

# **de viva voz**

**2018-vol.2**

**issn 2545-8922**

**Asociación de Magistrados y de  
Funcionarios de la Justicia de  
Neuquén**



**AMyF**

**CONSEJO DIRECTIVO AMyF**

**Presidente.** WALTER RICHARD TRINCHERI

**Vice-Presidente.** ELIZABETH GARCÍA FLEISS

**Secretario.** LEOPOLDO SEBASTIÁN GÓMEZ

**Pro-Secretario.** MARÍA GABRIELA ÁVILA

**Tesorero.** HÉCTOR ÓSCAR OSER

**Pro-Tesorero.** LUIS PABLO TRANI

**Staff revista**

**DIRECTOR/COORDINACIÓN GENERAL**

MARÍA LORENA SPIKERMÁN

**COORDINADORES POR MATERIA**

**Derecho Civil y Comercial.** ELIZABETH GARCÍA FLEISS

**Derecho Público.** LUISA ANALÍA BERMÚDEZ

**Derecho Laboral.** FLAVIA CECILIA GARCÍA

**Procesos Ejecutivos.** MARÍA LUCRECIA VARNI

**Derecho Penal.** ALEJANDRO CABRAL

**Derecho de Familia.** VICTORIA PIGNOL – MARÍA GABRIELA ÁVILA

**EDITOR**

ANDRÉS MARTÍN PEDONI

**EDITOR TÉCNICO**

OCTAVIO MARINO PEDONI

**DE VIVA VOZ – ISSN 2545-8922**



**AMyF** Asociación de Magistrados  
y Funcionarios de la Justicia  
del Neuquén

**Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia del Neuquén**

Córdoba 214 - (8300) Neuquén. **Tel.:** (0299) 4481919 **Web:** [www.magisneuquen.org](http://www.magisneuquen.org)

**Correo institucional:** [amyf@magisneuquen.org](mailto:amyf@magisneuquen.org)

**Correo revista:** [revistadelaasociacion@gmail.com](mailto:revistadelaasociacion@gmail.com)

**2018 – Año 2. Volumen 2**

**Neuquén – Argentina**

**DE VIVA VOZ. La revista de la ASOCIACIÓN de MAGISTRADOS y FUNCIONARIOS de la JUSTICIA de NEUQUÉN** tiende a brindar un espacio a los asociados a efectos de publicar sus estudios o posturas jurídico-científicas sobre temas de interés local.

Está dirigida a todos los profesionales que integran la asociación, y por tanto, permite la incorporación de publicaciones de contenido interdisciplinario que tengan relación directa con la labor judicial.

Los artículos y consultas se recibirán en la siguiente dirección de correo electrónico **revistadelaasociacion@gmail.com**

Los trabajos deben observar las siguientes normas de publicación **<https://goo.gl/io7fQb>**

**LOS CONTENIDOS PUBLICADOS EN ESTA REVISTA  
SON RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE SUS  
AUTORES.**

## **Figuras derivadas de la responsabilidad parental. Delegación de la responsabilidad parental y guarda otorgada por el juez en casos excepcionales. Otros tipos de guarda**

*Andrea Silvia Novoa<sup>1</sup> y*

*Maria Victoria Pignol<sup>2</sup>*

Taller de Derecho de Familia

**D**esde la entrada en vigencia del CCyCN, y con él su sistema de responsabilidad parental, los principales protagonistas además del niño, son ambos progenitores sin preeminencia de uno sobre el otro, siendo ellos a quienes incumbe en primer término garantizar el interés superior de aquel, en sintonía con lo previsto por los arts. 5 y 18 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Asimismo, la figura del guardador receptada por el nuevo Código, en sus distintas variantes, adquiere un rol fundamental en la vida del niño que por distintas circunstancias se encuentra privado de los cuidados parentales, regulándose los efectos del instituto, armonizando asimismo con lo previsto por la referida normativa que cuando establece que

*Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad...de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño*

---

<sup>1</sup> Secretaria del Juzgado de Familia Niñez y Adolescencia N 1 de la Ciudad de Neuquén. E-mail: [Andrea.Novoa@jusneuquen.gov](mailto:Andrea.Novoa@jusneuquen.gov)

<sup>2</sup> Secretaria del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N 2 de la Ciudad de Neuquén. E-mail: [pignom@jusneuquen.gov](mailto:pignom@jusneuquen.gov)

de impartirle, *en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.* (Art. 5 CIDN).

El art. 638 CCyCN define la responsabilidad parental como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

Como derivadas de la responsabilidad parental aparecen previstas en el art. 640 CCyCN las siguientes figuras legales:

- a) La titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental.
- b) El cuidado personal del hijo por los padres.
- c) La guarda otorgada por el juez a un tercero.

