



NEUQUEN, 13 de junio de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**A. M. A. S/ GUARDA**", (JNQFA4 EXP N° 67223/2014), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dr. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte actora planteó recurso de apelación contra la sentencia de fs. 78/79 vta., que rechaza la demanda, con costas al vencido.

a) El recurrente se agravia, en primer lugar. Por lo que considera un apego irrazonable al principio de congruencia.

Dice que la a quo rechaza la demanda por cuanto al promoverse el pedido de guarda se manifestó que la progenitora estaba de acuerdo con el trámite y hoy, luego de tres años, esa situación no es así.

Entiende que la jueza de grado no ha advertido que lo que pretende su parte es la guarda de la menor, con o sin asentimiento de la madre, soslayando el bienestar de la niña y otorgándole prioridad al acuerdo de la madre.

Considera que la jueza de grado debió flexibilizar el principio de congruencia y aún, apartarse del mismo, para priorizar el interés superior de la niña, quién convive con el actor y su familia desde hace tres años de modo satisfactorio, a la luz de los distintos informes agregados a la causa.

Señala violaciones a la ley 26.061 en las que incurre el fallo apelado.



También formula agravio porque en la primera instancia se ha omitido escuchar a la menor.

Denuncia que existe un apartamiento de la disposición del art. 657 del Código Civil y Comercial, norma que no exige, a efectos de otorgar la guarda a un pariente, el consentimiento de la progenitora, sino evaluar la situación de gravedad para la niña.

Recuerda que M. presencié el momento en que madre matara a su padre, y desde esa oportunidad no ha vuelto a tener contacto con la progenitora, salvo en alguna ocasión; que la niña ha estado concurriendo a terapia para sobreponerse a lo vivido, circunstancias éstas que, a criterio del apelante, no fueron consideradas en la sentencia de primera instancia. Cita jurisprudencia.

Señala que la a quo tampoco ha analizado la totalidad de la prueba, la que fue efectuada en el ámbito del gabinete interdisciplinario, desinteresándose, además, del informe arrojado al expediente por la psicóloga tratante de M., por el solo hecho de no estar ofrecido como prueba.

Sigue diciendo que de las pruebas surge la necesidad de proteger a la menor y la suficiencia del actor para hacerlo.

Reseña lo dicho por la psicóloga tratante en sus informes.

b) La madre de la niña contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 86/89.

Dice que el memorial no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados.

Señala que con el progenitor de la niña ha vivido situaciones de violencia física y psicológica extremas, y que



en uno de esos momentos terminó con su vida, quedando detenida en la Unida Penal n° 5 de la ciudad de Cipolletti, con condena de prisión, encontrándose desde el mes de agosto de 2014 en libertad condicional, en tanto que el cumplimiento de la pena se agota en agosto de 2017.

Dice que cuando el actor queda al cuidado de M. fue en el momento de su detención, en una situación extrema, ya que no tenía otro familiar que pudiera asumir dicho cuidado.

Agrega que ahora, encontrándose en libertad condicional puede asumir el cuidado de su hija, lo que fue manifestado en reiteradas oportunidades al actor.

Entiende que la pretensión del actor no se condice con las medidas excepcionales previstas en el art. 39 de la ley 26.061, ya que ha cambiado la situación de la madre, quién se encuentra en condiciones de criar a su hija y cuenta con el espacio adecuado para vivir con ella.

Reitera que la niña no tenía otra opción en su momento que vivir con su tío y su familia, y destaca que fueron víctimas de violencia familiar por parte del padre de la menor, lo que desencadenó la muerte de aquél.

Afirma que la jueza de grado ha tenido en cuenta el interés superior de M. y que el supuesto de especial gravedad había cesado.

Sostiene que en el momento en que se desencadenó la tragedia es lógico que su hija necesitara de ayuda psicológica y que un informe de esa materia iba a referir vivencias de ese momento, comprendiendo que es claro que su hija tuvo que pasar por un período difícil, pero ello no obsta a que hoy pueda asumir su cuidado y que M. se vincule con su familia extensa.



c) A fs. 100/105 obra dictamen de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente.

Advierte que la jueza de grado ha prescindido de ordenar la oportuna intervención de ese Ministerio Público, habiéndose producido un cúmulo de actos procesales -entre ellos la resolución en crisis- sin la intervención complementaria que prevé el art. 103 del Código Civil y Comercial.

Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de esta Cámara de Apelaciones; doctrina y las reglas de Brasilia.

Dice que necesariamente debe ponderarse adecuadamente en el caso de autos que beneficios y/o perjuicios trae aparejado el pedido de nulidad de todo lo actuado.

