

San Justo, 15 de Junio de 2017.-mdn

Por devueltos, téngase presente el dictamen pupilar.-

Atento las constancias de autos, corresponde expedirme acerca de la solicitud de designación de abogado del niño (petición efectuada a fs. a fs.316) en relación a los niños [REDACTED]

Efectuando un repaso de la normativa, la ley 26.061 en su inciso D reconoce "el derecho a participar activamente en todo procedimiento" sin distinción de fueros. Por su parte, la ley 13.298 lo recepta en su art.5. En nuestro Código Civil y Comercial se encuentra normado en los arts.22 y 24 de dicha normativa.-

Por su parte, el principio de autonomía progresiva, que contempla las diferentes etapas por las que atraviesa un niño en su evolución psicofísica, determina una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos fundamentales. La posibilidad de participación en el proceso no surgiría entonces del concepto de capacidad civil, sino de las nociones mas propias de otros campos, como la de "competencia", término de origen bioético, más adecuado para analizar el ejercicio de los derechos personalísimos.-

Jurisprudencialmente, la Cámara Civil y Comercial de San Martín ha entendido que "A fin de analizar la figura del abogado del niño deben distinguirse tres aspectos diferentes: el derecho del niño a ser oído, el derecho a la participación y el derecho a tener un patrocinio letrado. Todos ellos deben ser respetados, cualquiera fuese la edad del menor, sin perjuicio del alcance y la transcendencia del derecho a ser oído y de la participación del niño, según la edad que tuviere; lo que varía, en todo caso, es la consideración subjetiva que debe adoptar el juzgador, de conformidad a la edad del niño; mas nunca la viabilidad de tales derechos. Por ello, en lo que

interesa en la especie, la designación de patrocinio corresponde en todos los casos en que el niño tenga intereses en el juicio, cualquiera fuera su edad" (CCCom. de San Martín, sala 3, 68861 I-230/14 I, 6-11-2014, "S.W.J.Y O.S/ABRIGO S/RECURSO DE QUEJA", Base de jurisprudencia JUBA-Sumario B3651761).-

Por otra parte, la Cámara Civil y Comercial de Lomas de Zamora, en otra medida de abrigo, sostiene "La figura del abogado del niño parte de la idea de su capacidad progresiva, en tanto sujeto activo de derecho, y por ello, su participación en el proceso no reemplaza al niño en su palabra, sino que corresponde a los intereses personales y autónomos" (CCCom.de Lomas de Zamora, Sala 3, 6182 107 I, 6-5-2015, "N.O.C.A.A.S/ABRIGO", Base de jurisprudencia JUBA-Sumario B3751061).-

La Sala B, resolvió en una causa que, "los niños y adolescentes en función de su capacidad progresiva y discernimiento real podrán designar y elegir abogados que representen en el proceso su interés particular. Asimismo, en caso que los niños no tengan suficiente discernimiento, incluso tratándose de niños de muy pocos días de vida, de todos modos tienen derecho al patrocinio letrado, a través de la figura del tutor ad litem, designado por el juez, independientemente de la voluntad del niño " (Sala B, KM y Otro c KMD, La Ley 15-04-09).-

En un fallo, la Corte Suprema de Justicia de Nación ha señalada " Que la Convención del Niño ha reconocido que el niño es un sujeto de derecho pleno, sin dejar de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática (Fallos: 331:2691).-

Ahora bien, a fin de evaluar la solicitud efectuada por la progenitora, se ordena que la psicóloga del juzgado mantenga entrevista con los niños mencionados "Ut Supra", informe que se encuentran glosados a fs.347/349 y 355. De los mismos surge respecto de Andrea que "aún no puede sostener su decir, sin repetir la versión familiar, estando presente el

temor como condicionante en el discurso. Por lo que se considera que al momento de la evaluación no presenta el grado de madurez, discernimiento y autonomía suficiente para poder expresar libremente sus intereses y deseos. A su vez, [REDACTED] presenta pautas madurativas no acordes a su edad, presentando comprensión parcial de su situación familiar y vital. Thiago presenta muy corta edad, observándose pautas madurativas acordes a su edad cronológica.-

En cada caso particular, lo que se debe evaluar en cada niño es el grado de discernimiento real, a la luz del art. 5 de la Convención sobre los derechos del Niño, para poder demostrar que no tienen capacidad suficiente para comprender los alcances de su presentación.-

Cuando el artículo 5 de la Convención reconoce a los niños el derecho a ejercer por sí sus derechos, con la guía y orientación de sus padres; todo ello en función de sus facultades. En otras palabras, a partir de las nociones de autonomía progresiva los niños y adolescentes van adquiriendo capacidad para el ejercicio personal de sus derechos. De esta manera, el concepto de capacidad progresiva resulta clave para comprender el carácter transitorio y relativo, sólo por un tiempo y para algunas cuestiones de la incapacidad de ejercicio de la infancia. (Minyerski Nelly y Herrera Marisa, "Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26061", pag53 en "Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26061" Emilio García Méndez compilador, Editores del Puerto, Buenos Aires 2006).-