Esta distinción es clave al momento de analizar los institutos previstos en los casos en los que por diferentes circunstancias, ya sea por acuerdo realizado por los progenitores delegando transitoriamente su ejercicio (art. 643 CCyCN) o por haberle otorgado el juez la guarda en casos de riesgo (art. 657 CCyCN)<sup>3</sup>, ingresa una tercera persona al sistema.

Desde la entrada en vigencia del CCyCN hemos advertido que tanto en las presentaciones realizadas por los abogados, como en los dictámenes de los ministerios públicos y hasta en las propias resoluciones judiciales, en ocasiones se advierte cierta

---

<sup>3</sup> El CCyCN contempla asimismo la delegación de la responsabilidad parental al progenitor afín, en el art. 674, en la que no nos detendremos por exceder del análisis del presente trabajo.

confusión y como consecuencia de ello no existe uniformidad de tratamiento en los casos presentados.

Por ello, el objetivo del presente se centra en definir las posibilidades normativas y con ello determinar en la forma más clara posible, los alcances y efectos jurídicos de cada previsión legal.

## **I.- Titularidad, ejercicio de la responsabilidad parental y cuidado personal**

Entendemos que la delegación de la responsabilidad parental y la guarda otorgada por el juez, pueden interpretarse con mayor claridad desdoblando y definiendo las figuras jurídicas que derivan de esta institución, a saber:

*Titularidad:* La titularidad de la responsabilidad parental refiere al conjunto de deberes y derechos que la norma coloca en cabeza de los progenitores. Ambos, salvo los supuestos de *extinción o privación* (arts. 699, 700 y 703 y cctes. CCyCN), convivan o no y sean matrimonio o no, son titulares.

*Ejercicio:* Importa la *puesta en acto* del contenido de tal conjunto de deberes y derechos, en la toma de decisiones concretas orientadas a la protección, desarrollo y formación integral de los hijos. El CCyCN dispone que el ejercicio de la responsabilidad, es, por regla, compartido entre ambos progenitores, más allá de con cuál de ellos conviva materialmente el/la hijo/a.

Por regla, se presume que los actos realizados por uno de ellos cuentan con la conformidad del otro, salvo para los actos

enumerados en el art. 645 CCyCN para los que se requiere consentimiento expreso de ambos.

*Cuidado personal:* es el conjunto de “los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo” (art. 648 CCyCN) y requiere necesariamente de la convivencia.

El supuesto en que todas las derivaciones se encuentran en cabeza de ambos padres, o de uno de ellos en el caso que exista un solo vínculo filial, no presenta mayores dificultades de interpretación, toda vez que en la misma persona se concentra la titularidad, el ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado personal. Pero los supuestos que generan mayores interrogantes son aquellos donde se produce un desmembramiento en estas figuras.

Tal desglose se visualiza en el caso de delegación de la responsabilidad parental (art. 643 CCyCN), en el que la titularidad es de los padres, pero el ejercicio y cuidado personal recae en un pariente; y en el supuesto de otorgamiento de la guarda a un pariente en casos de especial gravedad (art. 657 CCyCN), en cuyo caso la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental es de los padres, pero el cuidado personal se encuentra en cabeza del pariente.

### **III.- Delegación de responsabilidad parental. El supuesto de guarda previsto por el 643 CCyCN**

La norma establece que

*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 artículo 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 más 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 sólo tiene un vínculo filial establecido.*

Esta figura confiere *facultad* a los parientes delegados a decidir sobre aquéllas cuestiones relacionadas con la vida cotidiana que debido a la convivencia con el niño resulta lógico que sea éste adulto quien las resuelva, tales como a qué escuela asistirá el niño, consultas y tratamientos médicos<sup>4</sup>, suministro de medicación, autorizaciones de viaje dentro del país, salvo aquellas especialmente enumeradas en el art. 645 CCyCN.

Con respecto a estos últimos actos, esto es, salida fuera del país, ingreso a institutos religiosos, casamiento entre 16 y 18 años, autorización para estar en juicio, el guardador sólo podrá autorizarlos siempre que se hubiere previsto expresamente en el

---

<sup>4</sup> Cuando no se trate de adolescentes que puedan decidir por sí de conformidad con lo previsto en el art. 26 CCyCN.

convenio celebrado entre los padres y el guardador y así se hubiere dispuesto en la resolución homologatoria.

