PODER JUDICIAL DE NEUQUÉN

SENTENCIA DE TUTELA

Villa la Angostura, 22 de junio del año 2023-

Para resolver en este expediente caratulado: "C. B. E. C/ Q. C. F. S/ TUTELA" Expte N° 16097/2022, respecto de la solicitud de tutela en referencia a la niña S. Q.

ANTECEDENTES:

El presente expediente se inició en fecha 30/05/2022 a pedido de la Sra. B. E. C. DNI N° ... quien se presenta con el patrocinio letrado de la Dra. A. M. P. a solicitar la tutela de su nieta, la niña S. Q. DNI ..., hija del Sr. C. F. Q. DNI N° ... quien se encuentra cumpliendo condena penal en la Unidad 43 de la Ciudad de San Martin de los Andes y de la Sra. I. V. C. DNI N° ..., quien falleció en fecha 14/04/2022. Asimismo, solicitó la guarda de la niña mientras se sustancia el proceso.

En fecha 08/06/2022, (hojas 18) se le concedió el Beneficio de Litigar sin Gastos a la Sra. C. B. E. y se tuvo por iniciada la solicitud de tutela imprimiéndose el proceso Sumario.

En su mérito, se dio intervención al Sr. Defensor de los Derechos del Niño y el Adolescente en referencia al pedido de guarda, quien en fecha 16/06/2022 (hojas 20/21) manifestó que la misma se encontraba concedida por el plazo de un año en el marco del proceso "DEFENSOR DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE C/ M. A. S/ MEDIDA DE PROTECCION EXCEPCIONAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES" EXP N° 15174/2020. Asimismo, solicitó que se celebre audiencia con la niña y la abuela, obrando constancias de la celebración de las mismas a hojas 30 y 31.

En efecto se celebró audiencia con la niña en presencia de la Defensoría de los Derechos del Niño, en fecha 04 de agosto de 2022.

Asimismo, se escuchó a la Sra. B. quien asistió en compañía de la Sra. M. G. C. y manifestó que se encuentran bien al cuidado de S., y propuso que se respete el deseo de S. de comunicarse con su progenitor pero de forma supervisada cada 15 días el tiempo que ella necesite hablar.

Por otra parte se encuentra certificado en estas actuaciones que en el legajo penal nro. 17806/2016, por aplicación del art. 12 del Código Penal y el art. 702 del Código Civil y Comercial, C. Q. –progenitor de S.- se encuentra suspendido de la responsabilidad parental de la niña, en virtud que tiene impuesta una condena por homicidio de 11 años y nueve meses de prisión de cumplimiento efectivo, agotando la pena impuesta el día 23 de diciembre de 2027 a las 12,00 horas y se encontraría alojado en la Unidad de Detención nro. 41 de Junín de los Andes

En fecha 16/08/2022 se corrió traslado por el plazo de 10 (diez) días al progenitor, quien se presentó en fecha 08/09/2022 (hojas 38/44) con el patrocinio letrado de la Dra. ... a contestar demanda rechazando la misma y solicitando se otorgue la tutela de S. a su hermana M. Q. DNI N° ...

En esta misma línea, en fecha 20/09/2022 (hojas 51) se presentó la Sra. M. Q., junto con el progenitor de M. y S.- con el patrocinio letrado de la Dra. ... solicitando se conceda la tutela de la niña S. a favor de su M. En consecuencia, se les solicito que se presentarán a contestar demanda en forma íntegra de conformidad con el art- 330 del CPCC, efectuando dicha presentación en fecha 04/10/2022 (hojas 53/58)

En fecha 12/10/2022 se reordenó el proceso, teniéndose por presentados al Sr. C. F. Q. y la Srta. M. Q. corriéndose traslado de la reconvensión propuesta a la actora. En efecto, en fecha 20/10/2022 (hojas 62/65) se presentó, solicitándose se rechace el pedido de reconversión.

En atención a la cuestión debatida en autos se fijó audiencia con las partes para el día 29/11/2022 vía zoom a la que concurrieron la Sra. B. E. C. con su asesora letrada Dra. ..., el Sr. C. F. Q. con la patrocinio de la Dra. ... y la Dra. ..., funcionaria letrada de la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente. También participó M. Q.

En aquella oportunidad C. Q. y M. Q. desistieron de su pretensión de que se le otorgue la tutela a M. Q. respecto de S. Q.. Asimismo, prestaron la conformidad a fin de que se le otorgue la tutela de la joven S. Q. en favor de B. C.

Por otra parte, acordaron un régimen de comunicación en favor de M. Q. respecto de la niña S. consistente en que los fines de semana la niña S. pase los fines de semana con su hermana M. desde los días viernes 20 horas hasta el día domingo a las 20 horas, oportunidad en la que la restituirá en el domicilio de la abuela B. C. Acuerdan, asimismo, que durante los días de la semana M. podrá compartir visitas en su domicilio con S. previo acordar telefónicamente con B. C.

