



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PROCURACIÓN GENERAL DE LA  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C119241 "Recurso de queja por apelación denegada  
en autos "O. F. L. N. s/abrigo"

Suprema Corte de Justicia:

La Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Departamental en fecha 3 de abril de 2014 resolvió no hacer lugar a la queja interpuesta contra el decisorio que le denegó, a su turno, la apelación interpuesta por considerarla extemporánea (fs.70/1 y vta y 56 y vta.)

Contra dicho resolutorio se alza la sra Asesora de Incapaces, Dra Natalia Diaz, mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de Ley obrante a fs. 74/92 que a continuación paso a examinar.

**I. Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.**

Denuncia la quejosa errónea aplicación de los artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional; 15 de la Constitución provincial; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 59 del Código Civil, 133 y 135 del Código Procesal Civil y Comercial. En particular señala que la decisión atacada viola los principios constitucionales a la igualdad, a la defensa en juicio y a la tutela judicial efectiva.

En particular sostiene que yerra la alzada departamental al equiparar en materia de notificación a figura del asesor de incapaces a la de cualquier justiciable en relación con las normas sobre notificación aplicables al proceso. También destaca que la sentencia en crisis omitió considerar las especiales características del proceso por tratarse de un "abrigo" que involucra derechos fundamentales de los niños y en cuyo trámite el Asesor departamental resulta parte legítima y esencial en representación de los derechos de los niños.

Comcretamente alega que " ..la Excma

Cámara de apelaciones, así como la magistrada de primera instancia, brindan idéntico tratamiento procesal a la figura del Asesor de Incapaces que a la de cualquier justiciable o parte procesal, incluso asimilando a este Ministerio Pupilar a los contemplados “funcionarios judiciales” que señala el art. 135 in fine del C.P.C.C.” (fs. 80 y vta)

En efecto, sostiene que” ...en tanto la particular función y representación que ejerce el Ministerio Pupilar y que en innumerables precedentes ha sido materia de tratamiento por vuestra excelentísima Corte, es que va de suyo las distintivas características que impiden plantear al Asesor de Incapaces en un pie de igualdad con cualquier parte procesal, incluso con los llamados “funcionarios judiciales” (...) Debo destacar que el fallo en que el *a quo* ha fundado la decisión de denegar los recursos de revocatoria y apelación en subsidio, se refiere a la notificación del Defensor Oficial, y no menciona en momento alguno al Asesor de Incapaces. En efecto, basta con compulsar la base de JUBA para comprobar que el fallo citado y otros tantos similares siempre se refieren al defensor oficial más no al asesor de incapaces: no hay un solo fallo que se refiere a la notificación del ministerio pupilar en los términos del art.133 del CPCCBA. Por tanto, no es cierto que la jurisprudencia sea conteste en cuanto a que el Asesor se notifica como cualquier justiciable; es pacífica, en todo caso, cuando se refiere al defensor Oficial, más no puede aplicarse, sin mayor análisis, respecto de la representación del Ministerio Pupilar” (fs. 81 y vta.).

Más concretamente señala que yerra la alzada al equiparar en el trato procesal al Asesor con el Defensor Oficial. En efecto, alega que “ el defensor oficial interviene en el proceso en similares circunstancias que cualquier representación letrada o patrocinio particular -a excepción de su participación en los términos del art. 152 del código civil y del art. 622 del CPCC-, actuando a instancia de la parte a quien brinda su asistencia letrada en el proceso. En cambio, cuando se trata de la figura del Asesor de Incapaces, quien ejerce la representación promiscua de personas menores de edad o de adultos incapaces, no solo participa brindando dictamen en tanto analista y garante de la legalidad, del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PROCURACIÓN GENERAL DE LA  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

resguardo de los derechos de carácter público y de afectación de este grupo o sector vulnerable –por definición- de la sociedad, sino que bajo su extensa y amplia legitimación esta llamado a intervenir de oficio en toda cuestión judicial o extrajudicial en que se vean afectados sus derechos o intereses de sus representados, en todos los fueros...” ( fs. 84)

En apoyo de su postura destaca que la modalidad de notificación en su despacho obedece a la naturaleza de la función que ejerce de conformidad con el artículo 59 del Código Civil y los fallos del Alto Tribunal de la Nación, entre los que cita el renombrado precedente “Pastrana” de fecha 17 de octubre de 2007. (fs 82 vta).

