJ Mendoza, 8/4/2014, "G. R., S. A. L. P. S. H. M. V. S. G. R. en J° 510/10/6F/35.838 DYNAF SOLICITA MEDIDA CONEXA s/INC.", publhttp://www.legis.com.ar/BancoConocimiento/N/noticia_09052014_dynaf_solicita_medida_conexa/noticia_09052014_dynaf_solicita_medida_conexa.asp?Miga=1&CodSeccion=25 y comentada por Celina N. Andriani en <http://www.infojus.gob.ar/celina-andriani-abogado-nino-dacf150267-2014-12/123456789-0abc-defg7620-51fcanirtcod>).

En esta línea ha indicado un reconocido experto internacional en materia de protección de menores que *"el niño, en un proceso, no es solamente un objeto de prueba o uno más de los sujetos del proceso. Es un ser humano especialmente frágil, con toda la vida por delante, al que debe evitarse cualquier situación que pueda traumatizarle, o simplemente a condicionarle en un futuro"* (NIEVA FENOLL, Jordi. "La declaración de niños en calidad de partes o testigos", en "Revista de Derecho Procesal", tomo 2012-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 552).

X.- En tal entendimiento, estimo que debe descalificarse la sentencia recurrida, por haber incurrido en la causal de casación prevista por el artículo 278, inciso 3° del Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes.

IX.- Por lo anterior, y si este voto resultare compartido con la mayoría de mis pares corresponderá hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido y en su mérito dejar sin efecto el pronunciamiento de Cámara y revocar el de primera instancia. Asimismo, actuar la competencia positiva de

este Órgano de casación, con pareja eliminación del reenvío. Así lo impone el artículo 284 inc. 3 del ordenamiento procesal correntino, que reconoce al Superior Tribunal el poder deber de dictar la sentencia que reemplace a la anulada. Así, atendiendo a las constancias de autos, se otorgará al Sr. Á. O. la guarda de la niña A. L. M. por el plazo de un año, en los términos que surgen del artículo 657 del Código Civil y Comercial de la Nación y bajo las estrictas condiciones expuestas en el considerando VIII. Con costas por su orden en las instancias ordinarias y en esta extraordinaria. Regulando los honorarios del letrado del recurrente, doctor Catalino Julián Segovia en el 30 % de los aranceles que respectivamente se le fijen por la labor cumplida en la primera instancia y en calidad de monotributista.

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO

DOCTOR LUIS EDUARDO REY VAZQUEZ, dice:

Que adhiere al voto del Sr. Presidente Dr. Guillermo Horacio Semhan, por compartir sus fundamentos.

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO

DOCTOR EDUARDO GILBERTO PANSERI, dice:

Que adhiere al voto del Sr. Presidente Dr. Guillermo Horacio Semhan, por compartir sus fundamentos.

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO

DOCTOR ALEJANDRO ALBERTO CHAÍN, dice:

Que adhiere al voto del Sr. Presidente Dr. Guillermo Horacio Semhan, por compartir sus fundamentos.



Dra. MARISA ESTHER SPAGNOLO
Secretaria Jurisdiccional N° 2
Superior Tribunal de Justicia Corrientes

Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

Expte. N° GXP 19549/13

En mérito del precedente Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente:

SENTENCIA N° 16

1°) Hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido y en su mérito dejar sin efecto el pronunciamiento de Cámara y revocar el de primera instancia. Asimismo, actuar la competencia positiva de este Órgano de casación, con pareja eliminación del reenvío. 2°) Otorgar al Sr. Á. O. la guarda de la niña A. L. M. por el plazo de un año, en los términos que surgen del artículo 657 del Código Civil y Comercial de la Nación y bajo las estrictas condiciones expuestas en el considerando VIII. 3°) Imponer las costas por su orden en las instancias ordinarias y en esta extraordinaria. 4°) Regular los honorarios del letrado del recurrente, doctor Catalino Julián Segovia en el 30 % de los aranceles que respectivamente se le fijen por la labor cumplida en la primera instancia y en calidad de monotributista. 5°) Insértese y notifíquese.

Fdo.: Dres. Guillermo Semhan-Luís Rey Vazquez-Eduardo Panseri-Alejandro Chaín