En cuanto a las *obligaciones* que asume el guardador, se encuentra la de prestar *alimentos*, sin que ello obste y de ningún modo reemplace la obligación del/los progenitores prevista en el art. 658 y ss. Es que en cierto modo, y de conformidad con lo demostrado por la casuística al momento, en muchos casos las partes acuerdan una cuota alimentaria a cargo del progenitor que delega su responsabilidad parental, de modo que permita al pariente asumir la responsabilidad que quizás de otro modo no podría afrontar.

Otro ejemplo de delegación de las obligaciones es la *administración de los bienes de los hijos*, que el art. 645 inc c) contempla al enumerar los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores, al decir “*excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo*”, pudiendo inferirse de ello que en tales casos alcanzará con el consentimiento del pariente delegado para la validez de los actos de administración del menor, representándolo legalmente.

Refuerza lo dicho hasta aquí la previsión del art. 104 del CCyCN que al definir el instituto de la tutela, describe que tanto en los supuestos de delegación (art. 643), como en el de guarda a un pariente (art. 657), el guardador representa legalmente al niño para los actos patrimoniales.

#### **IV.- La guarda otorgada judicialmente a un pariente: el supuesto previsto en el art. 657 CCyCN**

El art. 657 CCyCN reza:

*Otorgamiento de la guarda a un pariente. En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro periodo igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código.*

*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.*

Esta figura, más acotada y de origen distinto a la de delegación –pero que en algunos caso puede tener los mismos efectos como veremos más adelante–, también confiere facultades y obligaciones al guardador.

La guarda así conferida otorga *facultades* al guardador para la toma de decisiones relativas a la vida cotidiana del niño, remitiéndonos a los ejemplos señalados en el presente al definir la figura de delegación.

En cuanto a las *obligaciones*, asume el guardador todas aquéllas que se relacionan con el cuidado del menor, a

alimentarlo, brindarle educación, garantizar la atención de su salud, sin perjuicio de las obligaciones a cargo de los progenitores –de prestar alimentos por ej.– que también en este caso conservan por expresa manda de la norma, y que derivan de la titularidad de la responsabilidad parental.

Cabe aquí preguntarse ¿Cómo ejerce los derechos y obligaciones derivados de la responsabilidad parental el progenitor del niño que ha sido dado en guarda a un pariente en los supuestos de especial gravedad previstos por art. 657?

Pensemos en un caso en el que el juez decida privar a un padre de los cuidados parentales a través de esta figura como consecuencia de malos tratos ejercidos hacia el niño. Si entendemos de la norma que el pariente cuidador sólo ejerce las funciones de cuidado relacionadas con la vida cotidiana del menor, reservando las decisiones más trascendentales a los progenitores, podrán presentarse situaciones no tan claras en las que será tarea del Juzgador valorar en el caso en particular si se trata de una de esas decisiones que puede tomar el guardador de manera inconsulta, o de aquéllas de importancia tal que quedan reservadas a los progenitores, *excluyendo en todos los casos las enumeradas en el art 645 CCYCN que requieren siempre autorización paterna o en su defecto la venia judicial.*

A pesar que el art. 657 mantiene en los padres el ejercicio de la responsabilidad parental, la circunstancia de que el tercero tenga el cuidado personal del niño ha de significar que aquel ejercicio estará en cierta medida también en cabeza de dicho cuidador, al menos en lo que hace a la vida cotidiana. Por ello, en caso de plantearse conflictos entre el tercero y los padres, o entre

los padres entre sí, entendemos que cualquiera de ellos estará legitimado para acudir a la vía de los arts. 645 o 642 del mismo Código.<sup>5</sup>

Asimismo, en ciertos casos en los que se hubiere suspendido el contacto con los progenitores como medida de resguardo al niño (medida de protección integral), la participación de éstos en las decisiones trascendentales (reservadas solo a ellos conforme lo previsto en el art. 645) se torne dificultosa en la práctica y hasta a veces, aunque factible, desaconsejable. En tal caso, entendemos que de existir controversia será el juez quien lo resuelva otorgando la venia correspondiente de resultar compatible con el interés superior del niño.

#### **V.- La delegación de la responsabilidad parental y la guarda otorgada en casos de especial gravedad. Similitudes y ¿diferencias?**

Del estudio comparativo entre ambas figuras, se advierte que la de delegación importa un desmembramiento cualitativamente mayor de la responsabilidad parental.

Si bien y tal como vimos, los requisitos de procedencia de uno y otro tipo de guarda difieren, tienen un efecto en común dispuesto por el art. 104 un fine, que prevé para ambos supuestos que el guardador es representante legal del niño para los actos de carácter patrimonial.

---

<sup>5</sup> MIZRAHI, Mauricio Luis, *Responsabilidad Parental*, Astrea.