La Convención, reconoce al niño como sujeto activo de derecho, a partir de la noción de capacidad y desarrollo de la autonomía para su pleno ejercicio. La madurez suficiente -dice- es una variante fáctica que debe comprobarse en cada situación concreta, donde la historia y el momento personal de crecimiento intelectual -valorativo-, son componentes de la aptitud para formarse una opinión en relación al tema en discusión. Se debe apreciar en cada caso las condiciones subjetivas necesarias para la construcción de un juicio propio. Se tiene en cuenta la edad del niño y

valorarse, mediante los medios probatorios pertinentes, el grado de madurez que ha alcanzado, a fin de determinar si es capaz de expresar lo que quiere y elegir su propio abogado.-

De modo diferente al derecho a ser oído, la participación activa resulta exigible entonces recién una vez alcanzado el grado de madurez y desarrollo, que deberá ser evaluado con suma prudencia.-

A fs. 319, 351 y 355 obra dictamen pupilar.-

Por lo expresado y siendo que el abogado del niño resulta ser una persona ligada al principio de capacidad progresiva que justamente aparece a raíz de la madurez y desarrollo del niño para participar en el proceso, considero -de momento- no hacer lugar al pedido efectuado de abogado del niño para los niños **ANDREA [REDACTED] Y ANA [REDACTED]** **[REDACTED]** **LO QUE ASI RESUELVO.-**

Sin perjuicio, de lo mencionado en el apartado anterior, estimo pertinente designar para los niños **ANDREA [REDACTED]** **[REDACTED]** un tutor ad litem - amén de la protección y salvaguarda que ejerce la figura de la Sra. Asesora de Incapaces interviniente .-

Por lo expuesto:

PRIMERO: No hacer lugar -de momento- al pedido efectuado de abogado del niño para los niños **ANDREA [REDACTED]** **[REDACTED]** **[REDACTED]**.
(Conforme los argumentos citados Ut Supra).-

SEGUNDO: Designar para los niños **[REDACTED]** **[REDACTED]** un tutor ad litem , a cuyo fin pasen las presentes actuaciones a la Defensoría General Departamental, a fin de realizar el sorteo correspondiente .-

TERCERO: Atento lo que surge de los informes psicológicos,

44

líbrese oficio con carácter de urgente al SERVICIO ZONAL LA MATANZA y al HOGAR DE NIÑOS JESUS DE NAZARETH DE MORENO a fin de hacerle saber que las niñas [REDACTED] y [REDACTED] deberán realizar tratamiento psicoterapéutico individual con carácter de urgencia a los fines de recibir un acompañamiento profesional respecto de su situación personal y familiar, debiendo informar acerca de dicho tratamiento en forma mensual. Dicha situación debe ser monitoreada por el Servicio Zonal, debiendo acompañarse la constancia de iniciación de tramite con fecha límite 14 de julio de 2017.-

NOTIFIQUESE A LA MADRE BIOLÓGICA, AL SERVICIO LOCAL INTERVIENE, AL SERVICIO ZONAL Y AL MINISTERIO PUPILAR.-

CLAUDIA FABIANA GODINO
JUEZ

est
bo
o
o

R.S.IN° 312/2017

Folio N° 1129/1137

[REDACTED]
[REDACTED] S/ ABRIGO INCIDENTE
ART 250 CPCC
Expte.N°LM [REDACTED]
Expte. N° [REDACTED]
Juzgado de Familia N° 9

/// En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los doce días del mes de octubre de dos mil diecisiete, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los señores jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda del Departamento Judicial La Matanza doctores Luis Armando Rodríguez y Carlos Alberto Vitale, para dictar sentencia en los autos caratulados "[REDACTED] S/ ABRIGO INCIDENTE ART 250 CPCC", habiéndose practicado el sorteo pertinente -artículos 168 de la Constitución y 263 del Código Procesal Civil y Comercial, ambos de la Provincia de Buenos Aires -resultó que debía observarse este orden: doctor Iglesias Berrondo -doctor Vitale -doctor Rodríguez, dejándose constancia que el Dr. Iglesias Berrondo no formó parte del Acuerdo, ausente por razones de salud (art. 47 Ley 5827), resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

Primera cuestión: ¿Es justa la resolución apelada?

Segunda cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A la primera cuestión el doctor Vitale dijo:

I.- Antecedentes.

Vienen los autos a conocimiento de esta Alzada como consecuencia del recurso de revocatoria con apelación subsidiaria interpuesto a fojas 17/20 vta. por la señora Titular de la Unidad Funcional de Defensa N° 10 Departamental, doctora [REDACTED] contra la resolución de fojas 14/16 por conducto de la cual la señora Juez A Quo dispuso su designación como tutor ad litem de los niños de autos.

