



NEUQUEN, 20 de diciembre de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**J. T. S/ GUARDA**" (JNQFA4 EXPTE 78484/2016) venidos en apelación esta Sala I integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Celina BARTHES, y de acuerdo al orden de votación sorteado **CECILIA PAMPHILE** dijo:

1. La Sra. magistrada desestima el pedido de homologación del acuerdo de delegación del ejercicio de la guarda a favor del abuelo, efectuado de conformidad a los términos del artículo 643 del CCC.

Para así hacerlo, considera que la delegación es de carácter excepcional, que debe tener en cuenta el interés superior del niño y por razones suficientemente justificadas.

Entiende que, en el caso, ellas no se encuentran reunidas en tanto la madre no ha acreditado una imposibilidad para el ejercicio de la responsabilidad parental, más allá de la desocupación y de su carácter de estudiante y madre.

En cuanto a la finalidad perseguida, esto es la inclusión en la Obra social, entiende que el niño podría ser incluido como adherente, sin necesidad de revestir el cargo de guardador, cumpliéndose así con el principio de solidaridad familiar.

Considera entonces que no están dados los recaudos previstos en el artículo 643 y tampoco los previstos en el 657 del CC y C.

Contra tal resolución apelan la madre y el abuelo.



Exponen que en el caso, se trata de una guarda asistencial y que tiene sustento en el artículo 643 en tanto la madre del niño no trabaja y vive en la casa de sus padres, no tiene capacidad económica para mantenerse y menos aún al pequeño, ya que ambos en los hechos dependen de su abuelo.

Indican que lo decidido contraría las convenciones internacionales de protección a la niñez y al interés superior del niño. Agregan que la guarda solicitada no implica tampoco un desplazamiento de la responsabilidad parental en tanto esta se conserva en cabeza de la progenitora de modo que mantiene su derecho de supervisar la crianza y educación de su hijo.

Oída la Sra. Defensora del Niño, se expide en hojas 10, propiciando la confirmación de lo decidido, por ajustarse a las previsiones legales.

2. Refiere Marisa Herrera al efectuar el comentario del artículo 643 del Código Civil: "...Otra de las novedades del CCyC es, justamente, la posibilidad excepcional de delegación del ejercicio de la responsabilidad, bajo ciertas y específicas condiciones, y que puede derivar de la decisión de los progenitores (art. 643 CCyC) o de la judicial (art. 657 CCyC). Se cubre así un vacío legal que tantas complicaciones provocó a los operadores jurídicos, pues en aquellas situaciones en las cuales, fácticamente, los hijos/as convivían con otras personas que no fueran sus progenitores, se debían utilizar otras figuras jurídicas –como la guarda de personas o la tutela–, o creaciones pretorianas –las conocidas "guardas asistenciales" a los fines, por ejemplo, de obtener cobertura del servicio de obra social del abuelo respecto de su nieto a cargo–..."

"...La previsión que realiza este artículo es claramente de tipo excepcional, pues exige la concurrencia de



varios elementos. En primer lugar –y no podía ser de otra manera–, esta delegación del ejercicio de la responsabilidad parental debe ser en interés del principal protagonista: el hijo. Luego, las razones deben ser justificadas, es decir expuestas y sometidas a valoración judicial. Pueden ser de diferente tenor: un viaje prolongado de los progenitores, dificultades laborales que entorpezcan un adecuado desenvolvimiento de la responsabilidad parental, o complicaciones en la salud física o psíquica de los progenitores: todas circunstancias puntuales y concretas, cuya principal característica sea la provisoriedad.

No se trata de una renuncia a la responsabilidad parental, sino una temporal delegación de su ejercicio. La redacción final de este artículo ha impuesto la condición de pariente a quien le sea delegada la responsabilidad parental, excluyendo así a otras personas que pudieran tener un vínculo afectivo comprobable con los progenitores y cuya relevancia surge de la ley 26.061 y su decreto reglamentario (referentes afectivos). Esta exclusión se basa en un criterio precautorio que dificulte o impida que esta sea una modalidad para configurar o formalizar una posterior “guarda de hecho”, expresamente prohibida como antecedente para una pretendida adopción, conforme lo dispone el art. 611 CCyC (en cuya redacción final también se eliminó la referencia al vínculo afectivo entre los pretendidos guardadores y los progenitores, limitando como única excepción a la separación del niño/a de sus guardadores de hecho la comprobación judicial de vínculo de parentesco entre los guardadores fácticos y los progenitores).