Por otra parte, las partes acordaron garantizar una comunicación virtual, por intermedio de videollamadas, entre el progenitor C. F. Q. y su hija S. Q., a cuyo efecto acuerdan que el régimen de comunicación será virtual en los momentos que M. comparta tiempo con su hermana S..

En hojas 82 obra constancia del Registro de Juicios Universales en relación a que la Sra. C. no registra inscripciones de quiebras, ni concursos; a hojas 85 Juramento de que la actora no se encuentra comprendida en los causales del artículo 110 del CCC y que la niña S. no posee bienes a su nombre.

Previo a resolver se dio vista al Sr. Defensor de los Derechos del Niño y el Adolescente que manifestó que se encuentran las condiciones para resolver asignando la tutela de niña S. a favor de su abuela materna B. C. En consecuencia se ordena el paso a despacho para resolver.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN:

I. **Suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.**

Previo a analizar la pretensión principal que dio origen a estas actuaciones, corresponde realizar unas consideraciones previas que favorecerán a una resolución integral del conflicto planteado por esta familia, desde una **perspectiva restaurativa y de infancia.**

Si bien la Sra. C. (actora) se limitó a solicitar la tutela de su nieta y no requirió la suspensión de la responsabilidad parental del progenitor (demandado), considero que la suspensión automática de la responsabilidad parental de los condenados a más de tres años de prisión o reclusión, que deviene como una pena accesoria de la condena penal también afecta a los niños y niñas involucrados en varios aspectos. Me explico.

Las decisiones sobre su vida, desde las más cotidianas, como los permisos para asistir a una reunión, o la inscripción en un determinado establecimiento educativo, hasta otras más trascendentes, como la autorización para salir del país, serán tomadas unilateralmente por la persona quien ejerza efectivamente la responsabilidad parental,

incluso a pesar de que quien se encuentra privado de su libertad no necesariamente resulta menos idóneo para ello, o no por ello no resulta un referente valioso y de consulta por parte de la propia persona menor de edad.

Todo esto justifica que, la suspensión de la responsabilidad parental sea consecuencia de un proceso específico, judicial, para que en cada caso concreto, y teniendo en cuenta, sobretodo, los intereses de niños, niñas y adolescentes se decida lo mejor para ellos y ellas. Ello, porque la suspensión del derecho de los condenados, no supone la pérdida de la posibilidad de defenderse por eso se garantizó la participación del progenitor en este proceso y sobre todo la escucha de la niña involucrada.

Sin embargo, nuestros Códigos Civil y Penal establecen un procedimiento automático y abstracto que desconoce los intereses del niño y se funda únicamente en la presunción de que el condenado a una pena privativa de la libertad mayor a tres años no puede en ningún caso ejercer su responsabilidad parental apropiadamente; ni siquiera, con ayuda externa.

La limitación a la capacidad de ejercer la responsabilidad parental, establecida en al art. 12 del Código Penal se justifica habitualmente sobre la base de que es útil al objetivo de tutelar los derechos del condenado debido a que por su situación no podría ejercerlos correctamente. Así lo entendió la Comisión Especial de Diputados, en cuya exposición de motivos expresó: "La privación de derechos civiles no es una pena, sino un accesorio indispensable, que no tiene objeto represivo sino tutelar, desde que subsana un estado de incapacidad"[1]. Sin embargo, la privación de libertad no necesariamente implica

1 C. P., ed. of., p. 122. Conf. Orgaz, La incapacidad civil de los penados; Juan Agustín Moyano, op. cit. Conf. también Horacio Valdez, Incapacidad civil de los penados, "Rev. de la Fac. de D.", Buenos Aires, t. Vil (1928), p.

la imposibilidad de ejercer la responsabilidad parental.

En este sentido la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal: "La incapacidad civil contenida en el artículo 12 del Código Penal tiene carácter de pena accesoria y no de una consecuencia accesoria de la condena, pues la privación de libertad no implica que el condenado esté fácticamente imposibilitado de ejercer aquellos derechos que la norma cancela…" [2] .