Pensamos que para los restantes actos, el judicante podrá, considerando las características del caso concreto, dotar a los guardadores de facultades especiales de representación, si lo considera más beneficioso al interés superior del niño.

Ello nos lleva a concluir –y más adelante reforzaremos– que los efectos atribuidos a la guarda en uno y otro caso, y con ellos el desmembramiento de las figuras de titularidad, ejercicio y cuidado personal, estarán en muchos casos sujetos a la decisión judicial ó a lo que los progenitores hubieren acordado con el guardador delegado al momento de presentar el convenio.

Esto hace visible la idea de que sin perjuicio de lo establecido en cada una de las normas en relación al “reparto” de funciones, lo cual ha de considerarse un principio general, pueden darse excepciones que modifiquen esta distribución, ya sea por decisión judicial o por acuerdo de partes atendiendo al caso concreto y al mejor interés del niño.

## **VI.- La guarda judicial otorgada a un tercero, interpretación de los art. 640 inc. C, 607 y 702 inc. d CCyCN. ¿Otros supuestos de guarda?**

Además de las figuras de guarda delegada en pariente o progenitor afín y la otorgada judicialmente a un pariente en base al art. 657, que hemos mencionado, entendemos que el CCyCN contempla otras figuras de guarda, que surge de la exégesis de las siguientes normas:

Por un lado, del art. 640 CCyCN, que es el que enumera las figuras derivadas de la responsabilidad parental, en su inc. c

hace mención a la guarda otorgada por el juez a un tercero en forma genérica, sin remitir a las normas que prevén la guarda por delegación de los padres (643 CCyCN) o la guarda otorgada por cuestiones graves (657 CCyCN).

Además, dicha norma no especifica aquí si el tercero designado como guardador debe ser o no pariente, por lo que posibilita al juez acudir a dicha figura y otorgar la guarda a aquéllos que sin revestir la calidad de “parientes” constituyen un referente afectivo para el niño (padrinos, vecinos, amigos de la familia).

Dicha norma –art. 640– conjugada con la del art. 607 CCyCN en su último párrafo, que prohíbe al juez la posibilidad de declarar la adoptabilidad de un niño cuando algún familiar o referente afectivo ofrece asumir su guarda –o tutela–, reafirma nuestra postura acerca de la existencia de un supuesto distinto de guarda a los ya estudiados.

En síntesis, de la interpretación armónica de ambas normas, surge esta herramienta legal de vital importancia para los operadores jurídicos al momento de fundar el otorgamiento de la guarda de un niño a un referente afectivo.

Finalmente, la mención a la guarda otorgada por el juez a un tercero que hace el 640 inc. c), debe conjugarse a su vez, con el supuesto contemplado por el art. 702 inc. d) CCyCN, que prevé *la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental en los casos en que el niño o adolescente se encuentre viviendo con un tercero*, separado de sus progenitores por razones graves según lo establecido en leyes especiales.

Ahora bien. La modalidad de guarda que surge de esta interpretación –distinta a la prevista en el art. 657 CCyCN– puede darse en aquéllos supuestos en los que el juez considere que por algún motivo es necesario conferir al guardador “un margen más amplio de facultades” en las decisiones relativas al niño y en consecuencia otorgarle los efectos previstos en el art. 702 inc. d), esto es, la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.

La mención a leyes especiales remite sin duda, a nivel nacional a la Ley de Protección Integral de Niños y Adolescentes Nro. 26061, y a nivel provincial a la de igual nombre N° 2302 y sus decretos reglamentarios.

Si tal como dijimos, el art. 657 CCyCN mantiene expresamente el ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza de los progenitores, ¿existe contradicción o incompatibilidad entre ambas normas?

Consideramos que la respuesta es negativa. Porque repensando el sistema en forma integral, podemos afirmar que ante el caso concreto y motivado por las circunstancias especiales que lo nutren, el juez se encuentra habilitado para otorgar una guarda a un tercero que: a) que permita mantener el ejercicio de la responsabilidad parental a los padres (art. 657) ó b) permita suspender su ejercicio (art. 702).

Cuando el juez –tras el dictado de una medida excepcional– confiere la guarda del niño a un tercero, con la intención que los padres mantengan el ejercicio de la responsabilidad parental, deberá encuadrar dicha guarda en la prevista por el art. 657 indicándolo expresamente en la



interlocutoria respectiva. Caso contrario, ha de regir la norma general del art. 702 inc. D del mencionado código, que determina para estos supuestos la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental mientras el niño continúe al cuidado de un tercero. En cambio, si el judicante dispone la medida echando mano al 657, tal suspensión no acontecerá. Es que esa norma en su última parte establece que la entrega del niño lo será “*sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de la titularidad y ejercicio.*”<sup>6</sup>

Entendemos que el juego entre las distintas normas estudiadas habilita al juez a brindar respuestas adecuadas al caso concreto, facultándolo a optar por la figura que brinde la mayor tutela al caso, dotándolo de las herramientas para “armar la figura legal” que mejor se adapte a la situación del niño y su entorno, sin necesidad de encasillar todas las dinámicas familiares en dos normas estáticas.