A tal fin realiza una síntesis de lo actuado en autos, concluyendo en que resulta innegable que ante el fallecimiento de su padre y la privación de libertad de la progenitora de la niña, el encuadre elegido por la actora resultaba adecuado, pues se encuentra comprendido dentro de la normativa del art. 657 del Código Civil y Comercial, por revestir un supuesto de especial gravedad que requiere definir la situación de la niña mediante una institución que faculte al tío a adoptar decisiones relativas a la vida cotidiana de M.

Entiende que resulta imprescindible atender a la evaluación psicológica de M. obrante a fs. 68/71, la que señala que presenta un desarrollo acorde a su edad cronológica, desde el punto de vista emocional, conductual y cognitivo; situación posibilitada por los aspectos protectores, y sólidos vínculos familiares establecidos desde 2014, que le han brindado estabilidad, organización, pautas



claras y mantenidas, educación, y vinculación con otros familiares. Concluye la profesional actuante en que la niña ha internalizado a esta familia con roles y funciones específicas, avalados y reconocidos por ella misma.

Destaca del informe psicológico que la posible restitución a la madre constituye un importante estresor, produciendo un elevado monto de angustia, temor a que se la lleven por la fuerza y limitación de sus actividades fuera del hogar.

Señala que M. ha manifestado a su psicóloga que no quiere ir a vivir con su mamá.

Transcribe parte del informe que refiere al vínculo materno con la niña.

Afirma que las conclusiones profesionales resultan determinantes, ya que ellas describen que el vínculo materno-filial se quebró traumáticamente en el momento del homicidio; y advierten sobre las dificultades maternas para registrar las necesidades de su hija.

Cuestiona la fundamentación de la decisión de la a quo, sosteniendo que lo que se ha modificado es el ordenamiento jurídico a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial, hecho que escapa a la voluntad del peticionante, quién debió, a pedido de la magistrada de grado readecuar su presentación en los términos del art. 657 del Código Civil y Comercial, ello pese a que las circunstancias determinantes, tanto al inicio, como con posterioridad a cumplir el requerimiento judicial, siempre han sido las mismas.

Insiste en que nunca se ha escuchado a la niña, y que se ha omitido toda consideración al interés superior de la niña; a la vez que se ha omitido también la intervención de esa Defensoría.



Se exploya respecto del interés superior del niño.

Destaca que la niña de autos está siendo cuidada y criada por sus tíos, quienes forman parte de su familia extensa, por lo que al permanecer con ello se cumple también otro de los principios fundamentales que es que los niños permanezcan dentro del grupo familiar.

Considera que la jueza de grado se desentiende de estos principios, manteniendo una situación de hecho, tornándola irregular, ya que la niña continúa viviendo con sus tíos, sin tener ésta ni los peticionantes una respuesta jurisdiccional acorde a su situación, colocándolos en un limbo de inseguridad jurídica, que les impide desarrollar una vida normal.

Solicita que se declare la nulidad de la resolución dictada en primera instancia, confirmando las actuaciones anteriores, y solicita que se cite a M. para ser escuchada en esta instancia.

d) A fs. 115 obra acta de la audiencia celebrada en esta Cámara de Apelaciones con el objeto de oír a la niña de autos, oportunidad en que la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente acompaña el informe de fs. 110/114, del que se corriera traslado a las partes, el que fue contestado solamente por la madre de la niña a fs. 119/vta.

II.- Primeramente advierto que los agravios formulados por el peticionante de la guarda reúnen los recaudos del art. 265 del CPCyC, por lo que no corresponde declarar la deserción del recurso.

III.- Varias son las cuestiones que suscita el caso traído a conocimiento de la Alzada.



En primer lugar, asiste razón a la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente respecto de que se omitió, en la instancia de grado, otorgarle la participación prevista en el art. 103 del Código Civil y Comercial, debiendo llamarse la atención al juzgado de origen sobre la necesidad de cumplir escrupulosamente la manda legal que determina la intervención necesaria del Ministerio Público en todos los procesos que involucran o afectan a personas menores de edad.

Sin embargo, de ello no se sigue la nulidad de la resolución recurrida.

En efecto, el mismo art. 103 del Código Civil y Comercial señala, en su inciso a), que cuando la intervención del Ministerio Público es complementaria, la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.

En autos, la intervención que debió tener la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente en el proceso era complementaria, conforme lo reconoce el mismo Ministerio Público.