De hecho, son varios los casos en los cuales las personas condenadas solicitan permiso para cumplir sus obligaciones y para gozar de los derechos que emanan de la relación parental. Así, por ejemplo, lo describió el Juez de Ejecución Penal de Gral. Roca (Río Negro): "*…es común recibir en el tribunal peticiones relacionadas con el rol de padre de los internos, como la asistencia a eventos escolares, la autorización para anotar a niños en determinado establecimiento educativo, el reconocimiento de paternidad, etc. (…).En innumerables oportunidades, este ejercicio de hecho de la patria potestad, se deja entrever en la solicitud de los internos para gozar de salidas transitorias fundadas en la finalidad de "afianzar y mejorar los lazos familiares y sociales" en la terminología del Art. 16 de la Ley 24.660 y que es acompañada de un dictamen de los cuerpos técnicos de las unidades de detención donde se favorecen tales salidas para que el interno recupere/afiance/ejercite su "rol de padre" (...) Esta es la realidad penitenciaria, a pesar de las claras disposiciones del art. 12 del Código Penal que impediría tales situaciones.*[3]"

En definitiva, queda claro que la situación de encierro complica severamente el normal ejercicio de la responsabilidad parental, pero hay varios aspectos de esta que se pueden ejercer y de hecho se ejercen, aún en el marco del encierro carcelario e incluso en contra de lo que sugiere el texto expreso de la ley vigente.

Más aun el C.C.YC diferencia por un lado los progenitores que cometen delitos que no atentan contra la persona y/o bienes de sus hijos (como el presente caso) y por el otro, aquellos progenitores que cometen delitos que perjudican y lesionan la persona y/o bienes de sus hijos, siendo diferente el impacto de cada uno de ellos en el ejercicio de la responsabilidad parental.

485; Héctor P. Lanfranco, La incapacidad civil de los penados, "Rev. Penal y Penit", 1940, núm. 18, p. 515.

2 Del voto en mayoría de la Dra. Ledesma - Causa nº 5790 - "Martino, Santiago Marcelo; Chaves, Miguel Ángel s/ recurso de inconstitucionalidad" - CNCP - Sala III - 17/07/2007

3 JEP Gral. Roca,"Defensor particular Dr. Jorge Crespo s/Planteo de Inconstitucionalidad", 07/04/2011

Sumado a esto, considero que la suspensión no importa una valoración sancionatoria o de reproche al progenitor/a, sino que atiende a situaciones fácticas que exigen el dictado de esta limitación, mientras tales causas perduren y siempre en miras a ser más beneficioso para los hijos. Ello, porque el centro de gravitación actual del instituto pone acento en la persona del hijo y no en los progenitores por ello no todos los casos son iguales y no merecen la misma respuesta legal, matiz no contemplado cuando tal suspensión opera automáticamente.

Entonces tengo en cuenta que*: La figura de la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental prevista en el art. 702 del CCyC resulta acorde a los requerimientos de las personas menores de edad y, en consecuencia, ajustada a su interés superior. Nora Lloveras, Olga Orlandi y Gabriel Tavip explican que la suspensión en el ejercicio de la responsabilidad parental es una hipótesis especial de limitación de su efectivo cumplimiento, que no importa en su mayoría una sanción a los progenitores, sino que opera por causales objetivas no inculpables a ellos, separándose la causal de convivencia del hijo con un tercero por razones graves (inc. d).*

Agregan estos autores: "Corresponde poner en claro que la suspensión afecta el ejercicio de la responsabilidad parental, a diferencia de lo que ocurre con la privación y/o la extinción que se proyecta sobre la titularidad… El carácter no sancionatorio de la suspensión es sostenido de manera unánime por doctrina y jurisprudencia que entiende desde larga data que "la suspensión de la patria potestad no debe entenderse como una sanción para los padres, sino orientada hacia la mejor atención de los derechos morales y materiales de

los hijos. Es por ello que no corresponde decretarla cuando no se ejerce, sino cuando no deba o no pueda ser ejercida".

Siguen diciendo los autores citados que el otorgamiento de la guarda al tercero no importa automáticamente la suspensión de la responsabilidad parental, ya que la misma no opera de pleno derecho, sino que será 15 necesario que la situación de gravedad planteada amerite que el juez que pone el niño, niña o adolescente a disposición de un tercero, de manera conjunta o posteriormente, suspenda el ejercicio de la responsabilidad parental (cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho de Familia", Ed. Rubinzal-Culzoni, T. IV, pág. 408/417.

Además nuestro Tribunal Superior ha dicho en el expediente "A.L. C/ M.M.M." (expte. n° 39.563/2009, 10/6/2020) y en "DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE C/ C. S. E. Y OTRO S/ PRIVACIÓN EJERCICIO RESPONSABILIDAD PARENTAL", (JNQFA4 EXP N° 111076/2019)que: *"Silvia E.*

Fernández, Marisa Herrera y Mariel F. Molina de Juan señalan que "…es de interés advertir que si bien una rápida mirada aislada o compartimentada a las causales de extinción, privación y suspensión de responsabilidad parental parece exhibir la ausencia de significativos cambios en la regulación reformada, un análisis sistémico de la cuestión lleva a una conclusión diferente. Por un lado, porque ha cambiado el punto de partida desde el cual se analizan estas cuestiones, que es la concepción de la responsabilidad parental y su ejercicio, regulado en el nuevo Código en clave o con pie en los derechos humanos, siendo este faro el que

guiará entonces también la resolución de los conflictos relativos a la privación o suspensión de la misma…
Desde esta perspectiva se ha expresado que el sistema de causales deextinción, privación y suspensión de la responsabilidad parental es ahora más cerrado que antes no porque sean menos sus causales, sino porque su interpretación y aplicación deberá ser más restrictiva y excepcional a la luz de los derechos humanos constitucionales en juego, principalmente el derecho a la vida familiar, tanto de los adultos como de los niños, niñas y adolescentes." (cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho de Familia", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2018, T. V-B, pág. 529/531).

Además el superior interés del niño y su derecho a vivir con una familia que satisfaga sus necesidades materiales, psicológicas y afectivas, son principios fundamentales en el Derecho de las Familias, reconocidos expresamente en nuestra Constitución y en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional[4].

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) destaca en su preámbulo que "…la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir

4Arts. 14 bis y 75 inc. 22; art. 3 Convención sobre los Derechos del Niño; 12.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos, V Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 17 y 11.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad," y que "el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión…".

A su vez, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), establecen en sus art.
16.3 y 17 (respectivamente) que "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado."

Por otro lado, el art. 9.1CDN establece que "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño".

La suspensión de la responsabilidad parental, en consecuencia, debe estar regida por el superior interés del niño, para lo que debe tener en cuenta la situación en que éste se encuentra y en la que se lo colocará con la decisión.

El interés del niño no es algo abstracto o aséptico, sino que se refiere a una realidad humana concreta y pluridimensional: su salud, su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material. Por lo tanto, el superior interés del niño sugiere la conveniencia de limitar una regulación legislativa genérica y privilegiar, en cambio, mecanismos para la toma de decisiones más sensibles a las características de cada situación. Por ejemplo, dejando en manos del Servicio de Justicia(término que

prefiero a Poder Judicial) la decisión concreta acerca de qué es lo mejor para un niño, niña o adolescente en cada caso concreto en que uno de los titulares de su responsabilidad parental cumple una condena penal.

El art. 702 del C.C.Y.C establece que el ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure: a) la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento; b) el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres (3) años; c) la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio; d) la convivencia del hijo con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales.

La situación planteada aquí, encuadra en el inc. B del Art. 702 y demanda una solución a medida que tenga en cuenta las particularidades de esta familia y el deseo manifestado por la niña S., protagonista de este proceso.

De las constancias del expediente surge que la niña Selena se encuentra sin cuidados parentales desde que falleció su mamá I. ya que en ese momento su papá ya se encontraba condenado y cumpliendo una condena que se agota en el año 2027. Esto trajo como consecuencia la necesidad inmediata, de parte de la abuela materna y el resto de familia extensa (materna también), de asumir los cuidados de la niña y reconfigurar la organización familiar en base a las posibilidades de los adultos referentes y de los deseos de S. Se destaca que su hermana Melina también tuvo una participación importante pero que por su situación personal y la inestabilidad para asentarse en la

localidad de Traful hicieron imposible que sostenga un cuidado de S. que respete su centro de vida.

Por ello es viable declarar la suspensión del ejercicio de la responsabilidad del progenitor, pero aclarar que esta no se extenderá al derecho recíproco de comunicación y vinculación con su hija, por el contrario se facilitará su satisfacción como a continuación lo explicaré.

II. **Régimen de comunicación paterno filial. El derecho de la niña a ser escuchada.**

S. es la protagonista de este proceso, tuve la oportunidad de conocerla y conversar con ella en dos oportunidades y en el último encuentro con la niña me expresó su deseo de vincularse con su papá.

Como lo dije más arriba, la suspensión automática de la responsabilidad parental de los condenados a más de tres años de prisión, también afecta a los niños y niñas involucrados en varios aspectos. Las decisiones sobre su vida, desde las más cotidianas, hasta otras más trascendentes, serán tomadas unilateralmente por la persona que ejerza la responsabilidad parental, en este caso por quien ejercerá su tutela.

Lo cierto es que incluso a pesar de que el progenitor de S. se encuentra privado de su libertad resulta un referente valioso para ella.

La convivencia y la comunicación de la niña con su padre, más allá de los obvios obstáculos que sufre por la privación de libertad de éste, resulta seriamente amenazada por la suspensión de la responsabilidad parental, pudiendo causar así un perjuicio grave a S. que requiere contacto con su papá por considerarlo positivo para su desarrollo.

Tal como fue resuelto por nuestro Tribunal Superior, el foco debe estar puesto sobre la niña, no en los adultos. Es que la tutela de los niños debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los niños debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto (cfr. Fallos: 328:2870 y 331:2047).

Es por ello que fundaré mi decisión en el interés superior de S. y en sus deseos, opiniones y sentires en relación a este proceso, considerando además que su abuela materna está de acuerdo con que se fije un régimen de comunicación entre el Sr. Q. y su hija y este fue el deseo expresado por el progenitor en este proceso y en especial en la audiencia de fecha 29/11/2022.

Así, el análisis de las constancias del proceso, permite determinar que el interés superior de la niña en concreto en este punto de decisión, se encuentra conformado por su derecho a mantener contacto con su padre y a que la revinculación se efectivice de modo de garantizar la protección ante todo abuso físico o psíquico. Además su interés superior está determinado por el derecho a la protección de su salud psíquica, atento el tiempo transcurrido desde la interrupción del contacto y considerando las características actuales de la familia.

Finalmente, también su interés superior está determinado por el derecho de la niña a ser escuchada respecto a su pedido de ver a su papá, y a que su opinión sea tenida en cuenta. (Art. V.A.1 a) Observación General N° 14 C.D.N, Art. 15, Ley 2.302-.

En consonancia con los argumentos vertidos en el apartado anterior, la Comisión el Centro de Estudios

Legales y Sociales (CELS)[5] ha expresado en un sentido: "En el caso concreto del derecho a la familia, la ley civil debería regular específicamente cómo llevar adelante sus relaciones una persona privada de libertad, en lugar de considerar que las penas relativamente más altas conllevan siempre y de modo genérico la exclusión de la persona condenada del régimen civil. El caso de la persona que delinque contra un hijo o hija puede ser un supuesto razonable de exclusión del régimen de responsabilidad parental, pero el

5 3 El CELS es una organización no gubernamental que desde 1979 se dedica a la promoción y protección de los derechos humanos, el fortalecimiento del sistema democrático y el Estado de derecho en Argentina.

autor de un delito cualquiera, por grave que fuera, no debería, como regla fija y automática, verse privado de su familia, ni la familia de su miembro segregado. Al contrario, el esfuerzo de la ley civil debe ser, en esos casos, regular el modo en que esa responsabilidad parental puede ser satisfecha cuando alguien enfrenta el obstáculo de la movilidad reducida y de los límites de hecho que impone el encierro. Pensar que las personas privadas de su libertad son automáticamente malos padres o que sus hijos no necesitan de ellos es un reflejo de un modo ya superado de entender el asunto"[6]

Nuestro derecho cuenta con diversos límites jurídicos que limitan el poder punitivo del Estado y promueven el máximo goce de los derechos humanos, lo que incluye, naturalmente, a los condenados y a su familia. Aquel que ha sido declarado responsable penalmente por cometer un delito debe responder a través de la privación de ciertos derechos (principalmente su libertad),pero tanto él como su familia conservan el

resto de sus derechos, muchos de los cuales tienen jerarquía constitucional.[7]

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho al respecto que: "…97. *El derecho a la vida de familia puede sufrir ciertas limitaciones inherentes al mismo. Hay circunstancias especiales, como el encarcelamiento o el servicio militar que, aunque no suspenden el derecho, inevitablemente afectan su ejercicio y no permiten que se disfrute plenamente de él. Si bien el encarcelamiento necesariamente limita que se goce plenamente de la familia al separar forzosamente a uno de sus miembros, el Estado tiene la obligación de facilitar y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias y de respetar los derechos fundamentales de todas las personas contra las interferencias abusivas y arbitrarias por parte del Estado y sus funcionarios públicos…. 98. La Comisión ha sostenido siempre que el Estado está obligado a facilitar el contacto del recluso con su familia, no obstante las restricciones a las libertades personales que conlleva el encarcelamiento. En este sentido, la Comisión ha reiterado en varias ocasiones que el derecho de visita es un requisito fundamental para asegurar el respeto de la integridad y libertad personal de los internos y, como corolario, el derecho de protección a la familia de todas las partes afectadas…. Justamente,*

6 Ponencia del CELS para la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, 22/08/2012.
7 15 18CN; 2° Ley 24.660.

en razón de las circunstancias excepcionales que presenta el encarcelamiento, el Estado tiene la obligación de tomar medidas conducentes a garantizar efectivamente el derecho de mantener y desarrollar las relaciones familiares. Por lo tanto, la necesidad de cualquier

medida que restrinja este derecho debe ajustarse a los requisitos ordinarios y razonables del encarcelamiento[8].

En efecto, en oportunidad de la audiencia de fecha 29/11/22 las partes acordaron un régimen de comunicación en favor de M. Q. respecto de la niña S. consistente en que los fines de semana la niña pase los fines de semana con su hermana M. desde los días viernes 20 horas hasta el día domingo a las 20 horas, oportunidad en la que la restituirá en el domicilio de la abuela B. C. Asimismo, que durante los días de la semana M. podrá compartir visitas en su domicilio con S. previo acordar telefónicamente con B. C.