A modo de antecedente, cabe destacar que de la compulsula del incidente del art. 250 del CPCC traído a resolver, tenemos que a fojas 1/vta. es solicitada -por la Sra. [REDACTED]- la designación de un abogado del niño para los hermanos [REDACTED] (art. 27 ley 26.061); no observando nada la Sra. Asesora de Incapaces interviniente con respecto a lo requerido (fs. 2/3vta., punto primero). Dicha solicitud de designación es reiterada a fs. 4/5; obrando a fs. 7 presentación de la Asesoría N°1 en la cual, en punto a la vista conferida y teniendo en cuenta las particularidades del caso, nada observa a que se le asigne un abogado del niño a los hermanos [REDACTED]

Por su parte, obra a fojas 8/10 informe de la perito psicóloga del Juzgado, en el cual mantiene entrevista con los niños de autos (de 6, 5 y 2 años) y una de las psicólogas del hogar donde se encuentran alojados. Completa su informe a fs. 12/vta. aclarando lo siguiente: "**[REDACTED] aún no puede sostener su decir, sin repetir la versión familiar, estando presente el temor como condicionante de su discurso. // Por lo que se considera que al momento de la evaluación no presenta el grado de madurez, discernimiento y autonomía suficiente para poder expresar libremente sus intereses y deseos. Es por esto que se ha sugerido en el informe presentado que la niña realice tratamiento psicoterapéutico con carácter de urgencia a los fines de ser asistida en la elaboración de su historia personal y fortalecida para poder sostener un discurso propio. // A su vez se sugirió que [REDACTED] reciba asistencia psicopedagógica ya que presenta pautas madurativas no acordes a su edad, presentando comprensión parcial de su**

Defensoría

situación familiar y vital. //  presenta muy corta edad, observándose pautas madurativas acordes a su edad cronológica.” –destacado agregado-.

Con el informe efectuado en vista, la Sra. Asesora de Incapaces a fojas 13 reitera lo dictaminado en relación a que VS resuelva en consecuencia.

Lo que nos lleva a la resolución que viene recurrida a esta Alzada -obrante a fojas 14/6- en la que se resuelve: “San Justo, 15 de Junio de 2017 (...) PRIMERO: No hacer lugar –de momento- al pedido efectuado de abogado del niño... SEGUNDO: Designar para los niños...un tutor ad litem, a cuyo fin pasen las presentes actuaciones a la Defensoría General Departamental, a fin de realizar el sorteo correspondiente...TERCERO: Atento lo que surge de los informes psicológicos, líbrese oficio con carácter de urgente al SERVICIO ZONAL...y al Hogar... a fin de hacerle saber que las niñas...deberán realizar tratamiento psicoterapéutico individual con carácter de urgencia a los fines de recibir un acompañamiento profesional respecto de su situación personal y familiar, debiendo informar acerca de dicho tratamiento en forma mensual...”. Arriba a dicha solución en virtud del principio de autonomía progresiva y habiendo evaluado el grado de discernimiento real a la luz del art. 5 de la CIDN; entendiendo que el abogado del niño resulta ser una persona ligada al principio de capacidad progresiva que justamente aparece a raíz de la madurez y desarrollo del niño para participar en el proceso.

DEFENSORÍA

Contra dicha resolución se alza la  a fs. 17/20. En el escrito fundante de la revocatoria trajo los argumentos de su postura recursiva, indicando que le agravia la resolución impugnada por cuanto pone en cabeza del ministerio público de la Defensa, la tarea de Tutor ad litem de los menores objeto del proceso de abrigo. Indica que la normativa dictada con relación a esta figura tutelar no resultaría aplicable para el particular caso, pues “...no se trata de un expediente contradictorio

en el cual existen intereses contrapuestos entre los menores y los padres, que deriven en la aplicación de la tutela especial establecida por el art. 109 C. Civil, para representarlos en el proceso". En ese sentido relata que el presente proceso de trata de una medida de protección a los menores, en el cual estos últimos no son parte.

Refiere que conforme la legislación vigente, la participación de los menores con abogado es voluntaria, y que teniendo en cuenta que se ha considerado que no se encuentran en condiciones de madurez suficiente para que se les designe un abogado del niño, no se puede realizar una designación que obligue a los niños a ser parte mediante el nombramiento de un tutor ad litem.

Hace hincapié en que no se trata de un juicio contradictorio en el cual se haya determinado la existencia de intereses contrapuestos y en que la designación del tutor ad litem implica la presentación de los mismos con un representante en carácter de parte, ajeno a su voluntad, siendo dicha situación ajena a este proceso, en el cual no existe la bilateralización. Por último, expresa que "*...el resguardo del derecho de los menores queda salvado con la audiencia que se pudiera señalar en los términos del art. 12 CDN y con la intervención de la Asesoría de Menores...*"

Por todo ello, solicita se revoque la resolución recurrida, dejándose sin efecto la designación de tutor ad litem. Subsidiariamente plantea recurso de apelación, y para el caso de que no se haga lugar a la impugnación planteada, deja planteada la nulidad de lo actuado desde fs. 24 inclusive, a efectos de garantizar la defensa en juicio acabadamente.

A fojas 21, se desestima por improcedente la reposición (art. 238 CPCC), concediéndose en relación y con efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto, mandando a acompañar copias bajo apercibimiento del art. 250 inc. 3 del código citado. Por motivos de economía procesal se tiene por fundado el recurso, corriéndose el

pertinente traslado. Con respecto a la nulidad subsidiariamente planteada, la tiene presente para ser tratada en su oportunidad.