Ángeles Burundarena señala que la intervención del Ministerio Público es representativa, de orden legal, de carácter necesario, es de control en el ámbito judicial para el ejercicio de la responsabilidad parental, y en el caso de los supuestos contemplados en el inciso a) del art. 103, resulta complementaria a la actuación de los representantes legales individuales. Por tanto, continúa la autora citada, en el supuesto del inciso a) señalado, su representación es complementaria a la de los padres, tutores, guardadores o curadores (cfr. aut. cit., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. I, pág. 456).

Agrega la autora que vengo citando que la sanción de nulidad prevista por la ley ante la falta de intervención



del Ministerio Público, sea en su actuación complementaria o principal, es de carácter relativo, porque puede ser confirmada: de haberse realizado actos disvaliosos para los intereses del niño o niña, y habiéndoles causado perjuicio la omisión de intervención, corresponde declarar su nulidad, pero si los actos del proceso realizados sin su intervención han sido favorables para la prosecución de las actuaciones y para el interés de la persona menor de edad, ningún sentido tiene oponer la nulidad, porque no se deriva perjuicio alguno para aquella (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 457).

Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel F. Molina de Juan también se pronuncian favorablemente por la atribución de carácter relativo a la nulidad que acarrea la omisión de intervención del Ministerio Público. Señalan estas autoras que el argumento del carácter relativo de la nulidad ha sido utilizado por un fallo dicado por la Cámara Civil y Comercial de Corrientes (autos "H., A.V.A. s/ medida cautelar", sentencia del 1/9/2015), que confirmó una medida de protección hacia una mujer anciana por la que se ordenó la exclusión de la vivienda de la nuera y sus hijos menores de edad, rechazando el planteo de nulidad realizado por el Ministerio Público ante la falta de intervención, atento la urgencia del caso y la provisionalidad de la medida (cfr. aut. cit., "La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial", RCCyC 2015, pág. 3).

En autos, dada la necesidad de otorgar una respuesta eficaz y adecuada a la niña, y teniendo en cuenta el tiempo excesivo transcurrido desde que se inició el presente trámite, entiendo que sería más perjudicial para los intereses de M. nulificar la sentencia de grado -único acto respecto del cual se solicita la sanción de nulidad-, y devolver las actuaciones a la instancia de grado para el dictado de un



nuevo resolutorio, que abordar la apelación planteada por el peticionante y resolver en definitiva.

Tengo en cuenta para arribar a esta conclusión, además de los motivos invocados en el párrafo anterior, que en esta instancia se le ha dado la debida intervención a la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, y que se ha escuchado a M.

Consecuentemente no se hace lugar al pedido de nulidad del fallo de primera instancia.

IV.- Luego, ingresando al análisis de los agravios de la parte peticionante de la guarda, adelanto opinión en orden a que el fallo de grado ha de ser revocado.

También en este aspecto asiste razón a la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente respecto a que se imputa al apelante una especie de culpa por el cambio de legislación operado encontrándose en trámite el proceso, y a que no se puede considerar una modificación determinante de circunstancias la libertad condicional de la progenitora, en tanto la situación en base a la cual se formuló el pedido de guarda no ha variado.

El eje del análisis debe ser la situación de M., quién vivenció un hecho traumático que terminó con el fallecimiento de su papá, y la prisión de su mamá. Este hecho sucedió y no puede ser cambiado, y ninguna influencia tiene sobre él la libertad condicional de la madre de M. y su deseo de cuidar personalmente de su hija.

A partir de este suceso traumático la niña se encuentra viviendo con su tío paterno y la familia de éste, con quienes ha establecido estrechos lazos familiares, conforme fue expuesto por M. en la audiencia celebrada en esta Cámara de Apelaciones. Si bien M. sabe que sus tíos no son sus padres, ni las hijas de la tía sus hermanas, de todos modos se



refiere a ellos como papás y hermanas, respectivamente, de modo voluntario y como consecuencia del afecto que les prodiga. Ello se evidenció también en la audiencia celebrada en esta instancia.

Esta contención que ha tenido M. por parte del grupo familiar de su tío paterno se corrobora con los informes periciales de autos.

El informe de la psicóloga tratante de M., de fecha 31 de octubre de 2014 (fs. 19/vta.) da cuenta de la rápida adaptación familiar e inclusión de la niña en las actividades cotidianas, características de apego positivo, contención emocional en los momentos difíciles y desarrollo de lazo afectivo tanto de los adultos como de las otras niñas.

El informe social de fs. 24/25 vta., realizado por profesional del equipo interdisciplinario, señala que M. recibe contención afectiva y material tanto de parte de su tío como de la pareja de éste, apareciendo el primero como un referente protector para la niña.