En algunos supuestos, este artículo podrá funcionar como un “puente” entre el sistema de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes y las



instituciones propias del derecho de familia, como la responsabilidad parental, conexión completamente ausente en los términos del CC. Podrá ser así una variable a considerar en aquellos casos en los cuales los progenitores evidencien dificultades para desenvolver un funcional ejercicio de la responsabilidad parental y, a través de la intervención de los servicios administrativos de protección de derechos, se pueda arribar a un acuerdo de delegación, con la imprescindible intervención judicial que exige esta norma...”

“...Así, la forma prevista es la de un convenio con homologación judicial, a cuyos fines resulta ineludible la escucha de la opinión del hijo, sin diferenciar cuál sea la edad del mismo. Y se impone un preciso límite temporal a esta delegación, evidenciando la connotación de provisoriedad de la misma. No se trata de una renuncia o abandono en el ejercicio de la responsabilidad parental, sino de una delegación, condicionada y acotada en el tiempo, que dispone un plazo máximo legal de un año, pero que no necesariamente en todos los casos deba ser de un año, pues funciona como límite máximo, debiendo mensurarse en cada caso durante cuánto tiempo las razones esgrimidas justifican la decisión. Ahora bien, se admite también excepcionalmente, su renovación, con las mismas exigencias: intervención judicial, explicación y valoración de los motivos que justifican la prórroga y la participación de todas las partes involucradas –ello incluye, sin dudas, al hijo/a–. Ahora bien, tratándose de una delegación del ejercicio, la norma explícitamente dispone que la titularidad de la responsabilidad parental se mantiene en cabeza de los progenitores, una clara evidencia de que no se trata de una renuncia o abandono, y que dicha titularidad, a pesar de estar desmembrada del ejercicio, faculta a mantener el derecho de supervisión de la crianza y educación del hijo, disposición que refuerza la presencia de los progenitores en la vida de



sus hijos sin perjuicio de la delegación efectuada. Por último, el artículo dispone su aplicación también a aquellos hijos con un solo vínculo filial, evitando así que una interpretación gramatical de la primera parte ("los progenitores") pudiera impedir a aquel progenitor único delegar el ejercicio de la responsabilidad parental, en las mismas condiciones ya expuestas..." (cfr. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, tomo II, Libro Segundo (Relaciones de Familia). Artículos 401 a 723. Dirección Editorial: Julián Álvarez. Coordinadoras Generales: María Paula Pontoriero, Laura Pereiras, Directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, julio de 2015, ISBN: 978-987-3720-31-4, Id Infojus: LB000171, [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\\_Nacion\\_Comentado\\_Tomo\\_II.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf)).

3. En este contexto, y sin desconocer la existencia de otras posiciones al respecto (ver, por caso, STJ de Jujuy, Expte. 10523/14 "Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en Expte. N° C-007200/13 (Sala II - Tribunal de Familia) Guarda: M., S. A. por el menor M., L. E."), entiendo que la interpretación efectuada no es la que mejor se compadece 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").

Y, en igual línea, en posición que comparto (aún cuando es anterior a la vigencia del CCyC) y que es trasladable al presente, se dijo:

*"Las circunstancias de hecho reseñadas por el peticionario y por los defensores promiscuos, nos acreditan un objetivo tendiente hacia la integración familiar; así el abuelo asume por sí solo la carga pecuniaria que necesita para los gastos que demanda posibilitar brindarle adecuada alimentación a la niña, por lo que esta Excma. Cámara no ha de compartir el razonamiento ni la conclusión a la que arriba la juez a quo, toda vez que podrá interpretarse que entre los progenitores de la menor y su abuelo ejercerán una guarda conjunta ya que la pretensión no encarna la exclusión o el debilitamiento del contenido de la patria potestad, sino que en todo caso debe entenderse como subsidiaria, esto es tendiente al desarrollo integral de la niña.*

*"...De allí 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 en el 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.*

