



NEUQUEN, 15 de Junio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**R. R. D. A. S/ GUARDA**" (JNQFA1 EXP 69989/2015) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y

CONSIDERANDO:

1. La resolución dictada en la instancia de grado rechaza el pedido de guarda judicial de la niña M.D.A.R.R. que insta su tía materna, M. d. C. C..

En hojas 56 la Sra. C. apela tal resolución y expresa agravios en hojas 58 y vta.

Manifiesta que lo decidido vulnera el interés superior de su sobrina; que su centro de vida se ha establecido en esta Ciudad y que se encuentra integrada a su grupo familiar. Agrega que reconoce en ella una figura de apego.

Refiere que debe tenerse en cuenta que la niña desea permanecer con ellos, así como el impacto que tendrá en su estabilidad emocional la separación de su actual grupo familiar.

Dice que la madre de la menor no está en condiciones de asumir su cuidado. Señala, por último, que con los informes de autos, la conformidad del progenitor y el tiempo transcurrido, ha quedado acreditada la conducta materna abandonica dañosa del interés superior de M.

Sustanciados los agravios con los progenitores de la niña, solo contesta la madre en hojas 62/63 vta. Solicita se declare desierto el recurso y subsidiariamente contesta solicitando el rechazo del recurso.



La Sra. Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente dictamina en hojas 67 propiciando la confirmación de la resolución apelada.

2. De las constancias de autos surge que M. d. C. C. inicia en fecha 15/04/2015 trámite de guarda judicial de su sobrina, M.D.A.R.R., hija de su hermana A. B. R. y del Sr. H. R., conforme acredita con las respectivas actas de nacimiento.

En hojas 20/21 comparece el progenitor de la niña manifestando estar de acuerdo en delegar el ejercicio de su responsabilidad parental en la peticionante, sin perjuicio de su intención de mantener contacto con su hija y de de participar en las distintas actividades de la misma.

En hojas 34 obra constancia de la entrevista personal de la pequeña con el Juez de grado.

Luego, en virtud de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, en hojas 37 se advierte la readecuación del primigenio pedido de guarda a los términos del art. 643 del CCyC como "delegación de la responsabilidad parental", y se ordena citar a la progenitora a fin de prestar conformidad con el trámite, bajo apercibimiento de considerar su silencio como conformidad con el pedido formulado.

Así, la misma toma intervención en hojas 44 y vta. Luego de explicar sucintamente lo acontecido respecto de la niña y de describir su situación actual, solicita el reintegro de la pequeña aclarando que no delega responsabilidad parental alguna en beneficio de su hermana.

3. Preliminarmente, y en atención al pedido de deserción del recurso efectuado por la progenitora de la niña al contestar los agravios, señalamos que los recaudos del art. 265 del CPCC se encuentran mínimamente cumplidos, y que, a fin de preservar el derecho de defensa en juicio, de indudable raigambre constitucional, abordaremos los agravios vertidos.



4. Ahora bien, la regla general sentada en el Código Civil y Comercial (arts. 646, 648 y ss.) es que el cuidado de los hijos corresponde a la madre y al padre, salvo que medien supuestos de especial gravedad (art. 657): "En virtud del derecho de todo niño, niña y adolescente a vivir en un ámbito familiar –de preferencia, el de origen–, consagrado por la Convención de los Derechos del Niño, la prioridad es que los hijos convivan con sus progenitores. Sin embargo, dicha preferencia no es absoluta, ya que ante razones específicas, podrá resultar conveniente, en forma excepcional y para asegurar su superior interés, su separación". (HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián - Directores, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T II, art. 657, Infojus, Buenos Aires, 2015).

Esta Sala, citando a la misma Marisa Herrera, ha sostenido recientemente que "...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."

"...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..." (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/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf), ("J. T. s/ GUARDA" JNQFA4 EXPTE 78484/2016).

Asimismo, 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 dejar 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"), (citado en los autos referidos JNQFA4 EXPTE 78484/2016).



En síntesis, de acuerdo al citado art. 643, en casos excepcionales y cuando el interés superior del menor lo exija, el ejercicio de la responsabilidad parental puede ser delegado a un pariente.

Nótese, entonces, que la petición formulada en el presente no encuadra en tal supuesto normativo, toda vez que - como se indicó- la progenitora de la niña no manifiesta su intención de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en ninguna persona. Por el contrario, expresamente se opone.

Ahora bien, tal como lo indica el Magistrado de grado, el pedido tampoco se enmarca en la guarda prevista por el art. 657 del CCyC.

