



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUÉN, 25 de noviembre del año 2020

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"M. P. J. R. S/ TUTELA"** (JNQFA4 EXP 115048/2020) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia del Secretario actuante, Dr. **Mario J. ALARCON**, y de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. La Sra. Defensora Adjunta de los Derechos del Niño y del Adolescente N° 2 solicita la tutela judicial del niño J.R.M.P. a favor de la Sra. R. M..

En fecha 26/05/2020 (hojas 13/14) la Jueza de grado rechaza por inadmisibile la demanda de tutela.

Para así hacerlo expresa: «...el art. 657 CCC establece que *"...El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio"*.

Teniendo en cuenta ello, no puede obviarse que los progenitores no se encuentran suspendidos ni privados del ejercicio de la responsabilidad parental.

Por el contrario, la sentencia de restricción de la capacidad dictada en relación a la progenitora (referida en la certificación que antecede) expresamente reconoce el ejercicio pleno de la maternidad por su parte.

De esa forma, no puede obviarse que la situación jurídica de J. en relación a su progenitora y a la Sra. M. se encuentra resuelta a la fecha con el encuadre otorgado a la función de esta última como sistema de apoyo.

Cabe señalar que a todo evento, en caso de resultar necesario, se podrá peticionar facultades expresas de representación para el sistema de apoyo, en las actuaciones relativas a la restricción de la capacidad de la progenitora.

En virtud de lo expuesto, se advierte que previo a que resulte admisible una demanda de tutela, en atención a la subsidiariedad de la institución, deberá contarse con una declaración de suspensión o privación de la responsabilidad parental en relación a los progenitores...».

1.1. La Sra. Defensora titular apela dicho pronunciamiento y expresa sus agravios en hojas 17/21.

En primer lugar se agravia por el rechazo in limine de la demanda. Señala que en la resolución no surge de qué modo se garantiza a J. sus derechos, especialmente si se considera que él expresamente, refiere que desea permanecer con la señora M., quien además propicia el contacto con su progenitora y el equipo técnico interviniente del órgano de aplicación dictamina solicitando la tutela a favor de la mencionada.

En segundo orden, se agravia por la ausencia de remoción de los obstáculos administrativos y judiciales para resolver la situación legal de J.

Indica que el art. 657 del Código Civil y Comercial establece que, vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulen en el Código. Señala que, para ello, ante la conclusión de los términos legales de la guarda excepcional, el equipo técnico del Ministerio de Desarrollo Social concluye en que la tutela es la figura legal que corresponde a la

situación de J. y, en igual sentido, dictamina favorablemente respecto a dicha figura.

Sostiene que nada obsta para proseguir las actuaciones en tal sentido, más aún si se tiene en cuenta la situación actual de J.

Agrega, que la Sra. M. no fue designada en el expediente N° 49.125 como apoyo externo, pero ello no obsta a que con una mirada puesta en el niño y su protección, se admita la presente acción.

Dice que, como señaló en la demanda, los padres de J. se han desentendido totalmente de sus cuidados y responsabilidad, ni siquiera lo visitan, sino que es él quien se acerca a la vivienda familiar para su tener algún vínculo con sus hermanas y/o ver a su madre.

Esgrime que la Jueza debió resolver conforme lo pretendido por todos los organismos y equipos intervinientes, pero sobre todo, considerando el interés superior de J. y removiendo aquellos obstáculos que no protegen sus derechos.

En su último agravio aduce violación al derecho a la igualdad y a la aplicación de las normas de cualquier naturaleza sin discriminación alguna.

Entiende que, en la resolución atacada, no sólo se afecta la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa, el derecho a una sentencia en un plazo razonable, sino también el derecho a la igualdad ante situaciones similares.

Sostiene que debe considerarse que conforme el art. 104 del Código Civil y Comercial 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.

Refiere que en el caso, los progenitores no han sido suspendidos ni privados de la responsabilidad hasta el

momento, y entiende que considerar tal posibilidad en los términos del art. 702 inciso d) carece de utilidad, pues la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental así contemplada, está llamada a durar durante la vigencia de la medida excepcional de protección de derechos, y en el caso, ha quedado claro que tal medida provisoria ya no puede sostenerse, con lo cual de nada servirá suspender el ejercicio de la responsabilidad parental durante la vigencia de una medida que debe finalizar inmediatamente.