Además se acordó que la Sra. C. iba a garantizar una comunicación virtual, por intermedio de video llamadas, entre el Sr. C. F. Q. y su hija S. Q., el cual se concretaría en los momentos que S. comparta con su hermana M..

Sobre tal acuerdo no tengo ninguna observación que realizar y corresponderá homologarlo, no obstante considero que se trata de un régimen de comunicación mínimo para S. y su papá y que atento el tiempo transcurrido, la familia podrá acordar uno que se ajuste a las posibilidades actuales de la familia y la voluntad de S., en una instancia de Mediación.

III. **Procedencia de la tutela.**

Sentado ello, corresponde merituar la pretensión de tutela a favor de la Sra. C.

Tengo en cuenta principalmente el informe interdisciplinario realizado en el expediente (socio-ambiental y psicológico de la familia) del que se desprende información acabada de cómo es la vida de S. junto a su abuela materna(y demás familia extensa), y surgen claros los motivos por los cuales hoy me encuentro resolviendo la presente.

El equipo es concluyente respecto a qué ante el fallecimiento de la niña y 8 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 38/96, caso "Arenas" o "X e Y", de 15 de octubre de 1996 (Informe Anual 1996, OEA/Ser.L/V.9, Doc. 7 rev.) aprobado en el 93° período ordinario de sesiones. Disponible en https://ppn.gov.ar/pdf/jurisprudencia/CIDH.%20Caso%20X%20Y.%2015-10-96%20fallo_0.pdf

la condena penal que se encuentra cumpliendo el progenitor, la decisión que mejor responde al interés de S. es que su abuela materna asuma su tutela con el acompañamiento de la familia materna como lo vienen realizando hasta ahora.

Además del informe escolar obrante a hojas 35 surge que el acompañamiento familiar ha estado presente siempre durante el periodo evaluado correspondiente al ciclo lectivo 2022 de parte de su abuela y tios. Guiando a la niña en actividades para el hogar, así como también la responsabilidad de que asista a la escuela.

En la especie se suma que por Sentencia de fecha 19/05/2022 dictada en el expediente **15174/2020 "Defensor de los Derechos del Niño y Adolescente c/M. A. S/ Medida de protección excepcional"**, se había otorgado la guarda de la niña por un año a favor de la Sra. C. en los términos del Art. 657 (Guarda a un pariente) debido a que la niña se encontraba sin cuidados parentales a raíz del fallecimiento de su mamá y la privación de libertad de su papá.

Al respecto se ha dicho que "*En concordancia con lo establecido en el Título de la responsabilidad parental cuando se hubiera otorgado la guarda de un niño o sus progenitores hubieran delegado el ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente, se presume la*

voluntad de que se lo nombre tutor. En esos casos, el juez que intervino previamente (otorgando la guarda u homologando la delegación) tiene potestad para concederles funciones tuitivas de la persona y de los bienes de los niños. En ambos supuestos, el guardador es su representante legal para todas aquellas cuestiones de contenido patrimonial. De este modo se remedia un problema que preocupó mucho a la doctrina autoral consistente en que el guardador, si bien brindaba asistencia moral y material al niño y tomaba las mismas responsabilidades que los padres, carecía de representación para todos los actos de la vida diaria que exigían la anuencia del representante legal" Bueres Alberto J. (2016). Código Civil y Comercial, t. 1A. (1ª Edición). Hammurabi. https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/codigo-civil-y-comercial-t-1a? location=569.

La convivencia de S. con su abuela no puede ser sostenida en el tiempo mediante la utilización de figuras concebidas para ser transitorias como la guarda a un pariente, sino que, como ya se señaló, es necesario dotar a esa convivencia de un respaldo jurídico que legitime su continuidad y, a la vez, allane el ejercicio del cuidado y la crianza asumido por la abuela, que ha de redundar en beneficio de la niña y, en definitiva, en la satisfacción de su interés superior.

También es importante mencionar que en el encuentro que mantuve con S. fue clara en cuanto deseaba continuar al cuidado de su abuela y el resto de su familia materna y que deseaba mantener comunicación con su papá de forma personal y por teléfono.

Además en la audiencia celebrada con las partes en fecha 29/11/2022 tanto la abuela como el progenitor pudieron brindar su opinión sobre el presente proceso y

ambos coincidieron en que la Sra. C. es la persona más idónea para cuidar de la niña. Además la abuela afirmó que está de acuerdo en que S. sigua viendo a su papá con algunas condiciones para poder materializarlo.

Los efectos de la privación o suspensión de la responsabilidad parental están contemplados en el Art. 703 del CCyC que establece que "Si uno de los progenitores es privado de la responsabilidad parental o suspendido en su ejercicio, el otro continúa ejerciéndola. En su defecto, se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente."

