



CÁMARA DE APELACIONES DE FAMILIA
PODER JUDICIAL
MENDOZA

Fs. 178

N° 1245/14/6F-595/15

“D.I.N.A.F. POR LOS NIÑOS M., V., Y
N. D. POR MEDIDA DE EXCEPCION
- CONTROL DE LEGALIDAD -”

Mendoza, 28 de junio de 2016.

AUTOS Y VISTOS:

Los presentes autos arriba caratulados llamados a resolver a fs.171 y habiéndose practicado sorteo a fs. 172 y,

CONSIERANDO:

I.- Que corresponde resolver en esta Alzada el recurso de apelación interpuesto a fs. 112 por la Sra. E. C. T. en contra del decisorio recaído a fs.109/110 por el que se otorga la guarda provisoria y en carácter de medida de protección de derechos de los niños V. T. y N. D. M., a su abuela materna Sra. E. I. S., como medida de asistencia y protección, debiendo velar ésta por los intereses morales y materiales de los menores, comprometiéndose a comunicar al juzgado cualquier circunstancia que se produzca con respecto a los niños e intertanto la Sra. S. complete la tramitación de la guarda judicial definitiva. Asimismo se dispone el cese del control de legalidad (resolución de fs. 27) de la medida de excepción adoptada por DINAF respecto de V. y N., de permanencia de los niños con la familia extensa de la línea materna: Sres. E. I. S. y Sr. I. M. T. y su prórroga a fs. 46 y vta., en tanto se ha dado cumplimiento con las previsiones del art. 38 de la ley 26.061, su decreto reglamentario N° 415/06 y art. 6.1 de la Acordada N° 25.501 de la SCJMza.

Para así resolver el juez a quo expresa que, si bien los Estados Partes de la Convención de los Derechos del Niño acordaron, en el art. 1, velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando tal separación sea necesaria en el interés superior del niño, v.gr., en casos de maltrato o descuido por parte de sus padres, en el caso de autos, existe imposibilidad material que los niños sean contenidos por su familia de origen, quienes no se encuentran en condiciones de ejercer adecuadamente su rol filial, por lo que su abuela ha asumido el compromiso moral y material del cuidado filial que estos niños requieren, brindándoles el cuidado, afecto y protección que ellos necesitan para su adecuado y pleno crecimiento y desarrollo personal.

Refiere que los integrantes del Equipo Interviniente (OAL Capital), han solicitado el cese de la medida de excepción dispuesta por ellos, conforme a la



**CÁMARA DE APELACIONES DE FAMILIA
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

evolución favorable del reintegro de los pequeños con su abuela materna, cese que se impone conforme a lo dispuesto por el art. 6 punto 2.1. de la Acordada N° 25.501 de la SCJM, que en su parte pertinente establece que las medidas excepcionales cesan también por resolución judicial que otorgue la guarda provisoria o cuando exista declaración judicial de situación de adoptabilidad.

Entiende que, en función de lo actuado, lo informado por los profesionales intervinientes, lo dispuesto por los art. 104 y 105 de la ley 6354, arts. 1 y 9 de la CDN, resulta oportuno y beneficioso para los causantes, el otorgamiento de la guarda a la abuela materna, con carácter provisorio y como medida de protección de derechos, y el consecuente cese de la medida de excepción dispuesta por la DINAF.

II.- En los agravios expresados a fs. 127/128, la apelante E. C. T. se queja porque -dice- el juez ha sido injusto en sus apreciaciones respecto del grupo familiar conformado por la pareja T.-M. y sus hijos, limitándose en forma burocrática a resolver sólo por informes practicados por la misma entidad que peticiona la medida de excepción, sin conocer la realidad de la familia.

Afirma que no se ha tenido en cuenta ni se ha investigado lo afirmado por su parte en la audiencia de fs. 23/24, que sus hijos son mantenidos en condiciones de limpieza y abrigo lamentables por parte de su abuela y que N. se encontraría desnutrido –lo que apreciaría por su bajo peso para su edad-.

Sostiene que debieron realizarse más entrevistas “de visu” de los interesados para conocer su idiosincrasia, intereses, afectos y defectos en forma personal, a través de una percepción directa, y así observar la interacción entre los padres y sus hijos y muy especialmente entre M. y T..

Aduce que nunca se la interrogó sobre la vigencia o no de su relación con el Sr. J. D. M. P. (quien mayor actividad procesal desplegó para evitar lo resuelto, demostrando que sus hijos le importan y los quiere) y jamás se enteró el *a quo* que la Sra. T. mantiene una relación feliz y armónica con el mismo, la que se evidencia, entre otras cosas, por un embarazo de aproximadamente siete meses de gestación. Resalta que no se ha designado un profesional independiente que abogue en pro del interés y bienestar de los pequeños.

III.- Corrido traslado de la expresión de agravios contesta a fs. 141 el Servicio Legal de Protección de Derechos del OAL Capital, solicitando el rechazo del recurso de apelación.