Es que en el dictado de las resoluciones judiciales la interpretación de las normas mencionadas da un margen de actuación al juzgador según el caso y las circunstancias en la inteligencia de que es un garante de la preservación de los derechos y garantías.

Esta facultad puede ser interpretada analógicamente con la del art. 621 CCyCN en materia de adopción, en cuanto a la posibilidad de flexibilizar los tipos adoptivos cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados y con soporte constitucional en el interés

---

<sup>6</sup> MIZRAHI, Mauricio Luis, *Responsabilidad Parental*, p. 462.

superior del niño (conf. art. 3 CIDN; art. t. 3° de la Ley Nacional 26.061; art. 3 Ley Provincial 2302 y cctes.).

A continuación se advertirá la importancia que tiene la elección de la figura legal y los efectos otorgados por el juez conforme las posibilidades normativas a su alcance.

Pensemos el caso de un niño separado de sus padres por causas de violencia muy grave hacia su persona, al punto de existir una causa penal por lesiones. Si el juez otorga la guarda en los términos del art. 657 CCyCN obligaría al guardador tener que acudir permanentemente a los progenitores o solicitar autorización judicial, ante cada decisión cotidiana que exceda de aquellas relativas al cuidado personal.

Si bien en ambos tipos de guarda el tercero es representante legal del niño en cuestiones patrimoniales (Art. 104 in fine CCyCN), el hecho de que los padres conserven el ejercicio de la responsabilidad parental en la guarda prevista por el 657 CCyCN, puede generar confusión y falta de certeza en muchos actos jurídicos, en relación a su validez, dependiendo de quién intervenga en el mismo.

En algunos casos esto se puede evitar facultando al guardador a ejercer la responsabilidad y su cuidado personal, asimilándolo en cuanto a su efectos a las facultades del tercero delegado en los términos del 643 CCyCN, que lo faculta además a administrar los bienes del niño.

Otra diferencia que advertimos como esencial, es que la guarda del niño a un pariente o tercero otorgada con los efectos del art. 702 inc. d CCyCN habilita el instituto de la tutela, una vez vencido el plazo de vigencia de la medida (art. 703).

Recordemos que el Código vigente describe a la tutela como la figura de protección de niños y adolescentes cuando no haya nadie que  *ejerza* la responsabilidad parental.

Si el efecto de la guarda conferida a un tercero es suspender de pleno derecho la responsabilidad parental, podemos afirmar que vencido el plazo de vigencia de la guarda sin que se hubiera modificado la situación que le dio origen, queda preparada la vía para tramitar la tutela.

El código derogado preveía el instituto de la tutela para niños que no estén sujetos a patria potestad, y en la práctica se otorgaba un vez que se privaba a los padres de la patria potestad o se extinguía en los supuestos previstos (fallecimiento, condena por delito contra la persona del hijo, descuido, abandono, etc.).

La nueva normativa, a nuestro modo de ver, resulta más favorable al interés de los niños, a los efectos de regularizar su situación jurídica. En relación a los progenitores, no les causa afectación puesto que la suspensión del ejercicio puede ser dejada sin efecto si desaparecen las circunstancias que le dieron origen.

Podemos concluir, a modo de propuesta, la necesidad de capacitar a los operadores del derecho en la temática y desde la judicatura, implementar –como buena práctica judicial– que el juez en sus resoluciones debidamente fundadas en derecho, determine cuales son los efectos que tendrá la guarda conferida y especifique –con la mayor precisión que los elementos de la causa le permitan– los actos para los cuales el guardador está facultado, cuales son los que requerirán el consentimiento de los progenitores, y cuales los que deberán contar con autorización

judicial, además de fijar el plazo de duración de la guarda a modo de dejar expedida la vía de la tutela en los casos pertinentes (art. 104 y 703 in fine CCyCN).

Todo ello, a los efectos de brindar mayor seguridad jurídica a los sujetos intervinientes en el caso, evitando así la continua judicialización y solicitudes de autorizaciones judiciales para cada gestión.

A nuestro modo de ver, esta interpretación es compatible con el interés superior del niño, traducido en su mayor beneficio y que se encuentra en el cabal cumplimiento de tres premisas: 1) el principio de efectividad, 2) la protección especial y 3) la actuación oficiosa de la judicatura (art. 709 CCyCN).