Formado el presente incidente, se corrió vista al Ministerio Pupilar, obrando a fojas 28/vta. su dictamen. En lo medular solicitó : "...que debe rechazarse el pedido de nulidad requerido por la Sra. Defensora toda vez que los niños se encuentran institucionalizados hace tiempo, por lo cual la nulidad planteada provocaría un perjuicio irreparable a mis representados, en tanto no se dan los supuestos para el nombramiento de un Abogado del Niño, ni de un Tutor ad Litem." Madre

Del informe de elevación surge que la Sra. [REDACTED] se encuentra notificada a fs. 364 de los autos principales.

Luego de elevados los presentes actuados al Tribunal, pasaron los autos a resolver con el dictado de la providencia de fojas 31, la que una vez firme y consentida, motivó el sorteo por el que se me desinsaculaba como Magistrado Preopinante.

II. Solución.

II. a) La designación de tutor ad litem en el caso de autos

Viene apelada a esta Alzada la designación de tutor ad litem que cayera en cabeza de la Unidad Funcional de Defensa sorteada - [REDACTED].

Pareciera que en la resolución recurrida, la Sra. Juez de grado intenta suplir -a los efectos del patrocinio del niño como sujeto de derecho- la figura del abogado del niño -cuyo pedido de designación es rechazado de momento en virtud del principio de capacidad progresiva- por la del tutor ad litem.

Ello así tomando en consideración jurisprudencia de la Cámara de Apelación de San Martín, de la Sala B (sin especificación en la sentencia original) y de la Corte Suprema de Justicia de Nación, de las que se desprende por un lado que la designación de patrocinio corresponde en

todos los casos en lo que los niños tengan intereses en juego, cualquiera sea la edad (CCComSM año 2014); que aunque los niños no tengan suficiente discernimiento, de todos modos tienen derecho al patrocinio letrado a través de la figura del tutor ad litem (Sala B, año 2009); y que la CDN ha reconocido al niño como un sujeto de derecho pleno, sin dejar de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico... (CSJN)

Sobre el presente, es necesario hacer una serie de aclaraciones. Por un lado, cabe aclarar que hoy la figura del tutor especial está contemplado en el art. 109 del CCiv.yCom., el cual reza: "Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos: a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes...".

Esta Sala se ha expedido con respecto a la naturaleza de la tutela especial en numerosas oportunidades, así se ha dicho "*Pues la tutela especial o ad litem se brinda a niños, niñas y adolescentes con necesidad de realizar de forma urgente una acción para evitar la eventual pérdida de un derecho. (...) Es sabido que Vélez Sarsfield abandonó la regla romana agere non valenti non currit prescriptio (ver nota art.3980 CC), por lo cual la prescripción corre contra los incapaces salvo que no tengan representante. Este es el motivo por el cual se adoptó en el antiguo ordenamiento civil el criterio de otorgar rápidamente, en no más de un mes, la tutela especial a condición de una prueba sumaria y no acabada, ya que no se trata de designar un representante legal "para siempre" -con la salvedad de que ese "para siempre" tiene la fecha de vencimiento por la mayoría de edad, la eventual cesación de la incapacidad o el mal ejercicio del cargo por parte de la persona a favor de quien se ha discernido y aceptado la tutela- (...)*

La doctrina interpreta que la tutela especial conforme el actual artículo 109 CCCN es concebida para aquellos asuntos específicos en los cuales se suscita algún conflicto de intereses o de otras

circunstancias puntuales como las expuestas líneas arriba a modo de ejemplo, situaciones que ponen en evidencia la necesidad de designar un tercero para mejor cumplir con la finalidad protectoria de los intereses del niño. Así, esta tutela especial coexiste con la tutela general o con la responsabilidad parental sin perjuicio de la existencia de conflictos de diversa índole en el cual el tutor especial actuará como representante del niño/a o adolescente. Asimismo, se insiste en que "el principio fundamental transversal a todo el régimen de la tutela es el interés superior del niño y, por ende, el beneficio exclusivo de aquel/aquellos. De ahí que la designación de un tutor especial solo procederá cuando exista una indiscutida conveniencia para la atención de sus intereses (...) La misma es excepcional, es dativa, es retributiva; es representativa". (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, cit. Pág.231 yss.)." ("P. A. M. Y OTROS S/ TUTELA S/ QUEJA", Expte.NºQF4-36820-2015. RSI 360 Folio 1268 del 8/11/2016).

