

Y, S. Y. Y, T. Y OTRO S/ART. 250 C.P.C.C. - INCIDENTE FAMILIA

Juzgado 7 - R. 612.508 - Sala G - Expediente N° 91.177/12

///nos Aires, diciembre 13 de 2012.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. Vienen las presentes actuaciones en virtud de la apelación interpuesta por una de las letradas presentadas a fs. 1/6 (en copia), Dra. S. M. B., integrante del Registro de Abogados Amigos de los Niños del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, contra la resolución reproducida a fs. 9/10 en cuanto rechazó la designación solicitada para actuar como abogadas o tutoras *ad litem* de los niños T. H. y S. Y.. Sus agravios obran a fs. 12/14 (en fotocopia). La Defensora de Menores de Cámara en su dictamen de fs. 24/26 solicita se confirme el decisorio atacado.

II. Para decidir como lo hizo el magistrado *a quo* adhirió a la doctrina y jurisprudencia que sostiene que un niño sólo podrá estar en juicio por sí con asistencia de un abogado cuando haya cumplido catorce años, en tanto por debajo de dicha edad su representación corresponde a los padres, al tutor y al Ministerio Público de Menores, habida cuenta su incapacidad absoluta y que el interés superior del niño no puede ser extendido hasta el extremo de autorizarlo a realizar por sí mismo actos jurídicos que se encuentran expresamente vedados por la ley.

La apelante no comparte la interpretación de las normas en conflicto realizada en la anterior instancia y pone de resalto la mayor jerarquía de la Convención de los Derechos del Niño respecto del Código Civil. Destaca que el niño no debe alcanzar ninguna edad para ejercer los derechos que el ordenamiento legal le reconoce (cf. art. 27 inc. c, ley 26.061).

A la vez, aduce que el juez *a quo* no tuvo en cuenta que el contrato con las peticionarias no fue realizado por los niños, sino que el Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad

USO OFICIAL

Autónoma de Buenos Aires en el marco del convenio celebrado con el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, requirió su intervención.

III. Interesa recordar, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3º.1) impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos, atento que corresponde aplicar los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, Ley Fundamental).

La atención principal al interés superior del niño al que alude el precepto citado apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos.

Bajo la hermenéutica antes indicada, la Sala considera que la figura del “abogado del niño” y la asistencia que brinda en los términos del art. 27, inc. c) citado, no puede ser considerada en forma aislada de las garantías mínimas de procedimiento que el propio precepto tiende a asegurar; esto es, a ser oído cada vez que así lo solicite, a que su opinión sea tomada en cuenta al momento de arribar a una decisión, a su activa participación en el proceso, y a utilizar la vía recursiva cuando una decisión lo afecte.

En suma, lo que la norma contempla es la participación de la persona menor de edad en el pleito por su propio derecho y con patrocinio letrado a fin de proporcionarle asistencia profesional y no de sustituir su voluntad, en el marco de la base de garantías a procurar (ser oído, etc.).

No se trata de incorporar una representación más a las que ya tiene con motivo de su minoridad (padres, tutores, promiscua del Ministerio Público o propia del tutor *ad litem* que pueda designar el juez en supuestos específicos; cfr. arts. 57, inc. 2, 59, 61, 62, 274, 397, de la ley sustantiva).

Poder Judicial de la Nación

A poco que se repare en que la participación personal prevista en el citado art. 27 inc. c) esta vedada por el Código Civil a los denominados menores impúberes (art. 127) habida cuenta su incapacidad absoluta para realizar actos jurídicos (cf. arts. 54, 99, 921 y 1041; ver C.N.Civ., sala K, “R., M.A.” del 28/9/06, en La Ley online AR/JUR/7882/2006; ÍDEM, SALA i, “L., R. c/M.Q., M.G.”, del 4/3/09, voto del juez Ojea Quintana, en La Ley 2009-B, p. 730 y El Derecho t. 232, p. 217; ídem, sala A, R. 526.918, del 13/5/09; Ojea Quintana, Julio, “La capacidad progresiva de los menores” en Conte Grand, Julio, dir. “Estudios de Derecho Civil con motivo del Bicentenario”, El Derecho, Buenos Aires, 2011, p. 179; Sambrizi, Eduardo A., “Sobre la calidad de parte de los menores en el juicio de tenencia”, en La Ley 2009-B, p. 731; Basset, Ursula C., “Abogado del niño”, en El Derecho, t. 232, p. 222; Moreno, Gustavo Daniel, “La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño”, en Derecho de Familia, Abeledo Perrot, N° 35, año 2006, p. 55; Favot, María L., “Capacidad progresiva del menor y su incidencia en el régimen de capacidad civil”, en Lexis N° 0003/70057987-1) o que dependerá, desde la perspectiva de la capacidad progresiva, de su grado de madurez (cf. C.N.Civ., sala B, “K., M. y otro c/K., M.D.”, del 19/3/09, en La Ley 2009-B, p. 709; Mizrahi, Mauricio L., “Los derechos del niño y la ley 26.061”, en La Ley 2006-A, p. 858; Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “La representación procesal de los menores”, en La Ley 2009-B, p. 709; Molina, Alejandro C., “El niño en los procesos judiciales. Su derecho a ser escuchado y a ser parte. Distintas alternativas legales”, en El Derecho t. 232, p. 855; Famá, María Victoria, Herrera, Marisa “Crónica de una ley anunciada y ansiada”, en ADLA 2005-E, 5809; Famá, María Victoria, “Alcances de la participación de los niños ya adolescentes en los procesos de familia”, en Jurisprudencia Argentina, 2009-III, p. 40; Massano, Alejandra y Roveda, Eduardo G., “La participación del niño en el proceso judicial de revinculación paterno filial. El abogado del niño”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, Buenos aires, Año 1, N° 2, oct. 2009; ver asimismo Solari, Nestor E., “Elección del abogado del niño”, en La Ley 2009-C, p. 408), no es