Expresa que las pericias practicadas por el Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (CAI) son elementos determinantes para la decisión del *a quo*; que sobran elementos probatorios que indican que no hay una relación feliz con el Sr. M.



**CÁMARA DE APELACIONES DE FAMILIA
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

y que indican maltrato y violencia entre los adultos.

En cuanto al argumento de la apelante, relativo a que con su actividad procesal ha demostrado interés por sus hijos, observa el OAL que, para ejercer su rol parental en forma responsable y con interés auténtico, la conducta debida era cumplir con los tratamientos indicados por los especialistas en cuanto a consumo de alcohol y droga.

IV.- A fs.146 contesta el traslado conferido la Sra. E. I. S., solicitando por los motivos que expresa, a los que remitimos *ad brevitatis causa*, el rechazo de la apelación impetrada.

V.- A fs.150 el Ministerio Pupilar reitera lo dictaminado a fs. 107 y solicita se confirme la sentencia de primera instancia, entendiendo que no se ha modificado la situación de los menores causantes respecto a su grupo familiar y que la Sra. E. I. S., abuela materna de los niños, es la persona más apta para el cuidado de los mismos por los antecedentes de autos.

VI.- Ingresando a la consideración del recurso articulado adelantamos nuestra opinión en sentido favorable a la confirmación del fallo apelado.

Previo a ingresar a la consideración de los agravios expresados, resulta necesario efectuar una breve referencia al marco legal aplicable en los casos de guarda de menores.

Antes la patria potestad (art. 265 del Código Civil), hoy la responsabilidad parental (art. 638 CCyC), se presenta como un haz de derechos y deberes que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo para su protección, desarrollo y formación integral, entre los cuales se ubica a la guarda de los hijos.

Para Zannoni, la potestad de guarda no es definible por sí misma, sino a través de los elementos que la integran, de modo que este autor afirma que la guarda presupone el reconocimiento legal de la autoridad de los padres [...] y el derecho-deber de los padres de convivir con los hijos, con la correlativa obligación de éstos de habitar con sus padres. Cafferata y Simler definen a la guarda como el derecho a mantener al hijo cerca de sí, fijando su residencia. Cafferata agrega que la guarda consiste en el contacto inmediato del hijo con el padre, presupuesto esencial para educar y formar al menor. Simler, expresa que el concepto de guarda presenta dos nociones: por un lado el derecho de retención o tenencia del menor y por otro lado, la constatación en virtud de la cual la educación de un menor parece inseparable de la presencia cercana del que deba ocuparse de él (aut. cit. por Pitrau, Felipe, “La guarda de menores”, Revista de Derecho de Familia, 1990-4, pág. 47, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1990). Belluscio la define como el derecho-deber de los padres de tener a sus



**CÁMARA DE APELACIONES DE FAMILIA
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

hijos consigo derivando de él otros derechos-deberes (cfr. Belluscio, Augusto César, “Manual de Derecho de Familia”, tomo II, pág. 300, Ed. Depalma, Bs As. 1995).

La guarda puede aparecer desmembrada de la responsabilidad parental y para autores como Pitrau, en ese caso aparece la figura de la delegación de la guarda que puede ser judicial, administrativa o paterna. Judicial, cuando es el juez quien otorga la guarda en virtud de sus facultades jurisdiccionales; administrativa: cuando quien delega la guarda, con finalidad proteccional, es el órgano técnico administrativo; y delegación directa o paterna: cuando quien ejerce la patria potestad –hoy cuidado personal- decide delegar la guarda de su hijo en otra persona (cfr. Pitrau, Felipe, “La guarda de menores”, Revista de Derecho de Familia, 1990-4, pág. 47, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1990, pág. 57 y ss.).

El CCyC regula: a) la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental; b) el cuidado personal del hijo por los progenitores y c) la guarda otorgada por el juez a un tercero (cfr. art. 640).

Distingue la figura de la delegación convencional del ejercicio de la responsabilidad parental -por convenio, homologado judicialmente entre los progenitores y un pariente (art. 643)-, del otorgamiento judicial de la guarda a un pariente (art. 657).

Y es correcto que así sea, por cuanto sólo los progenitores pueden delegar –en sentido estricto- un ejercicio que detentan, y el juez no delega, sino que otorga la guarda. Evidentemente la terminología utilizada por el nuevo código resulta más adecuada y responde a las distintas situaciones que pueden presentarse.

Dice Bueres al respecto que, “cuando éstos (los progenitores) no puedan asumir dicha responsabilidad, la guarda podrá ser otorgada por el juez a un tercero” (cfr. Bueres Alberto, Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado, Tomo 1, Ed. Hammurabi, p. 431).

A su turno el artículo 657 regula específicamente el supuesto del otorgamiento de la guarda a un pariente: “en supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente...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”.