Entiendo pertinente destacar que doctrinariamente se ha encarado la relación –o mejor dicho confusión- entre las figuras de abogado del niño y tutor ad litem, así se ha dicho: "...el tutor ad litem representa los intereses del niño desde su mirada adulta y el abogado del niño representa el interés del niño desde su propia mirada. En este escenario, el tutor ad litem defiende el interés del niño desde su leal saber y entender, en sintonía con la incapacidad de los menores, y por ende, queda mediatizada o directamente desconocida la opinión del niño. En otras palabras, se vuelve un sucedáneo de los representantes tutelares del niño, confundiéndose su rol con el del asesor de menores. De modo contrario, el abogado del niño está ligado a su capacidad progresiva, a su derecho a actuar por sí y defender su postura de parte." (Cita Solari Nestor, "Un importante precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre la figura del abogado del niño"; LL01- 12-2001//p://ccygn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/

Dr. Solari

especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/003_Laura_Rodríguez_Libro_I_Abogado_del_niño.pdf)

En otra pieza doctrinaria se ha referido: *“A la vez, con carácter preliminar, estimo oportuno resaltar que la actuación del abogado del niño se distingue sustancialmente de la representación de sus padres, tutor ad litem o el ministerio pupilar. El abogado del niño no tiene la misión de representar al niño, es decir, no actúa en lugar del infante, sino que patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño sin sustituir su voluntad”* (Alé Romina, en “El derecho del niño a su defensa técnica” Revista de Derecho de Familia N° 2012-IV -Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia- Ed. Abeledo-Perrot, pág. 51/3vta.).

Los niños que participan en procesos judiciales lo hacen como sujetos procesales – sobre el presente no cabe duda alguna- y su participación a través de un abogado especializado, no debe confundirse con la intervención del Asesor de Menores ni tampoco con el tutor ad litem. Ello así toda vez que la defensa técnica efectuada por el abogado del niño es autónoma. No se debe olvidar que el abogado del niño *“Asume en el proceso judicial o administrativo la defensa de los intereses particulares del niño en un conflicto concreto, prestando para ello el conocimiento técnico jurídico especializado. Algunos operadores del derecho de familia confunden esta defensa técnica con el rol del tutor ad litem regulados en los artículos 61 y 397 del Código Civil (hoy tutor especial regulado en el art. 109 del Código Civil y Comercial) al entender que este tutor constituye un representante legal del menor de edad. Por ello es necesario aclarar que el tutor ad litem interviene en los casos en los que existe conflicto de intereses entre el niño con sus representantes necesarios, encontrándose su actuación procesal acotada a la cuestión que genera la contraposición de intereses, no genérica como la intervención procesal del abogado del niño”* (<http://www.escuelamagistratura.gov.ar/opinion-justicia-salta.php?IdOpinion=30>).

Por todo lo expuesto, entiendo corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por la recurrente y, en virtud de ello, revocar la designación de tutor al litem efectuada para los niños de autos.

II. b) El pedido de nulidad subsidiariamente planteado

Toda vez que ha sido revocada por esta Alzada la designación de *tutor ad litem*, entiendo deviene abstracto tratar el tema de la nulidad subsidiaria traída a colación en el escrito recursivo. Ello así, pues se ha desvanecido el interés jurídico concreto y los jueces no pueden juzgar en abstracto.

Así se ha dicho que *“Las cuestiones y recursos pierden relevancia y convierten en abstracto el asunto cuando se tornan inoperantes por su falta de litigiosidad y perjuicio sobrevinientes, al haber desaparecido el interés jurídico concreto que antes tuvieran y que se invocara voluntariamente. Ello sustrae el caso del ámbito recursivo del art. 242 del Código Procesal, haciendo inútil la decisión pendiente a los fines propios de la causa no correspondiendo pronunciamiento alguno en la Alzada sobre la cuestión traída mediante el recurso de apelación”*. (CPCB Art. 242CC0000 AZ 34038 RSI-260-92 I 13-8-1992 “Canale, Fabiana c/ Sanchez, Raúl s/ Restitución de menor” Onetti de Dours - Céspedes – Ojea. Sumario JUBA B1050121).

En igual orden de ideas: *“Si el tratamiento de una cuestión carece de gravitación sobre el resultado final del pleito, pasaría a ser abstracto el respectivo pronunciamiento y ello no es función de la judicatura; ya que sólo el interés para recurrir es lo que legitima la actividad del Tribunal de Alzada.”* (CC0002 QL 4883 RSD-207-1 S 21-12-2001, Juez CASSANELLO (SD) “Bibiloni Carlos Alberto c/ Vicente Marino Alfredo s/ Daños y Perjuicios” Reidel - Manzi – Cassanello. Sumario JUBA B2951346).

II. c) Abogado del Niño

El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser asistidos por un abogado preferentemente especializado en derecho de familia desde el inicio del proceso judicial o administrativo que lo incluya **está contemplado en la Ley especial de fondo 26.061** de "*Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*", artículo 27 (public. en B.O: 28/10/05, Reglamentada por el Dec. Nac. 415/06, Public. en B.O del 18/4/06). El Decreto Reglamentario 415/06 establece que "El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño y adolescentes en el proceso administrativo o judicial. Todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar. Convocándose a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que a la brevedad, a fin de garantizar los derechos de los sujetos de la Ley 26.061, adopten las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos que garanticen el acceso al derecho previsto en el citado inciso. A tal efecto podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades" (art. 27).