También el informe psicológico de fs. 41/43, realizado por profesional del equipo interdisciplinario, da cuenta de esta integración de la niña en el núcleo familiar de su tío y propicia la continuación del trámite de guarda, aunque señala algunos aspectos que son negativos (trasplante repentino de la niña de una familia a otra; no propiciar elementos ordenadores del psiquismo de M. al permitir el trato familiar de papás y hermanas al que ya me he referido), los que entiendo poco relevantes dado que no se condicen con la realidad que surge del expediente, ni con las reglas de la experiencia, teniendo en cuenta el hecho que da origen a la convivencia de M. con el grupo familiar de su tío.

Frente a ello, el informe de la psicóloga tratante de fs. 68/71, al que también hace referencia el



dictamen de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, y producido cuando ya se habían realizado encuentros de revinculación con la madre, con resultado negativo, sostiene: *"Tanto la historia de dificultades en el apego como las situaciones de violencia vividas son indivisibles en el psiquismo de la niña. Algo del vínculo con su madre se quebró traumáticamente en el momento del homicidio, por lo cual se podría establecer como pauta de revinculación proponer algunas entrevistas supervisadas a efectos de evaluar las posibilidades de encontrarse entre ambas. En las ya realizadas, quedan en evidencia las dificultades maternas de registrar las necesidades de la niña, mostrando un doble discurso, y de la niña de sentirse segura con su madre que se le presenta como una imagen persecutoria y siniestra. A partir de ello es que se propone suspender dicho forzamiento de retornar a la convivencia con su madre para reevaluar en otro momento de su desarrollo psicosexual, ya que constituiría un retroceso en los avances y la seguridad logrados por M. Otros aspectos importantes observados, son que sería altamente riesgoso el separar a la niña de quienes han cumplido la función de cuidado,..., con quién tiene un vínculo saludable, de apego valorado y avalado por la niña...La niña continúa sosteniendo su negativa a convivir con su madre, a concurrir al domicilio donde reside, a encontrarse con sus hermanos por sentirse en una situación de peligro y amenazada..."*.

Cabe señalar que esta negativa a relacionarse con su mamá fue ratificada por la niña -de 9 años de edad al momento de la entrevista- ante los jueces que integramos esta Sala II, en presencia de la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, habiendo rechazado toda posibilidad de encontrarse con su progenitora (ni siquiera como visitas esporádicas).



Esta situación es la que tenemos en este momento en que se debe dictar sentencia, y ella indica que el interés superior de M. requiere que se le brinde la protección que la niña reclama y la estabilidad junto a su actual grupo familiar.

Es por ello que debe otorgarse la guarda pretendida por el peticionante, con el objeto de garantizar a M. y su grupo familiar seguridad jurídica y una herramienta para que la niña pueda desarrollar normalmente sus actividades cotidianas, concurrir a la escuela, atender a su salud y cuanto es habitual para niñas de su edad.

Jurídicamente la situación de autos se enmarca en el art. 657 del Código Civil y Comercial, entendiendo que se encuentran reunidos los recaudos que la norma establece.

Así, tenemos un supuesto de especial gravedad, dado la muerte del padre a manos de la madre y las consecuencias que este hecho ha producido y produce en la niña, y la existencia de un pariente -tío paterno- que ha asumido el cuidado de M.

Asimismo, y dado lo manifestado por M. en la audiencia celebrada ante este tribunal y lo aconsejado por su psicóloga tratante, considero que no resulta conveniente para la niña relacionarse, por el momento, con su mamá, debiendo suspenderse todo trámite de revinculación materno-filial a la espera que M. se encuentre en condiciones psíquicas de afrontar dicha revinculación, y sin perjuicio que esta cuestión sea abordada en su tratamiento terapéutico con el objeto de posibilitar en el futuro la concreción de un régimen de comunicación con la progenitora.

Finalmente, las objeciones que realiza la madre respecto del informe acompañado por la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente en esta instancia no han



de ser consideradas, toda vez que dicho informe es una copia del que ya se había presentado en primera instancia.

Interesa también destacar, que: "... la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia resultaría desvirtuada si se limitaran a decidir problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda valorar, ente las cuales se sostuvo que al hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego, el niño, que es el sujeto más vulnerable y necesitado de protección, "los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles." (<http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/06/Doctrina2397.pdf> "Guarda a un tercero" - Daniel Lujan).

En el caso, no es posible perder de vista que las actuaciones se iniciaron en octubre del año 2.014 y que a esa fecha se encontraba configurada claramente la situación de gravedad que el artículo 657 del Código Civil y comercial prevé, esto es, la madre de la niña se encontraba detenida por el homicidio de su padre y M. tenía 7 años.