Si los progenitores no pueden cumplir con las funciones esenciales asignadas por la ley, en cuanto al cuidado personal del hijo, o representaran un riesgo para su normal desarrollo, la medida tutelar de guarda provisoria, aparece como conveniente y adecuada a los fines de reguardar adecuadamente a los menores y, aún



**CÁMARA DE APELACIONES DE FAMILIA
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

cuando el guardador tenga el cuidado de los niños y pueda adoptar las decisiones referidas a su vida cotidiana, los progenitores conservan los derechos y deberes emergentes de la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental.

Así, con relación al artículo 657 del CCyC se ha dicho: “cuando la situación de hecho es de extrema gravedad de tal modo que ninguno de los progenitores puede ejercer el cuidado del hijo de manera satisfactoria, el juez puede otorgar la guarda a un pariente del menor, por un plazo de un año prorrogable por otro año más. Luego de este plazo, si persiste la situación de hecho respecto de los progenitores, el juez debe resolver la situación del hijo mediante otras figuras que se regulan en el CCCN, como, por ejemplo, la privación de la responsabilidad parental o la adopción. El guardador tiene el cuidado del menor y puede tomar las decisiones referidas a su vida cotidiana, pero los progenitores conservan los derechos y deberes emergentes de la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental. Se brinda amparo de este modo al menor en una situación crítica cuando el hijo no puede quedar al cuidado de ninguno de los progenitores, contemplando de manera expresa una alternativa que ya era adoptada en forma judicial” (Bueres, ob cit., pág. 439).

Es que, aún frente a la falta de una norma expresa, los tribunales otorgaban la guarda judicial de los hijos menores a un tercero o pariente y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ha legislado específicamente este instituto, salvando el vacío legal.

Tal como refieren Lloveras, Orlandi y Tavip “se aparta al niño temporalmente de su familia nuclear cuando se verifica que su permanencia en este medio familiar resulta contraria a su interés superior; es decir, cuando la convivencia con los progenitores coloca al niño en una situación de efectiva vulneración (o amenaza de conculcación) de sus derechos fundamentales, o cuando los progenitores por diversas situaciones no puedan hacerse cargo del niño”. Agregan estos autores: “se trata en definitiva del contenido o las consecuencias jurídicas de las mencionadas “medidas excepcionales” previstas por los artículos 39 y siguientes de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, por las cuales un niño permanecerá transitoriamente en medios familiares considerados alternativos” (Nora Lloveras, Olga Orlandi y Gabriel Tavip en “Tratado de Derecho de Familia”, Directoras Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, Tomo IV, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 148).

“Los guardadores designados judicialmente adquieren un estatus jurídico frente a terceros que les permitirá ejercer con mayor eficacia las funciones inherentes al cuidado del niño”. Asumen el cuidado personal del niño o adolescente, estando facultados “para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida



**CÁMARA DE APELACIONES DE FAMILIA
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

cotidiana”. Mientras que la responsabilidad parental queda en cabeza del o de los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio. Es decir que el guardador asume el cuidado personal del hijo que ha recibido en guarda, y los progenitores mantienen la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental, con sus consecuentes efectos” (cfr. ob. cit., p. 151).

Esto sin perjuicio de la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental que, conforme al artículo 702 inciso d), se produce cuando el menor ha sido separado de sus progenitores por razones graves y su cuidado ha sido confiado a un tercero que convive con el menor, por cuanto existe una situación de hecho impeditiva del efectivo ejercicio y, no obstante la subsistencia en todo caso, del deber alimentario, tanto durante la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, como incluso en el supuesto de privación de la misma (cfr. art. 704 CCyC).

Aún en el supuesto de otorgamiento de la guarda a un tercero, la misma lo es por un plazo específico de un año, prorrogable por razones fundadas por otro año más, vencido el cual el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que regula el Código, sea por ejemplo, a través de la privación de la responsabilidad parental (art. 700), de la adopción (arts. 619 y ss.) o de la tutela (arts. 104 y ss.).

En el *sub iudice* se advierte que la guarda ha sido otorgada en forma tutelar y como medida de protección, dentro del marco que conforman los artículos 104 y 105 de la ley 6354, referidos a las medidas tutelares -específicamente este último en su segundo párrafo alude a las medidas respecto de la guarda de menores-, y la Acordada de la Suprema Corte de Justicia N° 25.501, del 27/12/2013.

Esta normativa, en su artículo 6, con relación al cese de la medida excepcional de protección, adoptada en el marco del art. 39 de la ley 26.061, cuyo control de legalidad por vía judicial está previsto en el art. 40 (ley 26.061), contempla, además de las causas de cese automático y de pleno derecho (apartado 6.1.), otras causales de cese, entre ellas, la resolución judicial que otorgue la guarda provisoria del niño, niña o adolescente (apartado 6.2).

Por lo que tenemos en claro que en este caso concreto, la guarda judicial ha sido otorgada como medida tutelar, justificándose su adopción en la primera instancia en un proceso protectorio, caracterizado por la celeridad y la idea de prevención de riesgos como elementos tipificantes, siendo la decisión adoptada provisoria y mutable.