En ese marco, la Provincia de Buenos Aires ha **sancionado la ley 14568**, indicando en su artículo 1° que "Cumpliendo lo establecido por el Artículo 12, incisos 1) y 2) de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica y del artículo 27 de la Ley 26.061, créase en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la figura del Abogado del Niño, quien deberá representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces. En los procedimientos indicados en el párrafo precedente, será

obligatorio informar al niño, niña y adolescente de su derecho a ser legalmente representado por un Abogado del Niño."

Entre los fundamentos que han llevado al dictado de esta norma Local, sus Autores han resaltado que *"En una declaración efectuada el 1 de junio de 2010 en Estrasburgo, el Grupo de Especialistas en Justicia Amiga de los Niños propone un Proyecto de Pautas del Consejo de Europa para una Justicia Amiga de los Niños, en el cual plantea que de conformidad con la Corte Europea de Derechos Humanos, "El derecho de cualquier persona de tener acceso a la justicia y a un juicio justo en todos sus componentes (incluyendo en particular el derecho a ser informado, el derecho a ser oído, el derecho a una defensa legal y a ser asistido por un defensor), es necesario en una sociedad democrática y también comprende a los niños"*

La Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que: *"...Y aquí es fundamental discernir entre el actual paradigma del niño como sujeto de derechos, que adquiere progresivamente su autonomía de decisión dejando de ser un incapaz y pudiendo actuar en los asuntos que le incumben a través de su asesor letrado, que representará los intereses del niño y no los que los adultos determinen más conveniente, como es el caso de los asesores de incapaces o los curadores ad litem o especiales, como rastro aun persistente del anterior paradigma del niño incapaz y/o objeto y no sujeto de derechos."*

En el particular caso de autos, tenemos que en la Instancia de origen la Sra. Jueza de grado resuelve no hacer lugar de momento al pedido de abogado del niño. Arriba a dicha solución en virtud de que *"el abogado del niño resulta ser una persona ligada al principio de capacidad progresiva que justamente aparece a raíz de la madurez y desarrollo del niño para participar en el proceso"* y toda vez que habiéndose efectuado informe elaborado por la Psicóloga del Juzgado, se concluyó que

la mayor de las niñas (6 años) no presenta el grado de madurez, discernimiento y autonomía suficiente para poder expresar libremente sus intereses y deseos; mientras que la que le sigue (5 años) presenta comprensión parcial de su situación familiar y vital; presentando el más pequeño muy corta edad (2 años).

No podemos dejar de lado que el proceso de familia se nutre de principios que son de capital importancia, como la tutela judicial efectiva (*arts. 8 de la CADH, 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 de la DUDH, que a partir de la reforma constitucional de 1994, integra el bloque constitucional -art. 75, inc. 22 CN-*), el principio de oficiosidad (709 CCCN), el interés superior del niño (art. 3 Ley 26.061), la carga dinámica de las pruebas (art. 710 CCCN); y es en ese sentido que se ha dicho que “[e]l modo e intensidad con que los conflictos familiares irrumpen y la naturaleza de los derechos en juego, requieren un proceso más sensible y de mayor plasticidad, donde el juez debe asumir un rol más activo y dúctil... interesado más por las normas de fondo que por las de forma-, que debe ejercer de manera continua sus deberes a través de una intervención más directa tendiente a “planchar” los pliegues y repliegues del proceso en aras de una tutela judicial efectiva -art. 15. Const. De la Prov. de Bs As.” (Sosa Aubone, Ricardo D., *Los recursos ordinarios en los juzgados de familia de la Provincia de Buenos Aires*, disponible en línea <http://blogs.scba.gov.ar/camaracivil2laplata/files/2014/12/LOS-RECURSOS-EN-LOS-JUZGADOS-DE-FAMILIA-DE-LA-PROVINCIA-DE-BUEN.pdf>).

En ese contexto, esta Alzada confirmó en otra oportunidad la designación de Abogado del Niño –para un niño de 4 años- mientras las circunstancias del caso así lo ameritaran y tal como se lo dispuso en la Instancia; así dijimos *in re* “O., H. J. c/ S. M., V. s/ COMUNICACIÓN CON LOS HIJOS” (RSI 35 Folio 97 del 18/02/2016): “Ha realizado la señora Juez de la Instancia (...) un correcto y pormenorizado estudio acerca de las diversas posturas que se pueden tomar respecto de la asunción de un

representante particular de los Intereses de los Niños en pleitos en los que intervengan o estén implicados, concluyendo su disposición a la manera de una medida cautelar, luego de analizar las constancias de autos a las que se aludiera en el punto quinto de esa resolución, para concluir en el sentido que: *‘Así, realizando una interpretación amplia del Instituto del Abogado del Niño con el objeto de evitar futuras nulidades y a fin de nutrir al niño de autos con todas las garantías que emanan de los instrumentos internacionales y nacionales referenciados, en particular los de la figura del Abogado del Niño reseñada ponderando las particulares circunstancias del caso y recordando que en procedimientos como el de autos se debe dar prioridad a la conveniencia y el interés superior del niño principio rector de toda decisión que involucra a los mismos (...) en virtud de ello sin que la presente implique prejuizgamiento en torno a la materia debatida en autos, habré de disponer con carácter cautelar la designación de un abogado del niño...’* Y esa interpretación amplia del Instituto, a mi criterio, fue realizada en concreta aplicación de los parámetros señalados en las últimas citas doctrinarias, es decir, ante la mera posibilidad de existencia de intereses contrapuestos entre los Representantes Legales y el Menor, diría que más que con fines cautelares fue dispuesta con fines “tutelares” (conf. resolución de esta Sala de fojas 1257/8). **No desconoce esta postura, el criterio de la autonomía progresiva citada y resaltada en los antecedentes que dieran lugar a la sanción de la norma, pues como bien lo manifestara la Sentenciante ha sido una interpretación amplia y para este caso en particular, por lo que la aplicación del Instituto merece ser estudiado conforme las constancias de autos y para cada uno de los supuestos sometidos a juzgamiento.”**- destacado agregado-