En suma sostiene que la estricta aplicación de la regla que en materia de notificaciones establecen los arts. 133 y 135 del Código Procesal Civil y Comercial conducen a la indefectible afectación de los derechos y garantías constitucionales *supra* alegados, incurriendo en un excesivo rigorismo formal que importa la violación de derechos que han sido consagrados en la Constitución Nacional y en los instrumentos de derechos humanos a ella incorporados como garantía de protección especial de grupos vulnerables. (fs. 86)

Por último destaca que las circunstancias señaladas se realzan en un proceso sobre “abrigo” en virtud del trascendente rol que asume la intervención del ministerio pupilar en defensa y representación de los derechos fundamentales del niño que se encuentra atravesando un conflicto que implica, nada más ni nada menos, que su separación del ámbito familiar de origen.

En tal sentido añade que “..la veda que ha implicado el rechazo de los recursos intentados por esta parte (Asesoría de Incapaces) con basamento en la aplicación de la ley de procedimiento por sobre los principios, derechos y garantías constitucionales y supralegales que merecen preeminencia por sobre aquellos (vgr. Interés superior del niño), han dejado a mi asistidos sin representación alguna en el proceso de abrigo, desprovisto de la

intervención de sus progenitores, así como de este ministerio pupilar, y encontrándose sujeto a una medida administrativa (abrigo) cuyo contralor judicial se ha limitado a la simple evaluación o control de legalidad del acto administrativo que lo adoptara y sin que a la fecha se permitan incorporar y/o proceder conforme lo sugerido y peticionado por esta representante pupilar –peticiones que surgen del nuevo procedimiento de abrigo previsto por las leyes 14528 y 14537– en el entendimiento de la necesidad del contralor de la intervención del efector administrativo y la evaluación de las estrategias por este planteadas” (fs. 90 vta).

**II.** El remedio intentado, en mi opinión, debe prosperar.

En efecto, considero que corresponde hacer lugar al remedio de la impugnante en cuanto alega errónea aplicación del artículo 133 del Código de Procedimiento local en virtud de considerar que la notificación al Ministerio Público Pupilar se debe ordenar de conformidad con el apartado *in fine* del artículo 135 citado, es decir, mediante la remisión al expediente a su despacho, de conformidad con las razones que a continuación señalaré.

En primer lugar, considero que no resulta posible revisar la cuestión traída bajo examen sin antes reparar en la especial naturaleza y función reconocida al Asesor de Incapaces por el Código Civil vigente – y también por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación– e incluso por nuestra Constitución provincial en el artículo 189.

En efecto, una lectura atenta de los artículos 189 de la carta magna local, 59 del Código Civil y 38 de la ley 14442 nos advierte sobre la autonomía reconocida a la función del Ministerio Público Pupilar.

Siguiendo la línea trazada por la impugnante, una equiparación de trato entre el Asesor de Incapaces y el Defensor Oficial implica avalar un avasallamiento sobre las funciones propias del Ministerio Público Pupilar que afecta de modo directo el adecuado funcionamiento del sistema de protección de derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, y de las personas con padecimientos mentales conforme lo establece la “Convención sobre



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PROCURACIÓN GENERAL DE LA  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

los Derechos del Niño", de la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" y demás instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados a nuestro ordenamiento jurídico.

Ello en tanto, las funciones específicas y la naturaleza tuitiva que reviste la intervención del Ministerio Pupilar confiere contenido al imperativo emanado de las normas internacionales y constitucionales de los derechos humanos de los niños y de las personas con padecimientos mentales que establecen el deber de asegurar su derecho a una "protección especial".

El reforzamiento de la tutela jurídica de los derechos de la niñez y de las personas sujetas a intervención judicial por razones de salud mental establecido expresamente por los instrumentos internacionales de derechos humanos – e, incluso, por las leyes locales de protección integral de derechos– ha conducido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a considerar la intervención del Ministerio de Público de Menores e Incapaces como una "medida de compensación" necesaria como mecanismo de protección jurídica de los derechos de los, niños y adolescentes, y personas con padecimientos mentales, y como soporte legal imprescindible en la esfera judicial y extrajudicial. (CIDH, "Furlan y familiares vs Argentina", sentencia del 31 de agosto de 2012, párrafo 238-243 y ccs.)

De ello se desprende que la representación que le compete ejercer a los Asesores de Incapaces, resulta ser bien distinta de aquella que, ceñida a lo procesal y en defecto de abogado particular, ejercen los defensores oficiales de conformidad con el mandato que reciban de su defendido.

En virtud de ello no resulta posible equiparar el rol del Asesor de Menores con el de Defensor Oficial, toda vez que el primero tiene por función primordial integrar un sistema de *representación* y ejercer la defensa de los derechos de los menores e incapaces con carácter de orden público, habida cuenta de su intervención necesaria en defensa de de los intereses que representan, conforme lo expresan los artículos 58, su nota, 59 y 494 y

concordantes del Código Civil.

En otras palabras, no sólo ambos tienen roles distintos, sino que sus funciones son incompatibles, pues mientras que el Defensor Oficial se caracteriza por defender los intereses personales y particulares de los justiciables, el Asesor de Incapaces dictamina de acuerdo a lo que percibe como más conveniente para el niño/a y/o persona con padecimiento mental, es decir conforme a derecho y a su interés superior (conf. art. 3 y ccs. de la Convención sobre los Derechos del Niño; 1,3 y ccs. De la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) Como se advierte, es diferente el origen jurídico que motiva la intervención de uno y de otro, al igual que la relación jurídica que vincula a cada uno con sus asistidos/defendidos.

En relación con la intervención del Ministerio Pupilar se señaló que “ ... La doble representación --legal de los padres o tutor y promiscua del asesor de menores-- es, pues, un recaudo legal y constitucional. Por consiguiente, todo trámite o toda disposición legal que excluya la intervención del asesor de menores o defensor de menores, sea en ámbitos o procesos del derecho privado, como del derecho público, se trate en definitiva de cuestiones penales o civiles que involucren la persona o los bienes de los menores, además de la nulidad genérica ya explicada, hoy es inconstitucional. Por lo tanto, en cada caso en que se ventile algún aspecto de régimen de visitas (...) debe permitírsele al asesor una intervención previa y efectiva. Y el Ministerio de Menores debe exigir que así sea.” (Camps Carlos y Nolfi Luis, “El Ministerio Público y la efectividad del derecho de los menores cuyos padres están separados a mantener contacto con ambos progenitores”, *LexisNexis OnLine*, 7 de agosto de 2004. Destacado propio)

Al respecto resulta preciso recordar la doctrina del Máximo Tribunal de la Nación que concibe la intervención del Asesor de Incapaces como garantía constitucional cuya omisión se sanciona con la nulidad de todo lo actuado (Fallos 330:4498; 332:1115; 333:1152; 334:419; CSJN, " Recurso de Hecho deducido por la defensa oficial de M.S.M. c/ P.C. A",



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PROCURACIÓN GENERAL DE LA  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

sent, del 26 de junio de 2012 y CSJN “S.D.c/R.L.M s/reintegro de hijo” , sent. del 27 de diciembre de 2012, entre otras.)

En suma, en razón de la *especial y esencial* naturaleza del Ministerio Pupilar –como órgano tendiente a asegurar los derechos fundamentales de lo niños e incapaces y a velar por el resguardo de la legalidad–, no resulta posible equiparar su trato –en lo que respecta al modo en que deben efectuarse las notificaciones– al defensor oficial. El carácter ineludible y orden público que caracteriza su intervención –cuya omisión justifica la sanción de nulidad– exige como necesario correlato que su notificación en el proceso se efectúe de conformidad con la regla prevista en el artículo 135 *in fine*, descartando de plano la notificación automática o *ministerio legis* a su respecto.

En tal sentido la doctrina ha puntualizado que “El otro aspecto con que se cierra el artículo 135 esta referido a las notificaciones a los funcionarios judiciales, es decir, a los que integran en principio el ministerio público: procurador general, fiscales de cámaras, agentes fiscales y asesores de incapaces (...) Excluimos a los defensores de pobres y ausentes, pues no obstante que en la ley 5827 también integran el ministerio público, lo cierto es que éstos representan a una de las partes en el litigio y por lo tanto se hallan sometidos a todas las prescripciones de la ley procesal respecto de las mismas, no pudiendo crearse una situación de privilegio en cuanto a las notificaciones , dado que ello importaría quebrantar la igualdad. Por ende, con relación a estos funcionarios sólo procede remitir el expediente al despacho de los mismos a los fines de la notificación, si se dan las notas previstas en el artículo 135, quedando en todas las demás notificados según el sistema regulado en el artículo 133, o sea, martes o viernes en el subsiguiente día hábil. En cambio, con respecto a los nombrados en primer término – procurador general, fiscales de cámaras, agentes fiscales, asesores de incapaces y también peritos oficiales – sólo se notificarán el día que reciban el expediente” (Morello Augusto, Sosa Hualberto Lucas, Berizonce Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, Comentados y anotados, p.744, Librería Editora platense, 1985, Tomo IIB, p.744 y

ccs)

En virtud de lo brevemente expuesto, considero preciso propiciar a VE se haga lugar al remedio interpuesto y se devuelva el expediente a la instancia anterior a fin de que proceda a adecuar el procedimiento a las pautas aquí señaladas.

Tal es mi dictamen.

La Plata, 24 de abril de 2015.

JUAN ANGEL DE OLIVEIRA  
Subprocurador General  
Suprema Corte de Justicia