Esta ardua tarea del judicante consiste en brindar celeridad y concentración a los procesos en lo que se debatan cuestiones atinentes a la vida de los niños a los efectos de lograr seguridad jurídica sin menoscabar otras garantías constitucionales de los involucrados, como el debido proceso y el derecho de defensa, armonizando los derechos que pueden entrar en tensión.

Todo ello, a fin de cumplir con el mandato de la CIDH que establece que todos los procesos administrativos y judiciales relativos a niños y adolescentes deben tratados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades, toda vez que el mero transcurso del tiempo y la consecuente dilación de los procedimientos, podría determinar el carácter irreversible o irreparable de la situación de hecho y volverse perjudicial a los intereses del niño.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> CIDH, 27/04/12, Fornerón e hija c/ Argentina LL2012 E 253.

## **VI. 1) Bloque de constitucionalidad que enmarca esta interpretación**

Consideramos que esta interpretación normativa dará respuestas más afines al “bloque de la constitucionalidad federal”, tendiente a acercar estas figuras a la doctrina internacional de los derechos humanos que surge de los tratados internacionales y de la interpretación de la CIDH

La tutela judicial efectiva es una garantía del debido proceso adjetivo que emerge del art. 18 de la Constitución Nacional y los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y referida a niños y adolescentes, tiene que ver con *lograr la preeminencia de su interés superior* (art. 3 .1 Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 1 y 3 ley 26.061 y art. 706 inc. C CCyCN).

Ya lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el acceso a la justicia es una norma imperativa de derecho internacional que obliga a los estados a no interponer obstáculos para que tenga efectiva operatividad. En tal virtud, es cierta la afirmación de que la tutela judicial efectiva tiene que traducirse en resultados útiles, concretos y perceptibles.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Rosales Cuello. Marino, regulación legal de la tutela judicial efectiva y el debido proceso. LL2014. E. 880.

## VII.- Algunos casos presentados ante los Tribunales de Familia de la Ciudad de Neuquén

Creemos apropiado a fin de reforzar nuestro trabajo, citar brevemente algunos casos presentados en los Tribunales, cuyos decisorios fueron revocados por la Exma. Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Neuquén, y un último caso que aún no se encuentra firme al momento de realizar el presente.

En autos “*T.J. s/Medida de Protección de Derechos del Niño y Adolescente*”<sup>9</sup>, en los que el juez, luego de hacer lugar a la externación de una adolescente de 17 años con su hermana, propiciada por la Defensoría de los Derechos del Niño, decidió otorgarle a ésta la guarda judicial con fundamento en lo dispuesto en el art. 607 CCyCN último apartado, determinando, además de los deberes que asumía en virtud de la misma, los actos para los cuales la guardadora requeriría de expresa autorización judicial y dotándola, con apoyo a lo dispuesto en el art. 104 CCyCN, de facultades de representación legal para los actos de índole patrimonial.

Para resolver, el Tribunal entendió que “En atención a la especial situación de la adolescente, quien en la actualidad se encuentra privada de cuidados parentales por haber fallecido sus padres,... resulta necesario el encuadre legal de la guarda que se le confía, y brindar una solución legal que contribuya a definir su situación jurídica.”

---

<sup>9</sup> Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 1 de la Prim. Circ. De la Provincia de Neuquén; “*T.J. s/Medida de Protección de Niños y Adolescentes*”, Expte. 77882/16, 22/05/2017.

Luego de recordar el concepto de interés superior del niño sostenido por la CSJN, remarcó la misión específica de los tribunales en cuestiones de familia que 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 que el interés del menor es lo que debe presidir la interpretación de la ley.”

Asimismo consideró que

*por aplicación de lo dispuesto en el último apartado del art. 607 CCYCN, la declaración de adaptabilidad de J.T no parece ser una alternativa en la actualidad, toda vez que su hermana ha manifestado su intención de asumir la crianza de la joven, y resultando de las evaluaciones realizadas que dicha alternativa de cuidado y convivencia, resulta la solución legal más adecuado al interés superior de la misma... ”; “...corresponde otorgar a la A.M la guarda de su hermana J.T, asumiendo a su respecto el deber de cuidarla; convivir con ella; prestarle alimentos; educarla; considerar sus necesidades de acuerdo a sus características psico-físicas y desarrollo madurativo...; respetar su derecho a ser oída y a participar en el proceso educativo y en todo lo referente a sus derechos personalísimos; orientarla para el ejercicio de sus derechos; facilitar el contacto con su familia, parientes o personas con quienes tenga un vínculo afectivo... y todo lo que tenga relación con las actividades de su vida cotidiana...*

Por último, aclaró que para los actos que enumera el art. 645 CCyC, y que requieren el consentimiento expreso de ambos progenitores debería la guardadora requerir autorización judicial, mientras que para las cuestiones de carácter patrimonial, por aplicación de lo dispuesto por art. 104 CCyCN, le otorgó facultades de representación legal de la joven.