Cimentó aún más la postura asumida, el pronunciamiento de la SCBA en el sentido que: *“El art. 27 del decreto nacional 415/2006 -reglamentario de la ley 26.061- dispone que “el derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar*

un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial [conf. art. 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño], todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar. De allí que el traslado corrido al Asesor no satisface aquella exigencia y justifica la nulidad declarada." (conf. SCBA LP C 115519 S 20/05/2015 Juez HITTERS (MA), S. M. A. s/ art. 19 de la C.I.D.N., Kogan -Hitters -Genoud- Soria -Negri-de Lázzari, sumario JUBA B4201284). // En su voto el señor Juez doctor Hitters dijo: "Amén de lo hasta aquí dicho, en punto a la asistencia letrada, cabe agregar en concordante clave de protección de las personas vulnerables, que condiciones y contextos como el descripto imponían rodear a los distintos actos procesales involucrados de especiales características, tanto en lo que hace a su propio desarrollo, como en lo referido a la necesaria asistencia y/o acompañamiento profesional, y así también en cuanto a la explicación e información de los alcances y consecuencias de lo que concretamente estaba en juego (Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad; en especial, reglas 1, 5, 10, 19, 24 b, 28, 30, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 65 y concs.)"

De ello, entiendo que si bien es cierto que la postura asumida por las normas antes citadas, al contemplar la técnica defensa del niño en el proceso, es la de la capacidad progresiva conforme el grado de madurez y evolución de los niños; no es menos cierto que **el Estado debe facilitar las herramientas para que la finalidad de la custodia del Superior Interés del Niño -constitucional, convencional y legalmente establecido y reafirmado- no caiga en saco roto a la manera de simples declaraciones de principios.**

Más aún en casos como el de autos, en los que nos encontramos con niños en **extremas condiciones de vulnerabilidad** -ver que el presente incidente del art. 250 CPCC fue formado en el marco de un expediente de Abrigo-. Pudiendo la causa de abrigo desembocar en otro

tipo de medidas y disposiciones –sin que esto implique prejuzgamiento sobre el fondo de la presente causa-, soy de la idea que -no obstante el grado de madurez evaluado en los niños y el principio de capacidad progresiva- es necesario conocer a ciencia cierta los deseos de los menores. Máxime estando en juego cuestiones tales como el eventual estatus familiar de los pequeños, así como sus enlaces familiares.

Y es por ello que esta Alzada en numerosos expedientes de abrigo ha dispuesto, como una de las primeras medidas una vez elevados los autos al Tribunal, la designación de un abogado del niño que represente los intereses de los pequeños, aun en casos en que los mismos contaban con pocos años de edad cronológica.

Sin desconocer que dicha parcela de la resolución no ha sido recurrida –punto primero-, efectuando una interpretación amplia del Instituto del Abogado del Niño y toda vez que no surge de la legislación vigente limitación alguna en cuanto a la edad de los menores para la designación del "Abogado del niño"; entiendo que a los fines de evitar futuras nulidades así como de ungir a los hermanos F. B. con la totalidad de las garantías emanadas de los instrumentos internacionales y nacionales imperantes en la materia, **debe designarse un único Abogado del Niño para los tres hermanos de autos** en los términos de la ley 14568 y del artículo 27 inciso c de la ley 26061 -en atención a la existencia de compatibilidad de interés e igualdad de defensas, teniendo como norte el superior interés en miras (art. 3 CIDN, art. 706 inciso c, 707 y 709 CCCN) y en atención a los vastos fundamentos expuestos líneas arriba-.

Obiter dicta, cabe recordar lo manifestado por la Corte Interamericana in re "Fornerón", con respecto al carácter fundamental que reviste el factor tiempo en casos como el presente: " En vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales

relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades." (Corte I.D.H., caso Fornerón e hija vs. Argentina, sentencia del 27-IV-2012).

Voto en consecuencia a la Primera Cuestión por la **Negativa**.

A la misma Cuestión, y por los mismos fundamentos, el doctor Rodríguez vota en idéntico sentido.