difícil concluir que en el caso la edad de T. I. y S. de 9 y 5 años respectivamente (fs. 25 vta.) no habilita tal tipo de participación.

Lo expuesto, no implica desconocer la importancia de su intervención personal en los procesos judiciales que puedan afectar sus intereses, consagrada en la Convención sobre los Derechos del Niño como modo de preservar el interés superior del niño y expresión de la autonomía progresiva que se le reconoce.

Dicha participación exige garantizarle el derecho “a ser escuchado, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”, teniendo “debidamente en cuenta” sus opiniones “en función de la edad y la madurez” art. 12, C.D.N.; arts. 3, inc. b, 24 y 27 incs. a y b, ley 26.061), que debe ser reconocida a todo menor, aún impúber en los términos del art. 127 del Código Civil “en función de la edad y madurez” según reza el precepto antes transcripto (cfr. CNCiv., esta Sala G, r. 579.928 del 27-6-11; íd r. 593.164 del 17-4-2012 y sus citas).

Por su parte, si la designación del abogado del niño -o de un tutor *ad litem*- depende -tal como lo pregona la apelante- de la decisión del juez o de la indicación del Defensora de Menores (conf. CSJN *in re* “P., G. M. y P., C. L. s/protección de persona” del 27-11-2012, p. 195. XLVII), en tanto el nombramiento de la recurrente partió del requerimiento efectuado por el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires -organismo administrativo ajeno al ámbito de esta jurisdicción nacional- al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, la conclusión arribada en la anterior instancia no aparece desacertada.

Resulta categórica la postura contraria asumida por ambos magistrados en tal sentido, a lo que se suma lo puesto de manifiesto por el Ministerio Público de alzada a fs. 26 vta. en torno a la eventual designación, a tales efectos -en el supuesto de considerarse necesario-, del Tutor Público (conf. art. 58, ley 24.946).

Ello no obstante, en consonancia con lo resuelto recientemente por el Superior Tribunal *in re* “P., G. M. y P., C. L. s/protección de persona” del 27-11-2012, p. 195. XLVII, en tanto no surge que los niños -quienes se encuentran institucionalizados desde hace casi un año, sin que los padres o integrantes de la familia ampliada se hayan acercado al hogar (cfr. fs. 120/121 y fs. 144/149, del principal) hubiesen podido ejercer el derecho a ser oídos, la Sala entiende que, en este caso, con el objeto de atender en forma primordial el interés superior del niño, el juez de grado deberá proceder a la designación de un tutor o un letrado especializado en materia de niñez, con el fin de garantizar que sean escuchados y puedan ejercer sus derechos (conf. Fallos: 333:2017); sobre todo si se aprecia el estado de los autos principales y se tiene en cuenta lo puesto de manifiesto por T. -la mayor de los hermanos- acerca de su madre y otro -el menor- de los hermanos (que se encuentra al cuidado de la abuela materna, cfr. fs. 62vta. y fs. 148 del principal).

Conforme a lo puesto de manifiesto, la apelación intentada no tendrá favorable acogida.

En su mérito, de conformidad con lo dictaminado a fs. 24/26 por la Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara, el Tribunal **RESUELVE**: I. Confirmar la resolución copiada a fs. 9/10, con el alcance indicado en la presente. En consecuencia, al volver los autos deberá designarse un tutor o un abogado especializado en niñez. II. Sin costas por no haber mediado sustanciación. III. Notifíquese a la representante del Ministerio Pupilar ante esta Alzada en su despacho. IV. Regístrese y devuélvase a la instancia de grado a la que se encomienda la notificación de la presente a los interesados.

Carlos A. Bellucci

Beatriz A. Areán

Carlos A. Carranza Casares