Y dentro de este marco legal y procesal, avizoramos que los agravios esgrimidos ante esta Alzada, no pueden tener andamiaje positivo.

Es que no compartimos la queja de la apelante relativa a que la



**CÁMARA DE APELACIONES DE FAMILIA
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

decisión del *a quo* obedece a una actuación meramente burocrática, ya que, por el contrario, aparece fundada en la numerosa prueba rendida en autos, comprensiva de los informes de los equipos especializados intervinientes y las pericias practicadas a las partes.

Ha existido continua y constante intervención del Órgano Administrativo en la problemática familiar (fs. 10/14, fs. 15/18, fs. 42) y se han evacuado los informes de los equipos interdisciplinarios intervinientes en la problemática de la familia T.-M. (fs. 57, fs. 95).

En el informe glosado a fs. 101//105 se reflejan las múltiples estrategias desplegadas por el OAL, las entrevistas realizadas con la Sra. T., la Sra. S., el Sr. M., con los niños N. y S. T. y las derivaciones del Sr. M. al Hospital Carlos Pereyra.

En la pericia realizada a E. C. T. refiere que el Sr. M. consumiría alcohol y drogas y estaría inmerso en un ambiente conflictivo principalmente de índole delictual lo que se considera un ambiente de riesgo para que el progenitor mantenga visitas con el hijo de un año de edad y lo planteado no sería visualizado por la examinada, es decir, no logra percibir los riesgos a los que su hijo pequeño pueda ser expuesto por el progenitor y esto facilita que sus capacidades para el adecuado ejercicio del rol materno se encuentren debilitadas y la misma presenta limitaciones para ejercer en forma adecuada dicho rol. Continúa la pericia describiendo un funcionamiento de pareja altamente disfuncional donde se han presentado interacciones agresivas, siendo la Sra. T. victimizada y colocada en situación de riesgo físico y psíquico, estando el niño pequeño presente en dichas agresiones, por lo que el mismo ha sido testigo de la violencia a la que su madre ha estado expuesta (cfr. fs. 87/88).

La Sra. T. es nuevamente periciada (cfr. fs. 89/90) y en dicha evaluación psíquica se sugiere la adopción de medidas de protección hacia los niños ya que sus derechos se encontrarían vulnerados y los mismos, de continuar en iguales condiciones de vida, estarían en riesgo tanto en su integridad física como psíquica. Observa la examinada que el Sr. M. ejercería violencia verbal hacia el niño de un año y siete meses y en ocasiones lo ha zamarreado con gritos e insultos no teniendo paciencia y que, con la niña de dos meses, no sería el mismo trato porque “no molesta”. Muestra temor y miedo a las reacciones de su marido, quien la continúa agrediendo verbalmente por medio de insultos, descalificaciones y humillaciones y expresa que tiene miedo y temor a las reacciones del Sr. M. Presenta indicadores emocionales compatibles con el perfil de la mujer víctima de violencia intrafamiliar y que al estar centrada en el vínculo patológico y disfuncional con su marido, no



**CÁMARA DE APELACIONES DE FAMILIA
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

percibe el riesgo al que estaría exponiendo a sus hijos en la convivencia con aquél, ya que durante la entrevista reconoce que M. ejercería violencia verbal y física hacia el pequeño de un año y siete meses y dice que ella, para evitar las agresiones hacia su hijo, se encierra en una pieza. El clima familiar actual es altamente disfuncional, exponiendo a los niños pequeños a situaciones de violencia, estando en riesgo su integridad psicofísica. Los recursos internos de la periciada se encuentran debilitados, no operando los mismos a fin de resguardar la integridad psicofísica de sus hijos por lo que, de continuar el vínculo afectivo con el marido (ya que a pesar de haber solicitado la prohibición de acercamiento, el contacto entre ellos continuó, debido a que la examinada no visualiza el riesgo y los alcances de estar inserta en un vínculo conyugal violento), se encuentra impedida para ejercer en forma adecuada el rol materno, debiendo ser otros adultos de referencia quienes logren proteger la integridad psicofísica de los menores y que por las características psíquicas de la Sra. T., es probable que presente múltiples separaciones y reanudamientos del vínculo con el Sr. M., estando los menores expuestos nuevamente a situaciones de riesgo e inestabilidad familiar (cfr. fs. 89/90).

A fs. 91/92 se agrega la pericia efectuada a J. D. M. en la que se observa ocultamiento de información, minimización y negación de hechos conflictivos, intentado brindar una imagen de sí mismo y de su familia como libre de conflicto. Se detectan fallas en el control de los impulsos, baja tolerancia a la frustración, lo que facilita la implementación de desbordes conductuales; tendencia al control y a la manipulación de su entorno. Presenta indicadores psíquicos compatibles con el perfil del hombre que tiende a ejercer violencia tanto física como psíquica y en el vínculo con sus hijos una vinculación fría y distante, donde no logra visualizar las necesidades afectivas de los pequeños y tiende a priorizar sus necesidades en detrimento de la de sus hijos, observándose dificultades en la construcciones de vínculos interpersonales cálidos y empáticos. No presenta suficientes recursos internos que garanticen en el vínculo con sus hijos la protección psicofísica de los mismos, por lo que se encontraría impedido para ejercer el rol paterno en forma adecuada y para mantener un régimen de comunicación con sus hijos. Se sugiere que comience tratamiento psicológico-psiquiátrico.

Entendemos que ambas pericias resultan contundentes en orden a las limitaciones de ambos progenitores para ejercer sus respectivos roles, a las serias dificultades que presentan tanto como pareja en relación a sus hijos y al círculo vicioso de violencia en el que se encuentran inmersos y al que habían arrastrado a los pequeños, con los serios riesgos para la integridad psicofísica de éstos.

Tampoco se acreditó en autos que el Sr. M. hubiera realizado el



**CÁMARA DE APELACIONES DE FAMILIA
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

tratamiento indicado por los profesionales que lo examinaron (cfr. fs. 92 in fine). El certificado de fecha 15 de julio de 2014 refiere a que no presenta consumo de base sino consumo esporádico y que, siendo la problemática de orden legal y social, requiere abordaje familiar y evaluación de todas las partes intervinientes, que se lo seguirá atendiendo y la indicación del turno. El certificado de fs. 34 de fecha 5 de agosto de 2014 reitera que el consumo es esporádico, sin patrón de dependencia ni abuso y, en lo demás, consigna lo mismo que el certificado anterior. En los certificados de fs. 51 y fs. 73, del 16/09/2014 y 09/10/14 respectivamente, sólo se consigna que asistió a consulta psicológica.

De lo cual se infiere que ninguno de estos certificados acredita la realización de un tratamiento regular y sostenido en el tiempo por parte del Sr. M. y, menos aún, un cambio en el consumo -al que aluden- ni en la conducta o personalidad del examinado.

Tampoco le asiste razón a la apelante cuando se agravia por la no realización por el *iudex a quo* de mayores audiencias “de visu” a su parte, ya que ambos progenitores han sido oídos y han tenido la oportunidad de expresar sus razones.

En otro orden, no podemos soslayar que, no obstante que ante esta Alzada la Sra. T. pretende hacer aparecer su relación con el Sr. M. como feliz y armónica -y así lo dice expresamente-, existe una prohibición de acercamiento dictada en autos N° 3070/13/6F (antes autos N° 82/13/3F), caratulados “T. E. C. p/Medida de Protección”, fs. 66/68, en los que se declara que han sido acreditados los hechos denunciados por E. C. T. y se dispone como medida de protección, en los términos de la ley 6672, la prohibición de acceso y acercamiento de J. D. M. al domicilio que allí se indica y a cualquier otro sitio al que habitualmente concurriera la Sra. E. C. T. y su hijo N. M., bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 239 del Código Penal.

Asimismo, y si bien en ese mismo decisorio se hizo saber que lo resuelto respecto al menor era de carácter provisorio y hasta tanto se cumpliera con la pericial a realizarse por profesionales del CAI al Sr. M., posteriormente, por decisorio del 26/08/2015, recaído a fs. 233 y vta. de esos obrados, se rechazó el pedido de J. D. M. de levantamiento de la medida de protección adoptada y se confirmó la vigencia de la resolución recaída a fs. 66/68. A tal fin el juez de origen ponderó que la pericia realizada a fs. 215, de esos obrados, señalaba la existencia de factores de alto riesgo y vulnerabilidad en caso de levantar la medida dispuesta y que, la prueba rendida a fs. 226/280, describía varios hechos de violencia sufridos por el grupo familiar y causados por el denunciado (J. D. M.).



**CÁMARA DE APELACIONES DE FAMILIA
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

A posteriori no existe ninguna actuación que de cuenta del levantamiento de la medida de prohibición de acercamiento del Sr. M. a la Sra. E. C. T. o al menor N. M., por lo que cabe concluir que la misma continúa vigente.

El expediente citado ut supra –además de las pericias practicadas en autos y múltiples intervenciones del equipo del OAL- ponen en evidencia la existencia de una relación conflictiva y violenta en la pareja parental, que se ha meritado como perjudicial para los niños quienes además por su corta edad, resultan muy frágiles y altamente vulnerables.

Desde otra óptica, los progenitores no acreditaron los dichos expresados en la audiencia de fs. 23 y vta., en cuanto al supuesto estado de los menores al que allí remiten. Por el contrario dichas afirmaciones aparecen contrarrestadas por los informes de los equipos intervinientes, conforme a los cuales los niños estarían contenidos por su abuela en lo afectivo y en lo material; estando vinculados afectivamente al grupo familiar, no observándose por los profesiones integrantes del Equipo de Seguimiento de Medidas del Órgano Administrativo Local (Lic. en Psicología Nicolás Musolino y Lic en Trabajo Social Marisa Agri) indicadores que den cuenta de lo referido (fs. 95 vta.).

Asimismo la parte apelante ha tenido oportunidad de ofrecer prueba en la Alzada, ya que el recurso fue concedido en forma libre, disponiendo de amplias facultades y estando en inmejorables condiciones para ello y sin embargo no lo hizo.

En cuanto al agravio relativo a que no se ha designado un abogado para los niños intervinientes, también debe ser desechado.

Es que resulta claro que, en el caso, los niños son muy pequeños y no cuentan con edad y grado de madurez suficiente para concurrir por sí con asistencia letrada.

En efecto, el artículo 26 del CCyC establece que: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que les son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, pueden intervenir con asistencia letrada.”.

Conforme a la Convención de los Derechos del Niño, los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez (art. 12.1).

Asimismo, el art. 27 de la Ley 26.061 dispone que los niños tienen derecho: “a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la



**CÁMARA DE APELACIONES DE FAMILIA
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

niña, niño o adolescente; b) que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, y que en caso de carecer de recursos económicos el Estado deba asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) a participar activamente en todo el procedimiento; y, e) a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.”

En esta línea, recordamos el fallo de nuestro Superior Tribunal Provincial que ordenó la designación del Abogado del niño, sobre la base de diversas circunstancias que dejaban entrever la compleja conflictiva familiar entre las partes y un conflicto de intereses entre el niño y su representante legal: a) la cuota de animosidad que tenía la madre del niño respecto a su padre; b) la intensa influencia de la abuela materna cargada de subjetivismo; c) las dificultades de la madre para ejercer las funciones inherentes al rol maternal y que no se encontraba en condiciones de representar y defender adecuadamente los intereses de su hijo; d) la grave anomalía que constituía el hecho que un mismo letrado defienda los intereses de la madre y del hijo. (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, causa N° 104.405, caratulada: "G.R., S.A.L. P.S.H.M. V.S.G.R. EN J° 510/10/6F/35.838 DYNAF Solicita medida conexa x/Inc.", 08/04/2014, La Ley Online: AR/JUR/7091/2014).

En autos N° 358/13/8F-651/13 destacamos la edad del menor (11 años) y la existencia de un conflicto de intereses con sus representantes legales: “lo que justifica la designación de un Abogado del niño que defienda exclusivamente sus intereses en esta causa, sin influencias extrañas” (25/08/2015, LA 12-449). Igualmente en autos N° 2968/13-254/15, previo a establecer la procedencia o no de la designación de un abogado para la niña causante y atento a su corta edad -8 años-, estimamos conveniente escucharla, por la imposibilidad de establecer a priori la madurez con que la misma cuenta a tales efectos (07/09/2015, LA 12-345).

En el *sub lite*, entendemos que, sin perjuicio que los derechos de V. y N. han sido resguardados convenientemente por el Ministerio Pupilar, por su corta edad (N. tiene tres años y Valentina dos años), resultaría inviable un patrocinio letrado personal de los menores, atento a las implicancias que el mismo lleva aparejado y según ha sido destacado en los precedentes citados de este tribunal.

Coincidimos en que, en aras de proteger el superior interés de N. y V., el magistrado actuante al levantar la medida excepcional por la cual los menores permanecieron con su abuela materna y valorar que el reintegro a la misma había resultado beneficioso para ellos, ha otorgado acertadamente su guarda provisoria a la



**CÁMARA DE APELACIONES DE FAMILIA
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

Sra. S., encomendándole las funciones cotidianas de cuidado y atención de los niños.

Es dable destacar en este aspecto que, aún cuando la Acordada N° 25.501 de la SCJM, distingue la guarda provisoria de la guarda definitiva, al decir que, “una vez otorgada la guarda provisoria, se iniciará el proceso judicial de guarda definitiva por vía civil”, entendemos que establece la diferencia entre la guarda otorgada por vía tutelar, de la guarda otorgada por vía civil, señalando a la primera como provisoria y a la segunda como definitiva, cuando en rigor de verdad, también esta última está dotada de provisoriedad y no resulta inmutable.

Más aún, queda claro en el sistema introducido por el Código Civil y Comercial de la Nación, que la guarda de menores a un tercero o pariente -sea por delegación convencional de los progenitores o por decisión judicial- es por un tiempo específico -un año prorrogable por un período igual- y que, en caso de la guarda judicial, a su término, se debe definir la situación del niño, niña o adolescente, aplicando otros institutos contemplados en la normativa de fondo, a los que ya hemos aludido en este decisorio.

De allí que, en el caso de los menores involucrados en autos, lo que ha sido establecido a favor de la abuela materna y que aquí se confirma, es la guarda de los menores con carácter tutelar, debiendo sustanciarse y resolverse el proceso de guarda por vía civil.

Por último, resulta fundamental destacar, que el interés que se debe proteger es el de los niños, que es superior y a cuya luz se ha resuelto la cuestión en la instancia precedente.

Este interés tiene jerarquía constitucional a través de la incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño al plexo de nuestra Constitución en forma conjunta con otros tratados de Derechos Humanos que regulan el ejercicio de los derechos de los menores y las obligaciones del Estado, la familia y la sociedad (art. 75 inc. 22 de la C.N.). "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art. 3° Convención sobre los Derechos del Niño).

Cecilia Grosman señala que este interés superior del niño cumple una función correctora e integradora de las normas legales mostrando una notoria similitud con el papel reservado a la equidad como moderadora de la aplicación de la ley en el caso específico (cfr. "Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las Relaciones de Familia", LA LEY, 1993-B, 1089). D'Antonio concibe el interés superior del niño como un standar jurídico, es decir, "una medida media de



**CÁMARA DE APELACIONES DE FAMILIA
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

conducta social correcta", la cual encierra un contenido empírico que vive de las circunstancias, de los hechos y que por ello es flexible, adecuado a las cambiantes modalidades de la vida (cfr. "Convención sobre los Derechos del Niño", Comentada y Anotada, Ed. Astrea, p. 45).

Ante un conflicto de intereses, en el sub iúdice los de los progenitores y los de los niños causantes, estos últimos merecen una protección especial: *“su tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto. Frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño”* (CSJN, "S.C. S/adopción", JA 2005-D-87, JA 205-IV-22; SCBA Ac. 84.418 19/06/02; Ac. 87.832 28/07/04).

“En la guarda judicial de menores debe tenerse en cuenta primordialmente el beneficio de éste y por ello deben supeditarse los reclamos de las demás personas a ese interés superior que se concreta manteniendo un marco de estabilidad que le permita una evolución favorable" (CNCiv., sala I, 19/12/96, LA LEY, 1997-C, 558).

La guarda provisoria a la abuela, dispuesta como medida tutelar, es la decisión que mejor resguarda el interés superior de los niños (art. 12.1 de la Convención sobre los Derechos del niño aprobada por la ley 23.849 incorporada a la Constitución Argentina a través del art. 75 inc, 22, 2º párrafo; arts, 3 ap. b), 24 y 27 aps. a) y b) de la ley 26.061), estándar que debe presidir toda resolución judicial que afecte a personas menores de edad, aún cuando su recepción signifique la postergación de las sinceras y legítimas aspiraciones sus progenitores quienes, en todo caso, dispondrán de las vías civiles para articular sus derechos, en lo que respecta al contacto y comunicación con sus hijos.

La Corte Federal ha considerado que la regla del art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño que ordena sobreponer el interés del niño a cualquier otra consideración, tiene –al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias- el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto (Zaffaroni, su voto en fallos 328:2870, 2/08/05 “S.C. s/ adopción”).

Concluimos que la medida protectoria en favor de los menores, ha sido correctamente discernida por el juez a quo, conforme a las constancias de la causa y



**CÁMARA DE APELACIONES DE FAMILIA
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

prueba rendida, correspondiendo el rechazo del recurso de apelación incoado y la consiguiente confirmación del fallo recaído en primera instancia.

VII.- Por último cabe efectuar en este decisorio una última consideración relativa a un error material en el que se ha incurrido a fs. 109/110 que puede ser subsanado por esta Alzada.

Es que de las actas de nacimiento agregadas en copia a fs. 3 y a fs. 71, la niña Valentina aparece inscripta solo con filiación materna.

A su vez el Sr. J. D. M. compareció a estos obrados como progenitor de ambos niños, refiriendo expresamente a ellos como N. D. M. y V. T., a fs. 36/37 apartado II a) y a fs. 74 apartado I. Objeto.

Sin embargo a fs. 78 apartado II y a fs. 112 alude a “V. M. (antes T.)” y a “V. M.” respectivamente.

A su vez el juez a quo ante la presentación de fs. 78 y sin solicitar que se agregara al expediente una nueva partida con la que se acreditara lo expresada por el Sr. M. –y que por tanto V. había sido reconocida por su progenitor-, ordenó sin más, por decreto de fs. 79, la recaritulación del expediente “DINAF por los niños T. V. y M. N. D. Por Medida de Excepción-Control de Legalidad” por “DINAF... /M. V. Y N. M. Por Medida de Excepción-Control de Legalidad”.

No obstante ello la resolución de fs. 109/110 se refiere a V. T., D.N.I. N° xxxxxxxx.

A fs. 173 esta Cámara solicitó al Registro del Estado Civil y de Capacidad de las Personas la remisión de una copia de la partida de nacimiento de la niña V. T. o v. M., con carácter urgente, remitiéndose oficio a fs. 174 y reiterándose la solicitud a fs. 175.

A fs. 176 se incorpora acta de la surge el nacimiento de V. M., hija de J. D. M. y E. C. T., D.N.I. xxxxxxxx.