Dice que el análisis se debe centrar en lo dispuesto en el art. 657 y que, en su interpretación, tal norma habilita a acudir a la tutela como una de las opciones, y a asemejar casos como el presente con aquellos en que se peticiona la declaración de adoptabilidad, ya que en ambos casos, se considera agotada la posibilidad de restitución con la familia de origen y se apunta a resolver definitivamente la situación del niño, niña o adolescente involucrados, teniendo como consecuencia inmediata la privación de la responsabilidad parental por parte de los progenitores, conforme lo prevé el art. 610.

Agrega que, en el caso de la tutela, se mantiene el vínculo de parentesco con los progenitores y el contacto con los mismos, encontrando como único límite a ese derecho la afectación del interés superior del niño.

Concluye señalando que, a la luz de la Constitución Nacional y los instrumentos con jerarquía constitucional, la efectividad de los derechos en pos del plus de protección que goza J. deben ser garantizados. Agrega que para ello se deberán flexibilizar las formas, a los fines de no caer en un exceso ritual manifiesto, desvirtuando la tutela judicial efectiva del niño, quien actualmente se encuentra en una situación jurídica indefinida y su guardadora sin elementos frente a los terceros.

Solicita, en definitiva, que se haga lugar al recurso deducido, y se dé trámite a la tutela peticionada en pos de resguardar los derechos del niño.

En hojas 28 toma intervención la Defensora de los Derechos del Niño N° 1, en los términos del art. 103 inciso a) del CCyC.

Entiende que la mejor manera de efectivizar los derechos de J. es llevar adelante la privación de responsabilidad parental, la que tendrá efectos desde que la sentencia quede firme, pudiéndose tramitar de manera conjunta como medida cautelar la tutela provisoria dispuesta en el art. 109 inc. g) del CCyC, mientras dure la tramitación del mismo y se otorgue la tutela definitiva.

2. De las constancias de la causa "M. P. J. R. Y OTROS S/ GUARDA" (JNQFA4 EXP 90484/2018) se observa que en fecha 13/12/2018 se dispuso otorgar la guarda del niño J.R.M.P. a la Sra. M. R. M., y de las niñas Y.M.P. y V.E.P. al Sr. E. A. en los términos del art. 657 CCC y por el término de 90 días (cfr. hojas 45/47vta.).

Luego, la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente solicitó la ampliación de la medida por el término de un año (cfr. hoja 61).

En fecha 9/09/2019, la Magistrada resolvió rechazar la extensión de la guarda de los niños J.R. y V.E. en los términos del art. 657 del CCyC.

La Jueza de grado señaló en tal oportunidad: *"...en el caso de autos, oportunamente se advirtió que la situación actual de los niños no revestían gravedad ni urgencia, pues se encuentran debidamente contenidos por referentes afectivos desde hace más de dos años, y por ello, si bien se otorgó la guarda en los términos peticionados, se aclaró que se otorgaba por el plazo de 90 días a fin que la peticionante o los guardadores designados cuenten con la posibilidad de incoar*

las acciones adecuadas para definir la situación jurídica de los niños.

En conclusión, y según las constancias de autos, en lo relativo a J. y V. su situación no se modificó y no se instaron las acciones correspondientes para definir su situación jurídica, y no es argumento suficiente para justificar la demora que el equipo técnico de familia solidaria no ha remitido el informe de intervención, por lo que entiendo, que no debe extenderse la guarda otorgada, debiendo ahora sí promover las acciones mencionadas, pues de extender la medida no se está tutelando debidamente el interés de los niños.

Por último, destacaré que lo aquí resuelto no obsta la posibilidad de que -en caso de ocurrir la peticionante por la vía idónea para la definición de la situación jurídica de los niños, se meritue la adopción de medidas provisionales tendientes a resguardar sus derechos y contar con representación suficiente para garantizar el ejercicio de los mismos." (cfr. hojas 77/78).

En hojas 91/96 y 97/101 de los autos mencionados, obran informes de situación de la Dirección de Familias Solidarias respecto del niño J.

Luego, cabe señalar que en la causa "P. L. M. S/ CAPACIDAD JURIDICA" (JNQFA4 EXP 49125/2011), en fecha 1/02/2019 se resolvió restringir la capacidad de L. M. P. - progenitora de J.- para realizar actos de administración y disposición de bienes, administrar sumas de dinero que superen sus gastos cotidianos, de actuar en juicio y de prestar consentimiento informado, estableciendo que para la realización de estos actos sea acompañada por una figura de apoyo. Se determinó que sus hijas A. A. y R. D. C. A. se constituyan como figuras de apoyo de manera conjunta o indistinta.