En este marco conceptual y normativo considero que, en atención a lo peticionado por la actora y la conformidad del Ministerio Público resulta procedente determinar la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental del progenitor respecto de la niña S. que convive con su abuela materna desde el fallecimiento de su progenitora, en los términos del art. 702 inc. b) del CCyC. Ello permite avanzar en el otorgamiento de una tutela a la abuela Sra. B. C. conforme lo autoriza el art. 703 del CCyC como figura de protección para respaldar jurídicamente la continuidad de la convivencia y el cuidado de S. con la Sra. C.

Al respecto se han sostenido las siguientes "*Pautas para la designación: Cuando los padres no hubieran efectuado designación alguna es el juez quien debe elegir entre los distintos postulantes cuál es el que se encuentra más calificado. La evaluación de la aptitud debe ser amplia y la elección deberá efectuarse ponderando el superior interés del niño. Habrá de recaer en la o las personas que se estima van a brindar protección al niño en todos los órdenes de la vida. La*

jurisprudencia ha plasmado una interesante casuística en el tópico, delineada por las circunstancias fácticas propias de cada caso. " Bueres Alberto J. (20 16). Código Civil y Comercial, t. 1A. (1ª Edición).Hammurabi. https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/codigo-civil-y-comercial-t-1a? location=574

En este marco debo destacar que "*Es función primordial del tutor/res el cuidado de la persona del niño/a o adolescente promoviendo integralmente el reconocimiento de sus derechos, garantizándole el ejercicio pleno, efectivo y permanente. En este particular, para la interpretación cobra especial relevancia la CDN, el art. 75, inc. 22 de la CN, que tiene un contenido valorativo relevante, y la ley 26.061. El vínculo que se establece importa promover integralmente el desarrollo psicofísico del niño, niña y adolescente (art. 639, CCCN). b) Cuidado de los bienes.* "López Mesa Marcelo, Barreira Delfino Eduardo A. (2020). Código Civil y Comercial, t. 2B. (1ª Edición). Hammurabi. https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/codigo-civil-y-comercial-t-2b? location=170

En efecto, a partir de los informes y escuchas valoradas, entiendo que esta decisión satisface el mejor modo el interés de la niña.-

Al respecto tengo en cuenta que el principio general que rige la materia sometida a consideración, debe tenerse en cuenta primordialmente el interés de los niños, niñas y adolescentes, su conveniencia y bienestar y, aún sin descuidar los legítimos derechos de los progenitores, resolver en función de ese interés y la situación particular en cada caso (art. 3 de la CDN y Art. 4 Ley Provincial 2302). El principio del interés

superior del niño no debe ser algo abstracto y simplemente nomitativo, sino más bien debe determinarse en cada caso cuál es ese interés concreto de los niños, niñas o adolescentes involucrados en el proceso y determinar su alcance, para así decidir las situaciones que se planteen en pos de su bienestar y el de toda la familia.

Sostiene la doctrina que "...siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños en concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones…" ("Manual de Derecho de las Familias", Marisa Herrera, Ed. Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pág. 40).

Son los jueces y juezas, entonces quienes tiene la facultad de seleccionar la interpretación que se considere más adecuada por lo que las decisiones, a pesar de hallamos ante una misma situación fáctica, pueden ser diferentes y hasta contradictorias (lundain, El interés superior del niño en Kemelmajer de Carlucci Herrera, "La familia en el nuevo derecho", II, p. 197).

Sentado ello, entiendo que en este caso particular, el interés superior de S. es garantizar su salud psico-emocional y física creciendo en un entorno amable,

pacífico y saludable que le permita desarrollarse de manera integral y mantener sus vínculos familiares.

IV. **RESOLUCIÓN DE FÁCIL LECTURA PARA S.:**

MENSAJE PARA SELENA: Hola S., soy la Jueza Eliana. Quiero que sepas que sos muy importante para mí y que tenes derecho a expresar siempre lo que sentís y te gustaría para vos, por eso tuve en cuenta lo que me contaste, gracias por compartírmelo. También me gustaría explicarte que significa este papel. Hoy decidí que sigas al cuidado de tu abuela y acompañada de tus tías, tío y hermana como lo vienen haciendo. Se que estás contenta con eso. ambién vas a poder seguir viendo a tu papá como lo pediste siempre que así lo quieras, y tu familia va a cuidar que sea de una forma segura para vos. Espero que sigas muy bien en la escuela como me contó tu seño, que te juegues mucho con tus amigas, con tus perros y gatos y nunca pierdas esa hermosa sonrisa que me regalaste. Un abrazo grande. Eliana.