Coincidimos con el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conforme al cual equívocos –como el que nos ocupa- deben corregirse por los jueces, sea a pedido de parte o ex officio. Orientación ésta que se sustenta en el hecho de que la sentencia informada por vicios semejantes, lejos de preservar, conspira contra la cosa juzgada, desde que ésta busca amparar más que el texto formal del fallo, la solución real prevista en él. De otro modo, si los jueces al descubrir un error material no rectificasen, estarían tolerando que se generara un derecho que sólo reconoce como causa el error (C.S.N., J.A. 1988-IV-519 y J.A. 1991-I-266).

En igual sentido se ha expedido la Suprema Corte de Justicia de Mendoza cuando ha resuelto que “tratándose de un mero error material, la



**CÁMARA DE APELACIONES DE FAMILIA
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

subsanción del mismo puede llevarse a cabo aún cuando la sentencia ya se encuentra firme”(SCJMza, expediente N° 48777, “RIILI Y GIMENEZ SRL EN J: BANAVIDEZ O. Y OTROS - RIILI Y GIMENEZ SRL ORDINARIO – INCONSTITUCIONALIDAD”, 25/09/1991, LS223 – 305).

En esa línea también se ha dicho: “Puede rectificarse un mero y evidente error material en la compulsas de las actuaciones, no obstante encontrarse vencidos todos los correspondientes plazos de impugnación”, lo cual resguarda además el principio de congruencia que debe sustentar a las resoluciones judiciales. (Tercera Cámara de Apelaciones Civil, Expte.: N°189483 –“ARCURI, EDUARDO NORA FONCEA Y OT. P/DYP”, 18/11/1992 - LA071-132).

Así lo ha resuelto también esta Cámara en un caso en que el que si bien difiere el error que se corrige, resulta demostrativo del ejercicio de esta facultad-potestad por el Tribunal *ad quem* (Fallo recaído in re N° 40/12/9F-266/13, “Dinaf p/Vazquez Ismael Javier, Villegas Aisha y Zaira p/Medida de Excepción (control de legalidad ley 26061), del 13/05/2014, LA09-463).

En consecuencia y si bien se confirma el decisorio debe subsanarse el error material, y consignarse el nombre correcto de la menor como V. M. tanto en el dispositivo I como en el dispositivo II (fs. 109 in fine y fs. 110) e igualmente se modificará la referencia a: “la joven”, contenida en el dispositivo I, consignándose en su lugar: “los menores”, infiriendo que en este caso el error es meramente de tipeo.

VIII.- Atento el resultado del recurso planteado, las costas de la apelación deben ser impuestas a la apelante que resulta vencida (arts. 35 y 36 ap. I CPC).

A tal efecto se tendrá en cuenta que estamos frente a un proceso sin monto, por lo que resulta plenamente aplicable el artículo 10 de la ley de aranceles en cuanto a las pautas allí establecidas, teniendo en cuenta el tiempo de desempeño y la labor profesional cumplida, la trascendencia para las partes y lo que resulta en autos de la situación económica y social de las mismas.

Por ello el Tribunal,

RESUELVE:

I.- No hacer lugar al recurso de apelación incoado a fs. 112 contra el decisorio recaído a fs. 109/110 el que sin embargo, se subsana en sus dispositivos I y II en cuanto al error material contenido en los mismos con relación al nombre de uno de los menores y que en consecuencia quedan redactados de la siguiente forma:

“**I.- OTORGAR LA GUARDA PROVISORIA** y en carácter de medida de protección de derechos de los niños V. M. D.N.I. N° xxxxxx y N. D. M. D.N.I. N° xxxxxxxx a su abuela materna Sra. E. I. S. D.N.I. N° xxxxxxxx, como medida



**CÁMARA DE APELACIONES DE FAMILIA
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

de asistencia y protección, debiendo velar por los intereses morales y materiales de los menores, comprometiéndose a comunicar al Juzgado cualquier circunstancia que se produzca con respecto a los niños V. M. y N. D. M. e intertanto la Sra. S. complete la tramitación de la guarda judicial definitiva.

II.- Disponer el cese del control de legalidad de la medida de excepción adoptada por DINAF respecto de los niños V. M. y N. D. M. en tanto se han dado cumplimiento con las previsiones del art. 38 de la ley n° 26.061 y su decreto reglamentario n° 415/06 y art. 6.1 de la Acordada n° 25.501 de la SCJM ”.

II.- Imponer las costas de alzada a la apelante vencida (arts. 35 y 36 ap. I CPC).

III.- Regular honorarios al Dr. Gilberto Eduardo Altamira en la suma de pesos dos mil (\$ 2.000) (arts. 10 y 15 de la ley 3641).

CÓPIESE, REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y BAJEN.

Dra. Estela Inés Politino
Juez de Cámara

Dra. Carla Zanichelli
Juez de Cámara

Dr. Germán Ferrer
Juez de Cámara