En aquel contexto, la madre presta conformidad a que la niña permanezca con el tío y es allí que prontamente éste inicia el trámite de guarda, acompañando junto a la conformidad de la madre, el dictamen de la psicóloga de la niña.

El transcurso de dos años hasta que se dicta la resolución apelada y la consagración de la nueva normativa civil y comercial llevó por un lado a la readecuación de la



pretensión procesal y por otro, en el plano de la realidad, se fue consolidando una situación de estabilidad emocional de la niña en el núcleo familiar que la acogiera, a la vez que luego su mamá recupera la libertad.

Bajo estas pautas, es cierto que el plazo de un año, prorrogable por otro año más, que establece el artículo 657 del nuevo Código se encuentra largamente cumplido y el riesgo inicial de que la niña fuera institucionalizada podría verse disminuido por el hecho de que su madre ya no está detenida.

Sin embargo, no es menos cierto que el artículo en cuestión establece el plazo de un año presuponiendo una decisión de tipo cautelar urgente y no una decisión que lleve más de dos años de trámite.

No es posible desconocer que el transcurso del tiempo consolidó una situación en la que ahora el riesgo ya no es la institucionalización, sino la alteración significativa de la vida de una niña de 9 años y es esa situación la que me lleva a adherir en este caso a la aplicación de la figura.

En ese sentido encuentro imprescindible que se controle el tratamiento de la niña en cuanto aborde la posibilidad de revinculación con su mamá, ya que no es posible perder de vista que la presente situación es provisoria.

Así, la nueva legislación es clara y contundente al establecer que la figura de la guarda es provisoria y es preciso luego de la prórroga que prevé el artículo 657, resolver la situación jurídica de la niña bajo alguna de las otras figuras que regula el Código, en las cuales la participación procesal de la madre resultará ineludible.

Bajo estas pautas, entiendo que toda la situación deberá re evaluarse en el **mes de noviembre del presente año**, coincidiendo con la finalización del año escolar ya que en



caso de producirse la modificación en algunas de las cuestiones aquí evaluadas para adoptar esta decisión, se podrá establecer una nueva modalidad o una acción legal diversa, resultando carga del actor, la madre de la niña y la Defensora de los Derechos del Niño, peticionar en ese sentido.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el planteo de nulidad formulado por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, y hacer lugar al recurso de apelación de autos, revocar el fallo recurrido y otorgar la guarda de la niña M. A. A. a su tío N. G. A., en los términos del art. 657 del Código Civil y Comercial, disponiendo que en la instancia de grado se expida el pertinente certificado, previa aceptación de la función por parte del guardador designado; y suspender todo trámite de revinculación materno-filial hasta tanto la niña M. A. se encuentre en condiciones psíquicas de retomar la relación con su progenitora.

En atención a las especiales características de estas actuaciones, las costas por la actuación en ambas instancias se imponen en el orden causado (art. 68, 2da. parte CPCyC).

Regulo los honorarios por la actuación en la primera instancia en la suma de \$ 8.000,00 para la Dra. ..., y \$ 4.150,00 para la Dra. ..., de conformidad con lo normado por los arts. 6, 9 y 11 de la ley 1.594, considerando el valor JUS vigente a la fecha del fallo de primera instancia.

Los honorarios por la actuación ante la Alzada se regulan en la suma de \$ 4.250,00 para la Dra. ..., de acuerdo con lo establecido en el art. 15 de la ley arancelaria.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.



Por ello, esta **SALA II**

RESUELVE:

I.- Rechazar el planteo de nulidad formulado por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, hacer lugar al recurso de apelación de autos, revocar el fallo recurrido y otorgar la guarda de la niña M. A. A. a su tío N. G. A., en los términos del art. 657 del Código Civil y Comercial, disponiendo que en la instancia de grado se expida el pertinente certificado, previa aceptación de la función por parte del guardador designado; y suspender todo trámite de revinculación materno-filial hasta tanto la niña M. A. se encuentre en condiciones psíquicas de retomar la relación con su progenitora, de acuerdo a lo explicitado en los considerandos.

II.- Imponer las costas por la actuación en ambas instancias en el orden causado (art. 68, 2da. parte CPCyC).

III.- Regular los honorarios por la actuación en la primera instancia en la suma de \$ 8.000,00 para la Dra. ..., y \$ 4.150,00 para la Dra. ..., de conformidad con lo normado por los arts. 6, 9 y 11 de la ley 1.594, considerando el valor JUS vigente a la fecha del fallo de primera instancia.

IV.- Regular los honorarios por la actuación ante la Alzada en la suma de \$ 4.250,00 para la Dra. ..., de acuerdo con lo establecido en el art. 15 de la ley arancelaria.

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria