

P. H. E. c/ F. D. Y. s/ protección contra la violencia familiar

Tribunal: Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata

Sala / Juzgado / Circunscripción / Nominación: I

Partes: P. H. E. c/ F. D. Y. s/ protección contra la violencia familiar

Fecha: 2 de julio de 2024

Colección: Fallos

Cita: MJ-JU-M-153170-AR|MJJ153170|MJJ153170

Voces: VIOLENCIA FAMILIAR - ABOGADO DEL NIÑO - INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La niña que cuenta con escasos meses de edad que se encuentra inmersa en una situación de violencia familiar tiene derecho a ser asistida por un abogado del niño.

Sumario:

1.-Corresponde revocar la resolución que dejó sin efecto la designación del abogado de una niña de escasos meses de edad, producida durante la feria estival, debiendo aquel desplegar un rol activo en aras de la realización urgente de las medidas dispuestas por el juez de feria - muchas de las cuales no se realizaron pese al tiempo transcurrido-, pudiendo aquella requerir en la primera instancia las medidas protectorias que estime correspondientes, y sin perjuicio de lo que en definitiva se decida sobre la necesidad de que siga interviniendo una vez que culmine la instrucción dispuesta (arts. 34 inc. 5 , 163 , 164 , 166 , 260 , 261 y 384 , CPCCN.).

2.-Si bien el art. 12 de la CDN alude al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, ello no debe entenderse como una cortapisa que impida la defensa del niño, sino un piso, que puede ser ampliado, tal como lo ha hecho la Ley 26.061, cuyo art. 27 consagra el derecho a ser asistido por un letrado especializado, sin establecer limitación alguna.

3.-La interpretación sistemática de los arts. 5 y 12 CDN, arts. 25 , 26 , 639 inc. c , 677 , 707 del CCivCom.; arts. 5 , 11 y 35 bis de Ley 13.298 y art. 1 y 5 de su dec. reglamentario 62/2015, exige para la procedencia de la designación de un abogado del niño, que como principio la persona menor de edad posea un grado de madurez suficiente para dar instrucciones a su asistencia letrada, a diferencia del derecho a ser oído que puede ser ejercido a cualquier edad conforme el art. 707 del CCivCom..

4.-Si la naturaleza del abogado del niño, que realiza la defensa técnica del deseo de aquel, requiere que el niño tenga madurez suficiente para tener una opinión propia y capacidad de transmitirla a su abogado, como ya ha dicho esta Sala, la regla indica que ello sería incompatible con la designación de un abogado para niños que por su corta edad no pueden manifestar sus deseos; esta postura, respeta lo establecido en el art. 12.1 de la CDN que alude al niño 'que esté en condiciones de formarse un juicio propio' y ha sido receptada por el art. 26 del CCivCom. que permite, al niño que cuenta con edad y grado de madurez suficiente, intervenir con asistencia letrada en situación de conflicto de intereses con sus representantes legales.

5.-Cuando un niño o adolescente no está en condiciones de identificar adecuadamente sus necesidades, intereses y deseos, y no es posible confiar en la responsabilidad de los padres para suplir ese déficit - sea por incompetencia o conflicto de intereses- y la figura del tutor 'ad litem' (art. 109 , CCivCom.) resulta insuficiente, es necesario una apertura en el análisis en función del interés superior del niño, lo cual permite la actuación oficiosa del juez, el Asesor de Menores (art. 103 , CCivCom.) o la intervención del abogado del niño (arts. 26, CCivCom.; 27, Ley 26.061; 12, CDN).

Fallo:

En la ciudad de La Plata, a los 2 días del mes de Julio de 2024, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Segunda de Apelación, Doctores Jaime Oscar López Muro y Ricardo Daniel Sosa Aubone, para dictar sentencia en los autos caratulados: "P. H. E. C/ F. D. Y. S/ PROTECCION CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR " (causa: 137390), se procedió a

practicar el sorteo que prescriben los artículos 168 de la Constitución de la Provincia, 263 y 266 del Código Procesal, resultando del mismo que debía votar en primer término el doctor López Muro.

LA SALA RESOLVIO PLANTEAR LAS SIGUIENTES CUESTIONES:

1ra. ¿Es justa la sentencia apelada?

2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A la primera cuestión planteada el doctor López Muro dijo:

1) Antecedentes 1.a) Mediante resolución dictada el día 9 de febrero de 2024 el Juzgado resolvió revocar la designación de abogado del niño para M. P. (7 meses) dispuesta por el magistrado que hubiera ejercido la judicatura durante la vigencia de la feria estival de Enero del 2024. Para así decidir consideró que la función del abogado del niño es defender el interés definido por el mismo niño, sin importar si el abogado, el asesor de menores o los padres consideran que es lo mejor para él, por ello, éste tiene que poseer opinión propia y facultades para comunicarle sus deseos e intereses a su patrocinante, de lo contrario la figura del representante letrado autónomo deviene inútil. Asimismo destacó que la niña cuenta con la representación de la Asesora de Menores Ad-hoc designada, Dra. C. M. S.

1.b) Contra dicha forma de resolver se alzó la abogada del niño, a través del recurso de apelación que viene fundado en la pieza del día 20 de febrero de 2024. Explica que habiendo sido designada, procedió a aceptar el cargo, presentándose para ejercer el patrocinio letrado de la niña:M.P (7 meses de edad). Se agravia por considerar que en dicha resolución deben analizarse tres cuestiones, donde no se hace otra cosa que confundir los roles o funciones, coartando a los niños -como sujetos de derecho- de las garantías mínimas del procedimiento, donde se aplica el criterio estricto del art.26 del CCyCN, cuando la ley 26.061 de Protección

Integral no habla de rango etario ni de intereses contrapuestos, sino de garantías mínimas de procedimiento.

Considera que una de las posturas de la doctrina y jurisprudencia en relación a la participación de los NNA con asistencia letrada en los procesos judiciales y administrativos, es que desde que nace tiene derecho a la intervención activa en los procesos de forma autónoma y con representación de un letrado especializado sin considerar la edad y grado de madurez , conforme lo establecido en el art.27 de la ley 26.061 que hace efectivo el derecho reconocido por el art 12 de la CDN.

Agrega que los niños tienen la facultad de intervenir en los procesos administrativos y judiciales con asistencia letrada, desde su nacimiento, no sólo porque es una garantía mínima del procedimiento sino porque es obligación legal del Estado posibilitarles el acceso a la justicia, más aún cuando los NNA son víctimas directas de violencia familiar.

1.c) La Asesora de Menores desinsaculada estimó necesaria la designación de la figura del abogado del niño, ante la ausencia de los progenitores en el Expediente Nº26296, a pesar de reiteradas citaciones como la inacción del Servicio Local de Promoción y Protección de los derechos del niño, niñas y adolescentes de Cañuelas.

2.Tratamiento de los agravios.

2.1.La función del abogado del niño, niña o adolescente.

La ley 14.568 en cumplimiento de lo establecido por el Artículo 12, incisos 1° y 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CDN) -que establecen el derecho de los niños de expresar su opinión-, en sintonía con el derecho a ser oído que consagra el art. 8° -titulado "Garantías Judiciales"- del Pacto de San José de Costa Rica y de lo establecido por el artículo 27 de la Ley 26.061 -de protección integral de las niñas, niños y adolescentes-, instituyó 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" (art. 1). En el último párrafo del artículo 1 se agrega que en dichos procedimientos, "será obligatorio informar al niño, niña y adolescente de su derecho a ser legalmente representado por un Abogado del Niño", lo que permite inferir que debe ser el propio niño o adolescente quien debe estar en condiciones de decidir si ejercerá su derecho de ser asistido por un abogado del niño Si el rol del abogado del niño es defender el interés superior de aquel, su contorno debe ser definido en función de su interés personal e individual y para ello es necesario que el niño tenga opinión propia y facultades para comunicarle sus deseos e intereses a su patrocinante. En ese sentido, se ha dicho que el niño "puede intervenir en forma directa si cuenta con edad y grado de madurez para hacerlo. Si no puede comprender el contenido y sentido de los actos, lo hará en forma indirecta, a través de la figura de su representante legal" ("La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial" Autores: Kemelmajer de Carlucci, Aída - Molina de Juan, Mariel F.; Cita Online: AR/DOC/3850/2015; CNCiv., Sala I, 4/3/09, ED, 232- 218, jueces Gerónimo Sansó, Claudio Ramos Feijóo, Mauricio Luis Mizrahi).

La interpretación sistemática de los arts. 5 y 12 CDN, arts. 25, 26, 639 inciso c, 677, 707 del CCCN; arts. 5, 11 y 35 bis de Ley 13.298 y art. 1 y 5 de su decreto reglamentario 62/2015, exige para la procedencia de la designación de un abogado del niño, que como principio la persona menor de edad posea un grado de madurez suficiente para dar instrucciones a su asistencia letrada, a diferencia del derecho a ser oído que puede ser ejercido a cualquier edad conforme el art. 707 del CCCN.

El decreto reglamentario 415/2006 en su art. 27 hacen particular hincapié en que el letrado del niño, niña o adolescente -NNA- debe respetar y garantizar su intervención en calidad de parte procesal expresando sus intereses y pretensiones en el proceso que se trate, no pudiendo sustituir su opinión. Si la naturaleza del abogado del niño, que realiza la defensa técnica del deseo de aquel, requiere que el niño tenga madurez suficiente para tener una opinión propia y capacidad de trasmitirla a su abogado, como ya ha dicho esta Sala, la regla indica que ello sería incompatible con la designación de un abogado para niños que por su corta edad no pueden manifestar sus deseos.

Esta postura, respeta lo establecido en el art. 12.1 de la CDN que alude al niño "que esté en condiciones de formarse un juicio propio" y ha sido receptada por el art.26 del CCCN que permite, al niño que cuenta con edad y grado de madurez suficiente, intervenir con asistencia letrada en situación de conflicto de intereses con sus representantes legales.

Recuérdese que la capacidad procesal es una manifestación de la capacidad de ejercicio y se rige por las mismas pautas de ésta, aplicándose, en consecuencia, el paradigma de la autonomía progresiva (arg. arts. 5 y 12 CDN; 25, 26, 639 inciso c, 677, 707 y concs. CCCN; 5, 11, 35 bis de Ley 13.298; 1 y 5 dec. 62/2015).

Respecto de la posibilidad de revestir calidad de parte, el actual régimen de capacidad progresiva del CCCN los adolescentes poseen capacidad procesal y puede actuar por si o juntamente con sus padres según lo desee (art. 677 CCN). Sin perjuicio que para los niños que no han alcanzado la edad o el grado de madurez suficiente para actuar en el proceso, toda vez que exista conflicto de intereses entre el niño y sus progenitores, deberá designarse un tutor "ad litem" que representa los intereses particulares del niño en conflicto con sus padres sin desplazarlos en las restantes esferas de la vida del hijo (conf. art. 109 y art. 24 inc b CCCN) pero - a diferencia del abogado del niño- defiende el interés del niño de acuerdo con su leal saber y entender, desde la mirada adulta, quedando mediatizada o directamente desconocida cuál es su verdadera opinión (PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C., "La participación judicial de los niños, niñas y adolescentes", Informe presentado en el Segundo Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, "Los derechos humanos en la familia hacia una armonización de las legislaciones en el Mercosur", celebrado el 24 y 25 de agosto de 2006, Facultad de Derecho, UBA, ps.12 y 13, cita en Kelmelmajer de Carluchi - Molina de Juan ya cit.).

Ahora bien, cuando un niño o adolescente no está en condiciones de identificar adecuadamente sus necesidades, intereses y deseos, y no es posible confiar en la responsabilidad de los padres para suplir ese déficit - sea por incompetencia o conflicto de intereses- y la figura del tutor "ad litem" (art. 109, CCCN) resulta insuficiente, es necesario una apertura en el análisis en función del interés superior del niño, lo cual permite la actuación oficiosa del juez, el Asesor de Menores (art. 103, CCCN) o la intervención del abogado del niño (arts. 26, CCCN; 27, ley 26.061; 12, CDN).

No debe perderse de vista que la actuación de este último es pronunciarse conforme un interés particular (el derecho individual del niño defendido), en favor de la posición más favorable al interés del niño, aun cuando ello vaya en contra de las pretensiones sustentadas por el representante legal del niño. A diferencia del tutor "ad litem", el abogado del niño no representa al niño reemplazando a sus progenitores sino que lo asiste y patrocina en cuestiones de derecho.

Aunque, esto último debe operar en circunstancias especiales, frente a la insuficiencia de los remedios normales, toda vez que ante la ausencia de la voluntad del niño (aunque presente su "interés superior"), la actuación de esta figura en los casos de niños y niñas de corta edad procederá en casos excepcionales.

Si bien el art. 12 de la CDN alude al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, ello no debe entenderse como una cortapisa que impida la defensa del niño, sino un piso, que puede ser ampliado, tal como lo ha hecho la ley 26.061, cuyo art.27 consagra el derecho a ser asistido por un letrado especializado, sin establecer limitación alguna.

Más allá de la postura que se adopte, lo cierto es que la discusión que pueda generar la intervención del abogado del niño no puede perjudicar su interés superior, tal como sucede en autos, donde pese a la gravedad de la denuncia que efectuó el padre y a las medidas dispuestas por el juez de fería, en lo único que se avanzó es en la problemática sobre la procedencia de la intervención del abogado del niño, dejando su tutela de lado.

Sentado ello, corresponde destacar que la designación del abogado del niño se realizó en el presente proceso de violencia familiar, por el juez de fería, quien se expidió en el plano cautelar y superficial -en cuanto al análisis epidérmico que se realiza- que se ventila, donde estaba en juego la salud de una niña de siete (7) meses; y dejó sentado que ello es sin perjuicio de lo que en definitiva disponga el juez natural ampliando y/o modificando las medidas dispuestas, frente a la denuncia de desamparo efectuada por el padre, entre las cuales se destaca: a) abstención de la madre de desplegar y/o efectuar cualquier conducta que pueda lesionar o menoscabar a M. P. de 7 meses de vida; b) comparendo de los padres ante el juzgado una vez reiniciada la actividad judicial; c) designación de Asesor de Menores; d) "Conforme lo establecido en la ley 14.568 y a fin de brindar asistencia legal a la niña M. P. de 7 meses de edad, requiérase a la Directora Administrativa del Registro de Abogados del Niño del Colegio de Abogacía de La Plata

que se designe abogado del niño a a tal fin líbrese oficio (art.27 ley 26.061, art 3 CDN, y Observación General 14 del Comité de los Derechos del niño)" -punto 7 de la resolución dictada el 9/1/2024-; e) ordenar la urgente intervención del Servicio Local; f) proveer asistencia al grupo familiar para atención de la violencia a través del servicio hospitalario; g) imponer a la madre tratamiento psicológico; h) traslado de la madre al Hospital a fin de su evaluación médica; i) posibilidad de comunicación telefónica al 114; j) ordenar la urgente intervención del equipo interdisciplinario de la Comisaría de la Mujer; y k) ordenar una evaluación de la niña.

Lo resuelto por el juez de fería no puede ser modificado por el juez que pasa a intervenir luego del período de receso judicial, por el sólo hecho de no compartir el criterio del magistrado anterior. Se debe respetar lo resuelto, salvo errores materiales u omisiones, ya que ello atentaría contra los principios de preclusión y seguridad jurídica. La facultad del juez, como director del proceso, que emerge del art. 34 del ordenamiento ritual es insuficiente para ello, y mucho menos cuando se invoca como fundamento "un correcto orden procesal y evitar el dispendio de actividad jurisdiccional innecesaria", por lo que la revocación dispuesta no se ajusta a derecho.

Tampoco se observa que la situación de violencia denunciada, que tiene a la niña como víctima, se haya solucionado a fin de dejar sin efecto la designación del abogado del niño que, tal como se ha destacado, lo ha sido en el plano tuitivo cautelar; ni que las medidas ordenadas por el juez de fería se hayan cumplido.

Empero, la actuación de la recurrente -abogada de la niña- tampoco se muestra atenta a los intereses de la niña en cuestión. Su discurso se centra en la procedencia de la figura, en lugar de la asistencia de la niña que tendría a su cuidado, velando porque se cumplan o hayan cumplido las medidas ordenadas en autos, que son las que en definitiva determinarán la necesidad de su presencia.

2.2 Rol de la Asesora de Menores e Incapaces.

Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, no puede perderse de vista el rol esencial que debió cumplir la Asesora de Menores e Incapaces ante la gravedad de la denuncia efectuada por el progenitor de M. en enero de 2024. Sabido es que su función se corresponde con atender la

afectación de los derechos de sus tutelados otorgando respuestas efectivas y no se sustituye por la designación de la abogada de la niña. En su caso, debieron trabajar en conjunto con el fin de proteger los derechos de M.

Es dable recordar que el art. 103 del CCyC rediseñó la función del Ministerio Público reconocida por el art. 120 de la CN como una garantía constitucional para el debido proceso en favor de las personas vulnerables y, ese refuerzo de tutela jurídica, la convalidó como mecanismo de protección y defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes tanto en la esfera judicial como extrajudicial. Su función principal es garantizar el acceso a la justicia de todas las personas en igualdad de condiciones y promover las medidas que hacen a la protección y defensa de los derechos esenciales de ellas, en especial los que se encuentran en situación de vulnerabilidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos incluso se ha expedido en el caso "Furlan y familiares v. Argentina" reconociendo el rol de los Asesores como garantía esencial al debido proceso, reforzado en el caso de niñas niños y adolescentes. (Ley14442) (HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia Código Civil y Comercial comentado y anotado con perspectiva de Género. Editores del Sur. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022. P.589) La Asesora de Menores designada en su carácter de representante principal de la niña (art.103 b. i CCCN), ante la inacción de los progenitores es esencial para el resguardo efectivo de los derechos fundamentales de los niños y debe desplegar un rol activo, siendo quien en uso de las facultades que le atribuye el art. 38 inc. 4 de la ley 14.442, deberá analizar la viabilidad de promover las acciones de fondo correspondientes.

Por todo ello, ponderando los principios que rigen en la materia (art. 706 y 709 CCyC) las especiales circunstancias fácticas que surgen de la causa y la posibilidad de riesgo de la niña, denunciado por el propio progenitor en enero de este año, el rol activo tanto de la judicatura, de la Asesora de Menores designada y de la abogada de la niña, será esencial para el resguardo efectivo de los derechos fundamentales de M., por lo cual se mantiene la designación de la abogada del niño, quien deberá desplegar un rol activo en aras de la realización URGENTE de las medidas dispuestas por el juez de feria -muchas de las cuales no se realizaron pese al tiempo transcurrido-, pudiendo aquella requerir en la primera instancia las medidas protectorias que estime correspondientes, y sin perjuicio de lo que en definitiva se decida sobre la necesidad de que siga interviniendo una vez que culmine la instrucción dispuesta (arts. 34 inc. 5, 163, 164, 166, 260, 261 y 384, C.P.C.C.).

Consecuentemente, voto POR LA NEGATIVA.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Sosa Aubone dijo que: por análogas razones a las meritadas por el colega preopinante, adhería a la solución propuesta; y, en consecuencia, también votaba por la NEGATIVA. .

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr.Lopez Muro dijo:

En atención el acuerdo logrado corresponde, y así lo propongo, revocar lo resuelto en fecha 9 de febrero de 2023, manteniendo la figura de la abogada del niño designada , quien deberá desplegar un rol activo en aras de la realización URGENTE de las medidas dispuestas por el juez de feria -muchas de las cuales no se realizaron pese al tiempo transcurrido-, pudiendo aquella requerir en la primera instancia las medidas protectorias que estime correspondientes, y sin perjuicio de lo que en definitiva se decida sobre la necesidad de que siga interviniendo una vez que culmine la instrucción dispuesta (arts. 34 inc. 5, 163, 164, 166, 260, 261 y 384, C.P.C.C.).

ASI LO VOTO.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Sosa Aubone dijo que: por idénticos motivos, votaba en igual sentido que el doctor Sosa Aubone.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

POR ELLO, y demás fundamentos expuestos, corresponde revocar lo resuelto en fecha 9 de febrero de 2023, manteniendo la figura de la abogada del niño designada, quien deberá desplegar un rol activo en aras de la realización URGENTE de las medidas dispuestas por el juez de feria pudiendo aquella requerir en la primera instancia las medidas protectorias que estime correspondientes, y sin perjuicio de lo que en definitiva se decida sobre la necesidad de que siga interviniendo una vez que culmine la instrucción dispuesta (arts. 34 inc. 5, 163, 164, 166, 260, 261 y 384, C.P.C.C.).Costas de Alzada por su orden (art. 68, 69 del CPCC).

REGISTRESE. NOTIFÍQUESE. DEVUÉLVASE.

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 02/07/2024 13:08:55 - SOSA AUBONE Ricardo Daniel - JUEZ

Funcionario Firmante: 02/07/2024 17:47:56 - LOPEZ MURO Jaime Oscar - JUEZ