En el mismo pronunciamiento se dispuso restringir la capacidad de ejercicio de la responsabilidad parental respecto de sus hijos Y.M.P., J.R.M.P., R.M. y V.E.P., determinando que sea asistida por figuras de apoyo, en este caso su hija Sra. B. E. P. y el Sr. E. A., en el otorgamiento del consentimiento expreso que el art. 645 del C. C. y C. requiere en para la realización de los actos allí enumerados, en el otorgamiento del consentimiento requerido a los progenitores en el ámbito de la salud, en el ámbito educativo y en términos generales, en cualquier cuestión en la que se le requiera a la Sra. P. que como madre preste consentimiento, como requisito previo y esencial, para que sus hijos realicen algún acto o actividad.

También se dispuso hacer saber al sistema de apoyo designado en este sentido que especialmente deberá garantizar que L. ejerza plenamente la maternidad, participando activamente de las decisiones vinculadas al desarrollo de sus hijos y asumiendo las responsabilidades de su crianza, sin ser desplazada de su rol de madre en ningún momento y brindándole la asistencia que resulte apropiada a cada aspecto y etapa que sus hijos transiten. (Cfr. hojas 165/172 de los autos citados).

3. Ahora bien, en punto a la figura de la tutela se ha señalado que, "Dentro del marco del paradigma protectorio que caracteriza al nuevo cuerpo legal protegiendo a los más débiles, se mantiene en la regulación de la tutela su concepción como institución subsidiaria dirigida a brindar protección al niño, niña o adolescente que carece de un adulto responsable que asuma su crianza (sean los padres o guardadores)..."

"Con un enfoque de derechos humanos en cuanto al modo de percibir y concebir a la niñez y adolescencia a partir del dictado de la Convención de los Derechos del Niño, cobra relevancia la función protectoria de la tutela atravesada con

principios generales que contribuyen al desarrollo integral de los mismos; a saber: el interés superior del niño, la autonomía progresiva conforme sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez...”

“La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho de los niños a mantener relaciones familiares –en la medida de lo posible– con sus progenitores y con otros miembros de su familia, preservando con ello, también, no sólo los derechos de éstos sino el conjunto de responsabilidades que atañen a los padres, representantes legales, y familiares de los niños en la satisfacción de los derechos e intereses de estos últimos (Trib. Coleg. de Inst. Única del Fuero de Familia Nro. 2 de Mar del Plata, 22/6/2009, Abeledo Perrot N° 45001044)...” (MEDINA, Graciela - RIVERA, Julio, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Art. 104, Editorial La Ley 2014).

Sentado ello, y a partir de las constancias reseñadas, no pueden dejar de considerarse las particulares circunstancias del caso.

En esa ponderación entiendo que, la interpretación efectuada en este estadio de trámite, no es la que mejor se compadece con el principio de realidad –por el cual se encuentra regido el Código Civil y Comercial– y con el interés superior del niño, el que debe ser evaluado y satisfecho en todos los casos.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el mejor interés del niño no es un concepto abstracto, sino que tiene nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias. Por lo que 'la misión específica de los tribunales en cuestiones de familia resulta desvirtuada si se limitan a resolver los problemas

humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso' y es así que "en definitiva, el interés del menor es que lo debe presidir la interpretación de la ley. En aras de resolver su situación, o los derechos que se le vean vulnerados no puede dejarse de tenerse en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos en donde la autonomía de la voluntad, el principio de realidad y el valor de cooperación entre los miembros de la familia cobran importancia si se quiere alcanzar la coherencia del ordenamiento jurídico". (cfr. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mercedes, "R.M.C. s/ guarda de personas").

Asimismo, como ha sostenido el STJ, "...En lo que aquí interesa cabe remitirnos a la Observación General N° 14, del 29 de mayo de 2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial...la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En ese 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 criterio se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos..." (cfr. TSJ, Ac. 1/19 "Carrera").

Ahora bien, en este caso, como se reseñara, respecto de la progenitora de J. se ha restringido su capacidad de ejercicio de la responsabilidad parental con el alcance antes apuntado, destacando que la Sra. R. M. no ha sido designada figura de apoyo en el esquema formulado. Por otra parte, la guarda oportunamente otorgada a la Sra. M. respecto de J. no se encuentra vigente. Y, en los hechos -conforme surge de las

evaluaciones realizadas por el equipo técnico interviniente-, quien ejerce el cuidado personal del niño J. -con visos de permanencia- es la Sra. M.

En este escenario fáctico y la compleja trama familiar, más allá de los apoyos designados a la Sra. P. para ejercer determinados actos en lo que respecta al ejercicio de la responsabilidad parental, entiendo que el interés superior del niño exige que el trámite se oriente hacia una figura definitiva que contribuya a definir su situación jurídica, otorgando seguridad y certeza en los actos y decisiones de la vida del mismo.

