



NEUQUEN, 2 de Febrero de 2017

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados "**H. M. C. N. S/ GUARDA**" (Expte. N° **78355/2016**) venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 4 - NEUQUEN a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI**, con la presencia del Secretario actuante Dr. Oscar **SQUETINO** y,

**CONSIDERANDO:**

**El Dr. Medori, dijo:**

**I.-** Que la parte actora interpone recurso de apelación contra la resolución interlocutoria de fecha 15 de septiembre de 2016 obrante a fs. 16/17, presentando memorial a fs. 28/31.

El recurrente expresa que la juez de grado no ha efectuado una valoración total e integral de los hechos manifestados y prueba ofrecida, omitiendo la apreciación de parte de ella lo que conlleva a realizar una análisis parcial que desvirtúa el real acontecer de las circunstancias de autos.

Se agravia por cuanto el decisorio afirma que no se encuentra acreditado el vinculo paterno - filial, siendo ello falaz dado que surge del acta de nacimiento adjuntada de la menor C.N.H.M., DNI: ..., el emplazamiento filiatorio de su progenitor Sr. F. E. H. Y., razón por la cual no existe óbice alguno para desacreditar el carácter de abuelo que posee el Sr. J. D. H. respecto de la menor.

Destaca que en la presentación que dio origen a estos actuados hace especial hincapié en la necesidad de suma urgencia para incorporar a la niña a la obra social que el abuelo se encuentra en condiciones de proveer.



Fundamenta la petición en el interés superior del niño y el derecho a la vida y a la salud, que su nieta posee, explicitando que es de vital importancia acceder a dicha pretensión en razón de que la menor deberá ser intervenida quirúrgicamente, a mediados del mes de Octubre del corriente año por encontrarse su vida en riesgo.

Crítica que la jueza solo limitó a fundar su decisión en dos figuras receptadas en los arts. 643 y 657 del Código Civil, sin atender a la totalidad del plexo normativo del ordenamiento jurídico vigente.

Asevera que los derechos y garantías de la niña fueron altamente vulnerados por su resolución, causándole un gravamen irreparable, al denegar la solicitud de guarda a fin de obtener la posibilidad de contar con la cobertura de la obra social y asistencial por parte de su abuelo, tan necesaria para su intervención quirúrgica,

En virtud de ello, solicita se revoque el pronunciamiento, otorgándole debida intervención a la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente; y se conceda la guarda al abuelo Sr. J. D. H., DNI ... -solo con fines asistenciales- para la incorporación a la obra social de su nieta C.N.H.M., DNI ....

**II.-** A fs. 33 se expide la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente Nro. 2 compartiendo los fundamentos de la Juez A quo, entendiendo que la imposibilidad material actual de los progenitores de C. de asumir los gastos de su hija, no son "razones suficiente justificadas" tal como establece el art. 643 del Código Civil y Comercial.

Agrega que por más loables que sean los motivos que llevan al abuelo paterno a solicitar la guarda a un pariente, las figuras receptadas en los artículos 643 y 657 del C.C., son de carácter excepcional, al requerir razones



debidamente justificadas para su admisibilidad y en el supuesto de suma gravedad.

Señala que la responsabilidad parental como máxima institución protectoria de niños, niñas y adolescente reside en cabeza de sus progenitores y tiende a su protección, desarrollo y formación integral. En el caso concreto, se trata de una madre adolescente -C. N. M. (15) y su pareja F. E. H. Y. (18), quien recientemente ha adquirido la mayoría de edad.

Por último, expone que una de las tantas modificaciones que efectuó el Código Civil se centra en el régimen de la capacidad de las personas. En virtud de la constitucionalización del derecho privado se incorporaron a nuestra legislación múltiples principios receptados en los tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos, el principio de autonomía progresiva de niños y adolescente. Ello trajo aparejado sin lugar a dudas la redacción del actual artículo 644 mediante el cual se regula que los progenitores adolescentes ejercen la responsabilidad parental.

**III.-** Ingresando al análisis de la cuestión traída a entendimiento, anticipo que se habrá de revocar la resolución y propiciar que se conceda la guarda de la menor C.N.H.M. a su abuelo Sr. J. D. H. con fines asistenciales, de tal forma de obtener su incorporación a la obra social.

Sentado ello, entiendo que las "razones" que han sido expuestas en el escrito de inicio obrante a fs. 13/15 por el Sr. J. D. H., DNI N° ..., quien solicita se conceda la guarda de su nieta C.N.H.M. -solo- con fines asistenciales para incorporarla a su obra social, tornan admisible su pretensión.

En efecto, allí relata que los progenitores de la niña C. se encuentran ambos sin trabajo motivo por el cual, los gastos de la menor son solventados por los abuelos.



Dice que se desempeña como maestro soldador calificado especializado, percibiendo una remuneración mensual de aproximadamente \$21.292.66 y, que su obra social es O.S.PE.PRI (obra social de petroleros privados), aclarando que la petición de la guarda, es solo con la finalidad de proveerle a su nieta, la cobertura de la obra social.