*El contenido del principio del "Interés Superior del Niño" debe ser entendido en el sentido del reconocimiento pleno de sus derechos (Com. N° 2 del X Congreso Intern. Dcho. de Flia.) y para ello deben adoptarse todas las medidas necesarias tendientes a la protección y desarrollo integral del niño y en el de remover todos los obstáculos que impiden la efectiva realización de los derechos de los niños. A cada derecho del niño corresponden deberes concretos de los padres, la familia, la sociedad y el Estado (Com. N° 2, ídem). En el preámbulo de la Convención quedó establecido que los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...que en la DUDH las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la base 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 plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.*

*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.; art. 25, D.U.D.H.; art. 9, P.I.D.E.S.C.). No queda duda de que los titulares de estos derechos son todos los habitantes, no sólo los trabajadores, quienes deben ser protegidos frente a los riesgos y contingencias sociales (muerte, vejez, enfermedad, desempleo, etc.) mediante un sistema al cual contribuyen o no los beneficiarios. Es decir que más allá de la alternativa voluntaria de cada cual, la Constitución exige esta provisión compulsiva sostenida por un sistema en el que participa directa o indirectamente el beneficiario y el obligado (p. ej. aportes sociales a partir del salario) o en forma indeterminada (por vía de impuestos). De esta forma el reconocimiento constitucional de la seguridad social comprende también a la "asistencia social" que es la cobertura de todo riesgo por el Estado a su exclusivo cargo con fondos provenientes de rentas generales (cfr. Quiroga Lavié-Benedetti-Cenicacelaya Derecho Constitucional Argentino t. I-285 y sigtes. Rubinzal Culzoni-Santa Fe-2001; y art. 75, inc. 23 C.N.).

"...La obligación de asistencia pesa 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 se facilite la prestación asistencial; es arbitraria la decisión denegatoria al pedido del abuelo por el hecho de mantenerse la niña en contacto material y moral con sus padres, privándosela a que sea asistida en el resguardo de su salud por el mismo, dada la imposibilidad de los padres de acceder a la obra social. Es decir que ni el Estado, ni la sociedad cumpliría con la obligación de asistencia a la niña en situación de desamparo, pese al reclamo del abuelo para evitarlo.





*Siendo que, precisamente la interpretación de los derechos de los niños deben ser diferentes al de los mayores ciertamente reconociéndoseles un plus a favor de los mismos, por su vulnerabilidad, su misma edad, su indefensión, por ser personas en desarrollo y a los efectos de la protección integral que se reclama, dentro del núcleo o en la periferia familiar es que prioritariamente debe efectivizarse la protección de los derechos de los niños (art. 75, inc. 19, párr. 3º C.N.) revistiendo carácter de orden público los beneficios de la seguridad social y como tal son irrenunciables (art. 14 bis de la C.N.). Y ante la imposibilidad material o el desamparo familiar "El estado no puede desatender, ni transferir, ni declinar su protagonismo activo sobre todo el sistema de la seguridad social, cualesquiera sean las entidades o los organismos que otorguen las prestaciones" (Germán J. Bidart Campos, Manual de la Constitución Reformada t. II-246 Ediar - Editora C.I.F. Buenos Aires, 1998), con especial alusión a los menores, mujeres, ancianos y personas con discapacidad (art. 75 inc. 23 C.N.).*

*Y para el mejor propender a ese desarrollo integral que audita la Convención, es que en el sub lite no debe requerirse la renuncia de los padres a los institutos, derechos ni responsabilidades que emergen del régimen de la patria potestad, como lo sostiene la juez, sino que contrariamente debe acudir al auxilio de su fortalecimiento máxime que debe permitirse la autonomía de las decisiones familiares..." (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Cruz, R. S., S. A. • 06/04/2005 Publicado en: LLPatagonia 2005 (agosto), 1177 Cita online: AR/JUR/1554/2005).*

**4.** Es que trasladados los conceptos al caso analizado, entiendo que la circunstancia de que tanto la madre



como el niño dependen actualmente del abuelo, hacen que la delegación que efectúa la progenitora, encuentre justificación suficiente.

Ello así, en orden al principio de la realidad y a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, que también tiene su espacio en la regulación de la figura de la responsabilidad parental, todo lo que determina que la pretensión sometida a decisión, por sí sola, no deba ser desestimada: Es que "a priori, y en abstracto, no se puede impedir o desconfiar de las decisiones que puedan tomar los padres con relación a los hijos, incluso las más complejas y de gravedad, como es tener que delegar el ejercicio en un tercero" (cfr. Marisa Herrera, Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Tomo IV, pág. 300).

Todas las razones anteriormente expuestas, unido a la circunstancia de que, en los términos del artículo 643 del CC y C, la medida es temporal y 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 la circunstancia de convivir en el seno de su familia de origen, entiendo que el pronunciamiento, en cuanto desestima sin más el pedido de homologación, debe ser revocado.

Propicio en consecuencia así se declare y que los autos vuelvan a la instancia de origen a fin de que, más allá de los aspectos que aquí han sido evaluados, la magistrada disponga -en su caso y de así entenderlo- las medidas que considere acorde a fin de posibilitar -salvo que medie otro orden de razones en contrario- la homologación pretendida. **MI VOTO.**

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:



Disiento con la solución propuesta en el voto que antecede, por cuanto revoca la resolución que desestima el pedido de homologación de fs. 4 y vta.

Es que, como sostuvo la Jueza de grado, "*La responsabilidad parental es irrenunciable, intransmisible, imprescriptible y -en principio- indelegable y tales caracteres se verían de algún modo desnaturalizados de hacerse lugar a la guarda solicitada con el único objetivo de incluir al niño en la obra social*" (fs. 5vta.).

Además, la doctrina señala que, "*No puede obviarse que el hijo a través de la delegación del ejercicio es separado de su familiar nuclear, conforme a su interés superior, y las circunstancias lo exigen*", (Kemelmajer de Carlucci Aida, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Tomo IV, pág. 62, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2014).

En punto a la homologación que señala el art. 643 del CCC se ha sostenido que: "*De este modo se faculta a los jueces -a modo de control- a evaluar si la delegación del ejercicio está en consonancia con el mejor interés del hijo, para lo cual deberá indagar sobre dos temas: 1) el apartamiento transitorio de los progenitores, y 2) la aptitud de la persona elegida para su cuidado.*" (Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación, Tomo IV, pág. 301, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2015).

A partir de lo expuesto, atento que conforme surge de fs. 4 B. A. J. es hija de P. E. J. y ambos viven en el mismo domicilio, como también que el fundamento de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental peticionada radica en la necesidad de que el niño T. J. cuente



con obra social, el recurso no resulta procedente en tanto no hay apartamiento de su progenitora.

Asimismo, cabe destacar que el apelante no rebate lo expuesto por la A-quo en cuanto a que *"el propio titular podría incluirla como adherente sin necesidad de revestir el cargo de guardador, cumpliendo así con el principio de solidaridad familiar"* (fs. 5vta.).

Por otra parte, a fs. 10 dictaminó la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente quien sostuvo que *"Teniendo en consideración los caracteres que impregnan el instituto de la responsabilidad parental y que su delegación resulta de carácter excepcional tal como lo señala la magistrada interviniente en la resolución atacada, considero que resulta prudente confirmar dicha decisión por haberse dictado conforme a derecho"*.

Por lo expuesto, propongo rechazar el recurso de apelación deducido por la actora a fs. 7/8 y en consecuencia confirmar la resolución de fs. 5/6 en cuanto fue materia de recursos y agravios.

**Tal mi voto.**

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el **Dr. Marcelo MEDORI**, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos por mi colega preopinante Dra. **Cecilia Pamphile**, adhiero al mismo expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta **Sala I, POR MAYORÍA,**

**RESUELVE:**

**1.-** Revocar el pronunciamiento de fs. 5/6 en cuanto desestima sin más el pedido de homologación, disponiendo que



los autos vuelvan a la instancia de origen a fin de que, más allá de los aspectos que aquí han sido evaluados, la magistrada disponga -en su caso y de así entenderlo- las medidas que considere acorde a fin de posibilitar -salvo que medie otro orden de razones en contrario- la homologación pretendida.

**2.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente a las partes y a la **Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente N° DOS** y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

**Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Marcelo MEDORI**  
Dra. Celina BARTHES - SECRETARIA