En los autos “*J. T. s/ GUARDA*”<sup>10</sup>, la magistrada desestimó el pedido de homologación del acuerdo de delegación del ejercicio de la guarda a favor del abuelo, efectuado de conformidad a los términos del art. 643 del CCyC para poder incorporar al niño en su obra social.

Consideró que la delegación es de carácter excepcional, que no se encuentran reunidos los requisitos de procedencia en tanto la madre no ha acreditado una imposibilidad para el ejercicio de la responsabilidad parental, más allá de la desocupación y del carácter de estudiante y madre. En cuanto a la finalidad perseguida, inclusión en la Obra social, entendió que el niño podría ser incluido como adherente, sin necesidad de revestir el cargo de guardador. Considera que tampoco se encuentran reunidos los recaudos previstos en el 657 del CCyC.

Contra tal resolución apelan la madre y el abuelo. La Sra. Defensora de los Derechos del niño propició que se confirme la providencia en cuestión.

La Sala I de la Cámara de Apelaciones de Neuquén, en fecha 20 de diciembre de 2016, con opinión dividida, REVOCA el fallo en base a los siguientes argumentos:

---

<sup>10</sup> Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 4, “J.T. s/Guarda” Expte. 78484/16.



1) Que la interpretación efectuada no es la que mejor se compadece con el interés superior del niño, citando a la CSJN en esta definición.

2) Cita un precedente similar anterior al CCyCN donde se mencionó que el objetivo del caso tendía hacia la integración familiar. Se interpretó 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 y tendiente al desarrollo integral de la niña.

3) 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 Apel. Civil, Com. Lab y de Min. de Santa Cruz, R. S., S. A. • 06/04/2005 Publicado en: LLPatagonia 2005 (agosto) , 1177 Cita online: AR/JUR/1554/2005).

4) Que trasladados los conceptos al caso analizado, entiende 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.

5) 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).

El voto mayoritario ordenó a la magistrada a disponer –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.

La disidencia; considero que el fallo se ajustó a derecho, con los siguientes argumentos:

1) “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”;

2) 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*”

3) Adhiere al dictamen de 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.*

Otro antecedente se presentó en autos “*H.M.C.N. S/GUARDA*”<sup>11</sup>, resuelto por la Sala III de la Exma. Cámara en fecha 2 de febrero de 2017. Los hechos relevantes: fue solicitada como guarda asistencial por un abuelo, en relación a una niña de pocos meses de vida que debía ser intervenida en forma urgente en Buenos Aires por una patología grave (gastrosquitis). La beba es hija de su hija adolescente de 16 años respecto de quién el peticionante ejerce la responsabilidad parental, y de un joven de 18 años recién cumplidos, sin trabajo.

Cabe mencionar que el peticionante solicitó directamente *una guarda asistencial*, con la anuencia de ambos padres quienes firmaron el escrito.

La jueza de primera instancia –en fecha 15/09/16– analizó las figuras previstas en el código bajo los arts. 643 y 657 CCyCN, opinando que la situación no encuadra en ninguno de los presupuestos de su admisibilidad. Concluyó que se trata en definitiva del contenido o las consecuencias jurídicas de las medidas excepcionales previstas por el art. 39 de la ley 26.061,

---

<sup>11</sup> Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 4 de Neuquén, Expte. 78355/16.

situación que no se condice con el caso de marras, ya que no se ha acreditado la existencia de un impedimento que obstaculice el pleno ejercicio de la responsabilidad parental por la progenitora.

La Sala III, citó el caso que comentamos resuelto por la Sala I y revocó la decisión, *otorgando una guarda con fines asistenciales*.

Es importante destacar que la Cámara de Apelaciones vuelve a la antigua creación pretoriana de las “guardas asistenciales”, no habiéndose encuadrado en ninguna norma, sino en la guarda peticionada. *Los argumentos*: Antecedente mencionado de la Sala I.; 2) Interés superior del niño, riesgo a la salud y a la vida, necesidad de incorporación a la obra social de su abuelo para la intervención quirúrgica indicada. 3) Situación de los progenitores, desempleo, madre menor de edad.