Solicita, en pos de proteger la salud física y moral de su niña, definir de manera urgente, la situación jurídica atento que la menor padece gastrosquisis, y que habiendo sido detectada desde el embarazo debieron trasladarse a la Ciudad de Buenos Aires, al Hospital Universitario de Saavedra de Alta Complejidad a fin de ser intervenida ni bien se produjera el alumbramiento.

Finalmente, manifiesta que la niña C. deberá ser intervenida quirúrgicamente a mediados del mes de Octubre de 2016, y que siendo sumamente delicada su salud, deberá ser sometida a nuevas intervenciones y tratamientos médicos prolongados.

Destaca que ésta, es la razón de la urgencia para que se proceda a otorgar la guarda solo con la finalidad de incluirla en la obra social, por lo que solicita se emita una constancia de inicio de los presentes autos a efectos de ser presentada ante la obra social para su conocimiento.

Cabe mencionar que el Código Civil y Comercial de la Nación dispone en su **artículo 643 la posibilidad excepcional de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental** bajo ciertas y específicas condiciones. Así prescribe: *"en el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el art. 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser*



*homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un periodo mas con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que solo tiene un vinculo filial establecido”.*

Al respecto, explica Marisa Herrera al efectuar el comentario del citado artículo: “...otra de las novedades del CCyC es, justamente la posibilidad excepción de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, bajo ciertas y especificas condiciones, y que puede derivar de la decisión de los progenitores (art. 643) o de la judicial (art. 657 CCyC). Se cubre así un vacío legal que tantas complicaciones provoco 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 de su nieto a cargo-” (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.gov.ar/docs-f/codigocomentado /CCyC\\_Nacion\\_Comentado\\_Tomo\\_II.pdf](http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigocomentado /CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf)).-

En base a lo expuesto precedentemente, valoro que las razones formuladas por el Sr. J. D. H. -abuelo de la



niña- cuya guarda aquí solicita, son debidamente justificadas, y permiten concretar de manera efectiva, la protección requerida atento la situación en la que se encuentra la pequeña, poniendo en juego el derecho a la salud, y como corolario, el derecho a la vida.

Ello así, en consideración a que el plexo normativo vigente, le otorga a C. una protección preferente, por tratarse de una niña, nacida el 15/06/2016 que debido a su diagnóstico de gastrosquisis, necesita ser afiliada a la obra social de su abuelo a efectos de obtener la cobertura de las prestaciones medicas que demande su salud.

Y es que, por aplicación del principio rector "interés superior" del niño, parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos (cfr. Fallos: 328:2.870); y atento a que el derecho a la vida -que incluye la salud- es el primer derecho de la persona garantizado por la constitución nacional y por los tratados internacionales, y constituye un valor fundamental respecto del cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (fallos: 323:3229 y 324:3569), concluyo que admitir su petición, es la solución que mejor se compadece en este caso concreto.

Los tratados internacionales con jerarquía constitucional, que contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los arts. 4, inc. 1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, del art. 24, inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; del art. 12, inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y de los arts. 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del



Niño, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar.

Para concluir, agrego que teniendo en cuenta que la **titularidad** de la responsabilidad parental alude al conjunto de deberes y derechos que la ley reconoce a favor de ambos padres, y les mantiene el derecho a supervisar la crianza y educación, en tanto el ***ejercicio de la misma***, se refiere a la posibilidad de actuar en cumplimiento de esos deberes y derechos, es decir, ***la que pone de relieve la forma en que se van a efectivizar los derechos y deberes***; y que de los términos del art. 643 del CCyC surge expresamente la temporalidad de la medida.

Que esta Alzada se ha expedido recientemente en el sentido que vengo exponiendo por interlocutoria de fecha 20 de diciembre de 2016 en los autos "**J.T. S/ GUARDA**" (**EXPTE N° 78484/2016**), oportunidad en que fueron abordados similares antecedentes y fundamento de derecho, haciéndose lugar al pedido de homologación de un acuerdo por el que se delegaba el ejercicio de responsabilidad parental, oportunidad en que adherí al voto preopinante de la Dra. Pamphile.

**IV.-** Por todo lo expuesto, propiciaré al acuerdo que se revoque la decisión de grado, y se haga lugar a la pretensión, concediendo la guarda de la menor C.N.H.M. a su abuelo Sr. J. D. H. a los fines solicitados, esto es, con fines asistenciales de tal forma de obtener su incorporación a la obra social.

**El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:**

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

**RESUELVE:**

**1.-** Revocar la resolución dictada a fs. 16/17, y en consecuencia, conceder la guarda de la menor C.N.H.M. a su



abuelo Sr. J. D. H. con fines asistenciales, de tal forma de obtener su incorporación a la obra social, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

**2.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

**Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori**  
Dr. Oscar Squetino - SECRETARIA