A diferencia de la delegación por los progenitores, este supuesto se origina en circunstancias de gravedad que tienen que ver con un inadecuado o imposible ejercicio de la responsabilidad parental.

Se funda en supuestos de especial gravedad: se trata de situaciones que exceden las cuestiones puramente domésticas o de provisorio manejo familiar.

En el presente, se desconocen las circunstancias que motivaron la incorporación de la niña en el grupo familiar de la peticionante. Ésta, solamente refirió: "Mi hermana no se encuentra en adecuadas condiciones emocionales para asumir la crianza de M. ..." (cfr. hoja 11) y en el escrito recursivo: "A ello se agrega que la madre de M. no está en condiciones de asumir su cuidado..." (cfr. hoja 58vta.).

Tales extremos no se encuentran fundados ni acreditados, sumado a que luego comparece la progenitora manifestando su interés en hacerse cargo de la niña y expresando claramente que no delega responsabilidad parental alguna en beneficio de su hermana.



En consecuencia, se impone rechazar el recurso de apelación deducido.

5. No obstante ello, no puede desconocerse que la progenitora reside actualmente en la Provincia de San Juan y se desconoce cual ha sido el contacto de la niña con su madre en este último tiempo, por lo que corresponde determinar como se articulará la revinculación de ambas.

Al respecto, se observa que en autos no se cuenta con ninguna evaluación psicológica de la Sra. A. B. R.. Tampoco la misma se ha expedido sobre la escolarización de la pequeña en caso de trasladarla a aquella provincia, aspecto que, si bien es secundario, es importante en la vida de la niña.

Entendemos, por lo tanto, que la progenitora y la niña deberán ser evaluadas psicológicamente por el Gabinete Técnico, debiéndose llevar a cabo una primer entrevista vincular.

Cumplidas estas medidas, y las que el magistrado pueda considerar que son necesarias para mejor resolver la situación aquí planteada, salvo opinión profesional fundada en contrario, se arbitrarán las acciones necesarias para que la niña se traslade a vivir con su madre.

Y es que debe destacarse, como indica Mizrahi que "En toda comunicación materno o paterno-filial, en lugar de hablar de "derechos subjetivos" –muy cuestionada su existencia ya que aquí no debe tolerarse la operatividad de intereses egoístas– lo que realmente está insito en ella, reiteramos, es una función familiar, en consideración a que su objetivo apunta en esencia a atender las necesidades afectivas, educacionales y el desarrollo armónico y equilibrado de la personalidad del niño, resguardando su mundo psicológico y espiritual; y,



precisamente, una buena instrumentación del vínculo hace a la correcta formación y educación de los hijos; y en esta tarea se verifica un indiscutible interés social. Por eso, todas las actuaciones del adulto que lleva a cabo el contacto son funcionales; de manera que sólo pueden ejercitarse teniendo a la vista el fin perseguido, sin que se admita apartarse de él.

El eje delimitador del instituto lo constituye, obviamente, el interés del niño; y ello debe ser así porque dicho interés es la guía medular para el adecuado funcionamiento de aquél. Resulta útil recordar acá la naturaleza del régimen jurídico en análisis, el que está indiscutiblemente gobernado por el orden público, lo que hace que todos los preceptos relativos al niño sean imperativos, irrenunciables, intransigibles e imprescriptibles (art. 2, ley 26061). En resumidas cuentas, las directrices aplicables tienen que estar orientadas a priorizar el favor filii, el pro-filio, o el también llamado bonum minores, el que ha de regir por sobre cualquier otro interés que intervenga en el caso..." (cfr. Mizrahi, Mauricio Luis "Régimen de comunicación de los padres con los hijos", Publicado en: LA LEY 10/03/2014, 1 LA LEY 2014-B, 545 LA LEY 10/03/2014, 1 DFyP 2014 (mayo), 16).

En consecuencia, corresponde desestimar el recurso de apelación deducido y, en los términos indicados, deberán remitirse las actuaciones a la instancia de origen a fin de que se disponga lo necesario para efectivizar las medidas aquí dispuestas.

Las costas de Alzada se imponen en el orden causado atento la naturaleza de la cuestión debatida.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

1. Desestimar el recurso de apelación deducido y, en los términos indicados, deberán remitirse las actuaciones a la instancia de origen a fin de que se disponga lo necesario para efectivizar las medidas aquí dispuestas.

2. Regístrese, notifíquese electrónicamente y vuelvan las actuaciones a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA