

CÁMARA DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL - SALA SEGUNDA.
REGISTRO N° 132-R FOLIO N° 237/40
EXPEDIENTE N° 166042. JUZGADO DE FAMILIA
N° 5.

"I R. B. C/ D. R. CH. F. M. S/INCIDENTE DE MODIFICACION DE
CUIDADO PERSONAL DE HIJOS".

Mar del Plata, 11 de abril de 2019.

AUTOS Y VISTOS: Las presentes actuaciones caratuladas: "I. R. B. C/ D. R. CH. F. M. S/ INCIDENTE DE MODIFICACION DE CUIDADO PERSONAL DE HIJOS" traídas a despacho a fin de resolver el recurso de apelación subsidiaria deducido por el Sr. Asesor de Incapaces mediante presentación electrónica del 1-10-2018 a la 01:05:12 p.m., contra la resolución de fs. 683/684.

Y CONSIDERANDO:

I. En el auto cuestionado la Sra. Jueza dispuso la intervención de un abogado del niño a fin de que brinde debida asistencia letrada a M. en la defensa de sus derechos. A tal efecto ordenó el libramiento de oficio al Consultorio Jurídico Gratuito del Colegio de Abogados Departamental para que proceda al sorteo de un/a profesional abogado/a de la matrícula.

Para así decidirlo, argumentó que tal designación a su criterio devenía conveniente y ajustada a derecho tanto por el estado de autos, como por la sostenida incomunicación de los progenitores del niño, la problemática familiar planteada, la 'solicitud expresa de la madre' y los 'propios dichos del menor' (sic- v. fs. 231 y 233), los que indicó que deben ser ameritados a la luz del derecho de M. a una asistencia técnico especializada que le constituya la garantía del debido proceso y el ejercicio del derecho a ser oído de manera útil y eficaz (Circular 6273/16 ley 14.568; Observación N° 12 y 14 CDN). Citó otra normativa nacional y supranacional.

II. En los fundamentos obrantes en la referida presentación electrónica, el apelante alega que si bien la figura del abogado del niño prevista en el art. 27 inc. c de la ley 26061 no establece requisito alguno en cuanto a la edad a los fines de su designación, según lo normado por los arts. 26 y 261 del CCyC y lo establecido genéricamente por la CSJN a partir del fallo "M.G. v. P.C.A." en cuanto a que "(...) la edad propia de una

persona para comprender los actos lícitos se encuentra tasada en los 13 años”, en este caso tal figura implicaría la inserción de M. como parte procesal para dirigir técnicamente a un letrado y peticionar lo que crea es su derecho, circunstancia que traspasa su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta (cuestión que dice, se encuentra debidamente garantizada en autos).

Sostiene que el menor debe ser preservado del conflicto parental, conforme así se expidieron los expertos en las pericias de fs. 1 y 49, informes del PEF de fs. 100/101 y social de fs. 102/105 (conf. expedientillo art. 250 CPCCBA – v. fs. 433, 535/536, 537/538 de esta causa-).

También refiere lo sostenido por los peritos psicólogo y psiquiatra del equipo técnico del juzgado de origen, en cuanto a que el niño debe ser abordado desde lo terapéutico y que si bien cuenta con un amplio lenguaje, se lo observó desorganizado, ansioso, con dificultades de comprensión y capacidad para sostener una entrevista ya sea mediante la palabra o la utilización de técnicas lúdicas.

Agrega que la decisión impugnada fue resuelta sin la intervención del recurrente. Finalmente, sostiene que M. no cuenta con la edad ni con el grado de madurez suficiente para dar directivas ni comprender la funcionalidad que ostenta tal función. De designarse un nuevo auxiliar de la justicia, no podría cumplir su función.

El memorial recibió la réplica de fs. 819/821vta.

III. El recurso merece prosperar.

1. En primer lugar, cabe resaltar que la queja del apelante en cuanto a que la decisión atacada se ha dictado sin haberse dado intervención a su parte (art. 38 ley 14442), dicha cuestión se encuentra superada al habersele otorgado la posibilidad de defensa con el remedio intentado (art. 18 CN; esta Sala en autos “Riggio, Gabriela Beatriz c/ Sebastián, Juan José s/ Divorcio por presentación unilateral – art. 250 CPCC”, expte. 165.803, sentencia del 5-6-2018).

2. Aclarado ello, corresponde señalar que la Opinión Consultiva 17/2002 (Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño) establece que “no existe discriminación por razón de la edad en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes por ser menores (...) no están en condiciones de ejercerla sin

riesgo (...) debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior”.

Sabido es que la participación autónoma del niño o adolescente como parte procesal involucra dos aspectos muy importantes: el derecho a la defensa técnica idónea y el derecho a tener un abogado de confianza; cuestiones que tienen sustento en la garantía amparada por los arts. 12 inc. 2 CDN, 27 inc. c, ley 26061.

La cuestión a dilucidar implica considerar si se exige una edad mínima para poder efectivizar la designación de abogado a un niño. Coincidimos con calificada doctrina autoral, en que el CCyC ha adoptado un criterio flexible-mixto muy razonable. Así ha fijado como regla que si se trata de un adolescente de trece años su capacidad de discernimiento y grado de madurez se presumen. En cambio, si es un niño, le corresponde al magistrado evaluar en cada caso en concreto si cuenta con las condiciones necesarias para poder participar en forma autónoma con asistencia técnica letrada (arg. arts, 677, 679 CCyC; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa, Lloveras, Nora, “Tratado de Derecho de Familia”, Actualización doctrinal y jurisprudencial, 1° edición revisada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2016, T. V-B, p. 407/410; Krasnow, Adriana N., “Interés superior del niño, principio de autonomía progresiva y derecho de participación de niñas, niños y adolescentes. Una tríada inescindible”, citado por Grosman, Cecilia P., Lloveras, Nora, Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa en “Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, N° 86, Septiembre 2018, p. 91; esta Sala, en autos “Lorenzo, María de los Angeles c/ Torchelli, Guillermo s/ Incidente de alimentos – aumento”, expte. 163.309, sentencia del 21-6-2017).

Por otro lado, ambas figuras pueden coexistir, pues mientras el abogado del niño acompaña, patrocina o asiste al niño/a o adolescente, el asesor de menores defiende los intereses del Estado. (art. 27 dto. 415/2006; García Méndez, Emilio, “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 65 citado por Belluscio, Claudio A., “El Abogado del Niño y el Código Civil y Comercial de la Nación”, Doctrina, Utsupra, Origen: Argentina, 9-13-2017, Protocolo A00399490674).

3. Sentado lo anterior, advertimos que en el caso bajo análisis, se observan una serie de connotaciones especiales en torno al principio de la capacidad progresiva que

muestran la innecesaria e inconveniencia de la designación de la figura de abogado del niño:

a) M. cuenta con apenas cuatro años de edad. Ello denota la carencia de grado de discernimiento y madurez suficiente como para tener participación autónoma como parte procesal. Su muy corta edad pone en evidencia las dificultades propias de su etapa evolutiva como para poder dar directivas a un letrado: no tiene aún suficiente capacidad de comprensión, no está en condiciones de formarse un juicio propio, no ha alcanzado su pleno desarrollo, no cuenta con entendimiento apto para llevar a cabo por sí personalmente un acto que pueda ser considerado eficaz (v. opinión del equipo interdisciplinario del juzgado de origen a fs. 485vta in fine).

b) El menor se encuentra atravesando una grave situación, dada la incomunicación de sus progenitores (problemática de los adultos, v. acta de audiencia con integrantes del PEF e informe de fs. 832/vta. del equipo técnico del juzgado de origen; planilla e informes de fs 834/836vta, 838/vta, 852/854 de la Dra. Minicelli, informe y planillas de fs. 873/878, 895/900, 919/921vta., 934/935vta.937/940, 976/979 del equipo interviniente del PEF). Tal incidencia en su estado emocional se vería aún más afectada de confirmarse la resolución apelada (v. informe de los Lics. Macías y Codías de fs. 957/vta.). Pues, la presencia de otro adulto en su entorno impuesto desde el ámbito jurisdiccional y cuya tecnicidad le excede, seguramente en aquél contexto le generaría aún más desconcierto (v. fs. 206).

c) No puede perderse de vista que como consecuencia de la conflictiva familiar se le ha indicado al pequeño tratamiento terapéutico tanto psicológico como psiquiátrico (v. informe de la Lic. Gilmartin, quien a fs. 903 indicó "(...) M. ha retomado el contacto con su padre y ha expresado abiertamente su alegría de poder compartir su vida con ambos progenitores, señalando también que a veces extraña a su madre y a veces a su padre, cuestión que hasta el momento no problematiza al niño, de acuerdo al régimen propuesto por el PEF" (sic); e informe del Dr. Palá de fs. 841, donde consignó que el niño "(...) Referencia bienestar tanto cuando está con su padre como cuando está con su madre, conociendo los conflictos que hay entre sus progenitores" –sic-). Además cabe resaltar lo observado en igual sentido en la audiencia de interacción de fs. 231/233 y lo informado a fs. 485vta. in fine. Atento lo anterior, y pese al conflicto existente, el menor se siente a gusto y disfruta del contacto que mantiene con cada uno de sus progenitores (v. en especial fs. 231).

d) De todo lo actuado se desprende que siempre se ha garantizado la escucha del niño en los términos del art. 12 de la CDN y se ha valorado su opinión (v. sentencia definitiva de este Tribunal del 9-10-2018, fs. 398/403vta. –apart III fs. 399/400-; y acta de fs. 962).

e) Independientemente que las figuras de abogado del niño y asesor de incapaces no se excluyen, se visualiza que en el caso este último tiene participación activa en defensa de los intereses de M. (arts. 103 CcyC; 38 ley 14442; esta Sala, en autos “Marchioni, Fernando Ariel c/ Dulsan, Natalia Paola s/ Medidas precautorias (art. 232 CPCCBA)”, expte. 163.258, sentencia del 6-6-2017).

Por lo tanto, por más loable que sea la figura en cuestión, la que recayera en la Dra. María Elsia Berguño (v. fs. 763/765) –luego suspendida a fs. 811vta. apart. III-, en este supuesto en particular se encuentra alejada del interés que se pretende salvaguardar por no darse los extremos a los que apunta la normativa para que se mantenga su designación.

Por lo expuesto, citas legales, doctrina y jurisprudencia reseñada, y lo normado por los arts. 34, 36, 161, 243, 246 y cctes. del CPCCBA, RESOLVEMOS:

I. Hacer lugar al recurso de apelación subsidiaria articulado por el Sr. Asesor de Incapaces mediante presentación electrónica del 1-10-2018 a la 01:05:12 p.m., y en consecuencia revocar la resolución de fs. 683/684 en cuanto fue materia de agravio.

II. Imponer las costas en el orden causado (art. 68 CPCCBA; esta Sala en causa 166.734, RSI 50 del 6-3-2019).

III. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967).

IV. Registrar el presente y una vez transcurrido el plazo previsto en el art. 267 in fine del CPCCBA, devolver las actuaciones al Juzgado de origen.

RICARDO D. MONTERISI
ROBERTO J. LOUSTAUNAU
Alexis A. Ferrairone
Secretario