

NEUQUEN, 19 de Octubre del año 2023.

Y VISTOS:

En Acuerdo estos autos caratulados: "**B. L. M. S/ GUARDA**", (JNQFA5 EXP N° **144537/2023**), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante, Valeria **JEZIOR** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el juez José NOACCO dijo:**

I.- La Defensora de los Derechos del Niño interpone recurso de reposición con apelación en subsidio en contra de la resolución dictada el día 24 de agosto de 2023 (fs. 13) que dispuso tener por no legitimada a la peticionante para impetrar su reclamo y disponer la remisión de los autos a la Defensora de los Derechos del Niño a efectos de que proceda a instar las acciones que eventualmente considere menester.

En su memorial, glosado a fs. 14 afirma que la resolución afecta derechos y garantías constitucionales de la niña.

Destaca que la actora asumió desde hace mucho tiempo el cuidado de la niña con la autorización de su progenitora dada en ejercicio de la responsabilidad parental, por lo que la tutela de L. le dará estabilidad jurídica a una situación de hecho consolidada por el paso del tiempo.

La tutela está destinada a darle protección a la niña cuando no hay adulto que ejerza la responsabilidad paternal, por lo que al no contar la niña con quien ejerza la misma, mal puede pretenderse que sean sus representantes legales los legitimados para interponer la acción.

Entiende que debe hacerse una interpretación armónica del marco normativo aplicable dado que el propio art. 104 establece la aplicación de los principios previstos en los arts. 638 a 704 todos del Código Civil y Comercial de la Nación.

Afirma que si la guarda se hubiere solicitado inmediatamente después que la progenitora dejó a la niña con su abuela, se habría dado curso a la guarda prevista por el 657; aun cuando la urgencia ha desaparecido en parte ella continúa sumida en una inseguridad jurídica que se traduce en desprotección y falta de tutela judicial efectiva. Por ello entiende que deben allanarse y reconducirse los mecanismos legales para garantizar su acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva, la defensa en juicio y el debido proceso legal entre otros.

Pide se revoque la resolución, máxime cuando el artículo 101 del Código Civil y Comercial de la Nación no establece quienes están legitimados para interponer la acción de tutela.

Introduce la cuestión federal.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación, entiendo que el mismo debe prosperar.

En primer término asiste razón a la recurrente en cuanto a que el Código Civil y Comercial de la Nación no determina expresamente quienes son los legitimados activos para deducir la acción de tutela.

Al igual que el artículo 49, inciso 3, de la Ley 2302, el artículo 103 inc. apartado b, del Código Civil y Comercial de la Nación otorga legitimación activa a la Defensora de los Derechos del Niño. El artículo 803 del C.P.C. y C., legitima al "interesado" y al representante del ministerio público.

Ahora bien, dentro de ese marco normativo, corresponde analizar si esa norma excluye la posibilidad de otros legitimados activos; en particular, si la aquí actora, abuela materna de la niña y persona que -prima facie- ha asumido su cuidado desde hace aproximadamente diez años como

consecuencia del -también presunto- abandono materno, se encuentra legitimada para promover la acción.

Por la propia naturaleza de la acción, cuyo objeto es brindar a la persona y los bienes de los niños, niñas y adolescentes de una figura que ejerza la responsabilidad parental, por carecer de la misma, excluye necesariamente a sus representantes legales, máxime cuando se hace saber de manera preliminar, la presunta negativa de su representante legal a ejercer todo acto emergente de aquella responsabilidad en beneficio de su hija, la cual no cuenta -además- con reconocimiento y figura paterna. No surge entonces de autos que la progenitora sea en el caso parte interesada en promover la acción conforme lo requiere la norma ritual citada precedentemente.

En materia de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, el techo no está constituido por el Código Civil y Comercial de la Nación, ni por la ley 2302 o las normas de procedimiento, puesto que por encima de esas normas están la Constitución y los tratados internacionales, que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva y el interés superior del niño como norte a tener en cuenta.

Este último, es un concepto fundamental en el derecho procesal y que, a la luz de aquellas normas constitucionales y convencionales, se concreta en la consideración prioritaria de los derechos y necesidades de los niños en cualquier asunto que los afecte. Implica que cualquier decisión tomada por un tribunal debe ser en beneficio del niño, teniendo en cuenta su bienestar físico, emocional y social. Esto implica que el proceso judicial debe tender a garantizar la protección y bienestar de los niños en cualquier trámite que los involucre.

Ese principio es recogido por el Código Civil y Comercial de la Nación al señalar en el artículo 706 que las

normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, ... (inc. a) y que toda decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta su interés superior (inc. c).

Dentro de ese marco protectorio especial que se complementa normativamente con lo dispuesto por el art. 803 del C.P.C. y C, entiendo que la abuela paterna solicitante reviste suficiente condición de "interesada" y en consecuencia se encuentra legitimada para promover la acción, en tanto es la persona que -prima facie- reuniría las condiciones legales para ejercer esa función, avalada por el desempeño de una guarda de hecho por más de diez años y que cuenta -además- con la conformidad de la Defensoría de los Derechos del Niño. Surge de lo manifestado en el escrito postulatorio además que el interés de la parte solicitante de obtener la tutela sería un medio para poder ejercer la representación de la niña a fin de resguardar y concretar sus derechos, todo lo cual hace a su interés superior y a la máxima satisfacción integral de sus derechos.

Por todo ello, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y tener en consecuencia por legitimada activa a la peticionante y se prosiga con el trámite del discernimiento de la tutela según su estado, sin costas atento tratarse de una cuestión suscitada con el juzgado.

La jueza Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- **Modificar** la resolución interlocutoria dictada el día 24 de agosto de 2023 (fs. 13) teniendo a la peticionante



por legitimada activa para proseguir con el trámite del discernimiento de la tutela según su estado.

II.- Sin costas por tratarse de una cuestión suscitada con el juzgado. (art. 68 del CPCyC)

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.-

Dra. PATRICIA CLERICI
Jueza

Dr. JOSÉ NOACCO
Juez

Dra. VALERIA JEZIOR
Secretaria