De la información recabada en los Juzgados de Familia de la Ciudad de Neuquén, surge que los acuerdos de delegación de responsabilidad parental (643) con el único fin de incorporar a los niños a la obra social del delegado, han sido mayoritariamente rechazados.

Creemos que la figura de la delegación del ejercicio, con el único propósito de obtener cobertura médica resulta desproporcionada, porque tal como lo desarrollamos en la primera parte de este trabajo, importa una cesión muy importante por parte de los padres en relación al guardador, un desmembramiento que en la mayoría de los casos es simulado, porque los niños continúan bajo el cuidado y protección de sus padres.

Si bien los abuelos tienen obligación alimentaria subsidiaria, en estos casos tan claros, debe mantenerse la prudencia para no afectar el derecho de defensa de las obras sociales, máxime si la figura de “adherente” constituye una alternativa, o en todo caso es el Estado quien debe dar respuesta contemplando dichas situaciones, y no el órgano judicial.

Distinta es la situación que se presenta en el caso como el comentado, en el que tanto la niña como su madre adolescente, se encontraban bajo el cuidado del abuelo peticionante de la guarda. Situaciones como estas deben ser analizadas con especial cautela de modo de conceder la guarda pretendida, cuando surge de los elementos reunidos, que el peticionante que convive con el niño (y su madre o padre) ejerce un rol de protección especial, una asistencia, un cuidado, sin remover a los padres que tienen la titularidad, el ejercicio de la responsabilidad parental y también el cuidado personal del niño.

Creemos que ésta es la solución que más se ajusta el principio de realidad, la menos perjudicial para los derechos de los progenitores que se encuentran en ejercicio de la responsabilidad parental, y por otro lado, la que más se ajusta a la satisfacción de los intereses del niño.

### **VIII.- Algunas conclusiones y propuestas**

\* No existe contradicción entre las normas del art. 657 y 702 CCyCN. Los efectos atribuidos a una y otro tipo de guarda, y con ello, el desmembramiento de las figuras de titularidad, ejercicio y cuidado personal, estarán en muchos casos sujetos a la decisión

judicial ó a lo que los progenitores hubieren acordado con el guardador delegado al momento de presentar el convenio.

\* El juego normativo entre las distintas normas estudiadas –art. 643, 657, 607, 702 y 104– habilita al juez a brindar respuestas adecuadas al caso concreto, confiriéndole herramientas para “armar la figura legal” que mejor se adapte a la situación del niño y su entorno, bajo el principio de realidad, y a la vez, a garantizar la tutela judicial efectiva.

Esta interpretación es compatible con el interés superior del niño, traducido en su mayor beneficio y se encuentra en cabal cumplimiento del principio de efectividad, la protección especial y la actuación oficiosa de la judicatura.

\* Se impone la necesidad de capacitar a los operadores del derecho en la temática. Asimismo, a modo de propuesta como buena práctica judicial, sería de gran utilidad que en las resoluciones judiciales el juez determine los efectos que tendrá la guarda conferida y especifique con la mayor precisión posible los actos para los cuales el guardador está facultado, los que requerirán el consentimiento de los progenitores, y los que deberán contar con autorización judicial.

Llegando al final de este trabajo, podemos decir que a pesar del tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, debemos reconocer que la regulación de los distintos tipos de guarda y sus efectos ha venido a dar respuesta a situaciones antes no contempladas aunque a tenor de verdad, es un tema que sigue planteando muchos interrogantes entre los operadores del derecho. En ese contexto, el desafío de hoy se centra en la tarea de armonizar las normas en juego, de

manera coherente con la constitucionalización del derecho privado contemplada en el art. 2 del CCyCN, despojándose de interpretaciones ceñidas y estáticas, de manera tal de brindar respuestas adecuadas al caso concreto que garanticen el principio de tutela judicial efectiva.

A modo de conclusión nos permitimos citar las palabras del Dr. Morello en relación a la necesidad e importancia por parte de los operadores del derecho de realizar una continua revisión normativa.

*...El derecho -como la vida- es fluyente, se va haciendo hacia delante, es mutable, inteligentemente adaptable a los cambios razonables; no comulga con posturas herméticas, absolutas, diseñadas de una vez y para siempre, con vocación de eternidad. Por el contrario, busca siempre otras alturas, modernas, progresistas a problemas del hoy. No se amarra al pasado ni le gusta quedar anclado en el presente. Dialoga y sirve a su tiempo, pero no paraliza lo nuevo, lo que ya viene y, acaso, reclame otra lectura de esa inédita realidad....<sup>12</sup>*

---

<sup>12</sup> MORELLO, Augusto M., *La justicia de frente a la realidad*, Rubinzal Culzoni. Santa Fe 2002.