MENSAJE PARA ABUELA:

Hace tiempo que decidió asumir una difícil tarea, más aun cuando usted también vive el propio duelo por la pérdida de hija, destaco su fortaleza para perdonar y su valentía para compartirme sus emociones las veces que conversamos, quiero que sepa que no está sola, tiene una familia hermosa y sus hijas e hijo la van a ayudar en lo que necesite. Destaco su dignidad de canalizar el dolor en ayudar a su nieta y el lugar primordial que le dio a la pequeña en todo este proceso. Les deseo todo el amor del mundo para continuar en su hermosa tarea y cuente con quienes formamos parte de este Juzgado para su acompañamiento. Usted y su familia son un ejemplo de que aun en los contextos familiares más difíciles se puede sanar, restaurar los daños y alcanzar un poco de paz. Abrazo grande, Jueza Eliana.

MENSAJE PARA PAPÁ:

Espero que esta decisión favorezca una nueva forma de reencontrarte con tu hija, que con el tiempo pueda responder a las preguntas que nadie más puede, que construya el puente más humano y lindo que pueda para devolverle la sonrisa que las decisiones de los adultos y la vida misma muchas veces apagó. Desde hoy su hija va a quedar al cuidado de su abuela, porque así lo desea y y usted lo consintió, pero permanecerá en usted la responsabilidad de cimentar recuerdos felices, aquellos únicos que todos los niños y niñas deberían tener. Siempre hay tiempo para reparar el daño y ser una mejor persona. Su hija y su abuela hoy le dieron esa oportunidad, no la desaproveche.

Para terminar te comparto unos fragmentos del escritor Eduardo Galeano que reflejan lo que quiero decirle con esto.

"Viva donde viva, viva como viva, viva cuando viva, cada persona contiene a muchas personas posibles, y es el sistema de poder, que nada tiene de eterno, quien cada día invita a salir a escena a nuestros habitantes más jodidos, mientras impide que los otros crezcan y les prohíbe aparecer. Aunque estamos mal hechos, no estamos terminados; y es la aventura de cambiar y de cambiarnos la que hace que valga la pena este parpadeo en la historia del universo…[9](GALEANO, E. "Patas Arriba: la escuela del revés. Año 1998, Pág.337)

"Ojalá podamos ser tan porfiados para seguir creyendo, contra toda evidencia, que la condición humana vale la pena, porque hemos sido mal hechos, pero no estamos terminados…Ojalá podamos ser capaces de seguir caminando los caminos del viento, a pesar de las caídas y las traiciones y las

9derrotas, porque la historia continúa, más allá de nosotros, y cuando ella dice adiós, está diciendo: hasta luego…". (GALEANO, E. Los caminos del viento. Palabras de agradecimiento, al recibir el Premio Stig Dagerman, en Suecia, el 12 de septiembre, 2010.). Jueza Eliana.

Es en base a los fundamentos brindados y de la normativa citada,

RESUELVO:

1) DECLARAR que el señor C. F. Q. DNI ..., se encuentra suspendido en el ejercicio de la responsabilidad parental de su hija S. Q. DNI ... con los alcances previstos en esta Sentencia conforme los apartados I y II.

2) OTORGAR LA TUTELA de la niña S. Q. DNI ... a su abuela materna la Sra. B. E. C. DNI ... hasta el agotamiento de la pena impuesta al progenitor C. F. Q. en el marco del legajo penal nro. 17806/2016.

3) Imponer las costas en el orden causado. Corresponde regular los honorarios de la Dra. ... como letrada patrocinante de la actora, por la totalidad de la labor desarrollada en las presentes actuaciones. En su mérito, de conformidad con la Ley N° 1594, Art. 9, inc. 1, punto 4, fíjense los honorarios en la suma de $197.194,80, equivalentes a 15 JUS (valor actual $13.146,32), a ser abonados por la actora. Atento que la misma actúa en el presente con Beneficio de Litigar sin Gasto concedido y vigente a la fecha, se hace saber que los honorarios que debe soportar los deberá abonar en el momento que mejore de fortuna por depósito en la cuenta del Banco de la Provincia del Neuquén N° 122/17. Regular los honorarios profesionales de la Dra. ..., en su carácter de letrada patrocinante del Sr. C. Q. y M. Q., en la suma

de $197.194,80, equivalentes a 15 JUS (valor actual $13.146,32), a ser abonados por los mismos. **Notifíquese electrónicamente.-**

4) Notifíquese la resolución de fácil lectura a la niña S. con el dibujo que se anexa a la presente, mediante cédula por intermedio del Juzgado de Paz de Villa Traful.

5) Notifíquese electrónicamente a las partes y al Defensor de los Derechos del Niño y Adolescente.

6) **Regístrese digitalmente, notifíquese, expídase testimonio y oportunamente ARCHÍVESE.**

ELIANA FORTBETIL JUEZA