A la Segunda Cuestión el doctor Vitale dijo:

Teniendo en cuenta el resultado obtenido en la votación de la cuestión que antecede, corresponde **revocar los dos primeros puntos del fallo de la resolución recurrida de fojas 14/6, debiendo dejarse sin efecto la designación de tutor ad litem efectuada para los niños de autos y el rechazo –de momento- de la designación de abogado del niño solicitada.**

En consecuencia designar un único Abogado del Niño para los tres hermanos de autos en los términos de la ley 14568 y del artículo 27 inciso c de la ley 26061, con el norte del superior interés en miras (art. 3 CIDN, art. 706 inciso c, 707 y 709 CCCN); correspondiendo se motorice la pertinente comunicación al Colegio de Abogados Departamental en la Instancia de origen.*

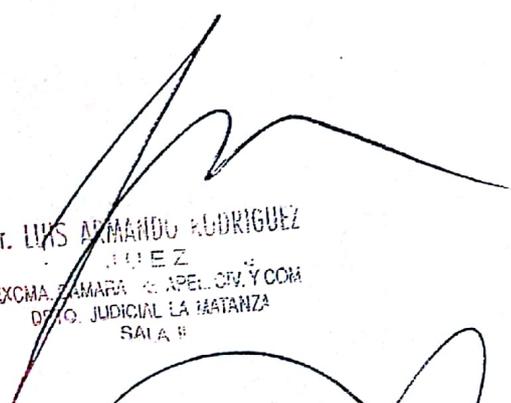
Sin costas en la Alzada en atención a la naturaleza de la cuestión y la manera en que se resuelve (Arg. art. 68 2° parte del CPCC, su Doctrina y Jurisprudencia). Así lo voto.

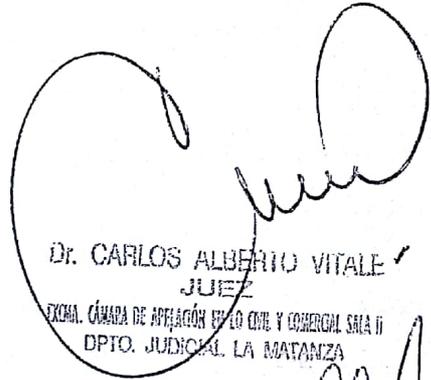
A la misma Cuestión y por idénticos fundamentos el doctor **Rodríguez** vota en el mismo sentido.

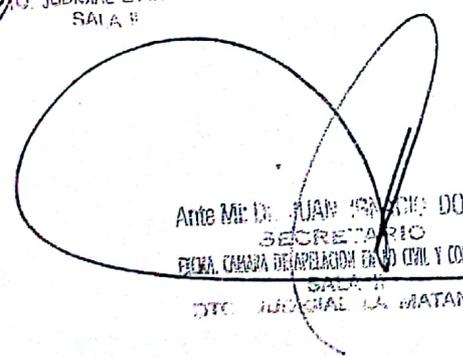
Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente

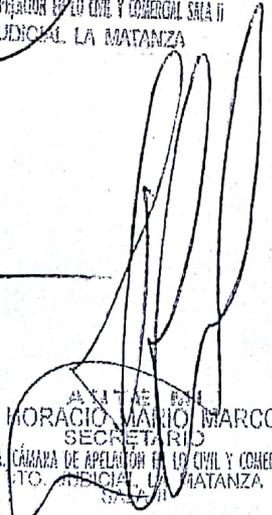
 SENTENCIA

Teniendo en cuenta el resultado que instruye la votación del Acuerdo que antecede, este Tribunal **RESUELVE**: 1) Revocar los dos primeros puntos fallo de la resolución recurrida de fojas 14/6, debiendo dejarse sin efecto la designación de tutor ad litem efectuada para los niños de autos y el rechazo -de momento- de la designación de abogado del niño solicitada; 2) En consecuencia designar un único Abogado del Niño para los tres hermanos de autos en los términos de la ley 14568 y del artículo 27 inciso c de la ley 26061, con el norte del superior interés en miras (art. 3 CIDN, art. 706 inciso c, 707 y 709 CCCN), correspondiendo se motorice la pertinente comunicación al Colegio de Abogados Departamental en la Instancia de origen; 3) Sin costas en la Alzada en atención a la naturaleza de la cuestión y la manera en que se resuelve (Arg. art. 68 2° parte del CPCC, su Doctrina y Jurisprudencia); 4) Regístrese, devuélvase sin más trámite y notifíquese en la Instancia.-


Dr. LUIS ARMANDO RODRIGUEZ
JUEZ
EXCHA. CÁMARA DE APELACIONES CIVIL Y COM.
DPTO. JUDICIAL LA MATANZA
SALA II


Dr. CARLOS ALBERTO VITALE
JUEZ
EXCHA. CÁMARA DE APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL SALA II
DPTO. JUDICIAL LA MATANZA


Ante Mí: Dr. JUAN FRANCISCO DONGO
SECRETARIO
EXCHA. CÁMARA DE APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL
DPTO. JUDICIAL LA MATANZA
SALA II


Ante Mí: Dr. MORACIO MARIO MARCONI
SECRETARIO
EXCHA. CÁMARA DE APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL
DPTO. JUDICIAL LA MATANZA
SALA II