Es que, tal como han señalado B. y R. F., "La tutela ya no tiene por finalidad gobernar la persona y los bienes del menor de edad que no tuviera padres que pudieran ejercer la patria potestad, como era en el régimen anterior; hoy el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, pone énfasis en una función de protección integral de la persona y bienes del niño, niña o adolescente que carezca de persona que ejerza la responsabilidad parental..."

"...Este instituto, que implica la protección de la persona y los bienes del niño, supone, además, un marco jurídico de representación que intente garantizar la efectivización de los derechos esenciales que le corresponden como menor." (Bueno, Horacio E. y Racciatti Ferrari Huilen, **TUTELA, REVINCULACIÓN, IDENTIDAD E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**, Cita online: AR/DOC/1481/2019).

Asimismo, tal como sostiene Grosman, "... si la razón de los derechos del niño es asegurar sus necesidades básicas, deben pensarse en modos en que tales exigencias serán tuteladas. No basta con una enumeración de los derechos, sino que es preciso buscar los caminos para que tengan efectividad..." (Grosman, Cecilia P., "Significado de la

Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia", en LA LEY 23/05/1993).

En esa búsqueda, advierto que la solución propuesta por la Defensora de los Derechos del Niño N° 1 resulta razonable y es la que más se ajusta al interés superior de J., propiciando en consecuencia que el presente trámite se reencause como "Privación de la responsabilidad parental" en el que deberá meritarse el otorgamiento de la tutela especial prevista en el art. 109 inc. g) del CCyC, con carácter de medida cautelar y hasta que se dicte sentencia, una vez escuchada la Sra. Rosa Mellado así como el niño J., debiéndose readecuar los términos de la petición inicial a lo aquí decidido.

Es que, como señala Mizrahi, "... cabe resaltar que en la institución de la tutela no contamos con una norma como la del art. 699, inc. e), del Cód. Civ. y Com., que dispone que con la adopción se extingue la titularidad de la responsabilidad parental. Por lo tanto, como la tutela *sustituye* a la responsabilidad parental (art. 104, párr. 1°), será necesaria previamente la privación de ésta con las debidas garantías de defensa de los progenitores (art. 700 del citado Código). Es que la titularidad de la responsabilidad parental y la tutela son figuras claramente incompatibles y, por ende, no pueden coexistir."

"...Para decirlo en muy pocos términos, para las funciones tutelares del art. 104, párr. 3°, como se otorgan *provisoriamente*, no se exige como requisito previo la privación de la responsabilidad parental, privación que sí resulta indispensable si se quiere ingresar propiamente en la figura de la tutela..."

"Si el juez decidiera aplicar el art. 104, párr. 3°, del Código, en toda su amplitud, ni al delegado (art. 643), como tampoco al tercero cuidador (art. 657), se los ha de

convertir en tutores del niño. Ambos –delegado y cuidador– sólo tendrán *provisoriamente* las funciones tutelares, las que caducarán al vencimiento de los plazos previstos en las dos últimas normas citadas...” (Mizrahi, Mauricio L., CUIDADO PERSONAL DE NIÑOS POR TERCEROS. EXÉGESIS DE LOS ARTÍCULOS 104, 643, 657, 674 Y 702 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, Cita Online: AR/DOC/2735/2019).

En función de lo expuesto, concluyo que corresponde admitir el recurso de apelación deducido con el alcance aquí determinado, debiendo readecuarse las actuaciones en la forma en que aquí se propone.

MI VOTO.

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Adhiero al rechazo de la tutela a partir de las circunstancias particulares del caso y comparto lo dictaminado por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente N° 1, por lo cual la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente N° 2, accionante en estos autos, deberá adecuar su pretensión y solicitar en consecuencia.

MI VOTO.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el **Dr. José Ignacio NOACCO**, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto, esta **Sala I, POR MAYORIA**

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de apelación deducido y en consecuencia, revocar la resolución de hojas 13/14, disponiendo que el proceso deberá reencausarse como “Privación de la responsabilidad parental”, en el que deberá meritarse el otorgamiento de la tutela especial prevista en el art. 109

inc. g) del CCyC, con carácter de medida cautelar y hasta que se dicte sentencia, una vez escuchada la Sra. R. M. así como el niño J., debiéndose readecuar los términos de la petición inicial a lo aquí decidido.

2.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dr. José Ignacio NOACCO
Dr. Mario J. ALARCON - SECRETARIO