



NEUQUEN, 12 de Septiembre del año 2019

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"A.R.O. S/INC. ELEVACION"** (JNQFA4 INC 99094/2019) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. La Sra. Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente N° 2 apela la resolución copiada a fs. 68, en cuanto dispone: *"Téngase presente lo manifestado y hágase saber, que en el marco del art. 49 inc. 3 de la Ley 2302, deberá asesorar al joven respecto a los recursos presentes disponibles (abogado de la matrícula, abogado del niño perteneciente al Cuerpo de Abogados de niños del Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén y/o abogado del Ministerio Público de la Defensa) a fin de que pueda contar con patrocinio letrado"*.

Desestimado el recurso de apelación deducido, esta Sala admite la queja interpuesta (cfr. fs. 83 y 92/95).

A fs. 70/73 se agregan los fundamentos del recurso. La Sra. Defensora señala que de la entrevista mantenida con el joven R.A., de carácter reservado, surge que la propuesta y plan de acción impetrada por ese Ministerio Público no coincide con sus intereses personales, razón por la cual ese Ministerio solicitó a la jueza de grado la designación del

Abogado del Niño, para lo cual correspondía designar a la Defensora del Niño que continúa en orden, a los fines que el adolescente cuente con debida representación de sus intereses personales, sin perjuicio de la intervención de ese Ministerio Público.

Refiere que el asesoramiento al que hace alusión la magistrada se ha cumplido en forma previa, tanto antes como después de la medida de protección excepcional, en fiel cumplimiento de las funciones que la ley 2302 asigna al organismo a su cargo.

En tal sentido, entiende que el adolescente no cuenta con letrado que represente sus intereses personales y, habiendo advertido que existen graves intereses contrapuestos entre lo que el joven opina y desea con lo que ese Ministerio Público entiende que es en beneficio de su interés superior, corresponde a ese Ministerio velar para que se garanticen sus derechos y garantías constitucionales, entre ellos, el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva, la defensa en juicio y el debido proceso legal.

Manifiesta que lo sostenido por la magistrada en cuanto pretender que un niño que se encuentra albergado en un hogar, bajo una medida de protección excepcional, fuera de su ámbito familiar, dejar librado la protección de sus derechos constitucionales a la presentación del adolescente a un organismo del Estado para contar con asesoramiento legal, coloca al joven en un total estado de indefensión, que, según entiende, esa Defensoría y la Sra. Jueza deben velar.

Sostiene que corresponde la designación del Abogado del Niño, toda vez que la protección y la participación son dos principios fundamentales de la Convención sobre los

Derechos del Niño. Señala que R. es parte en este proceso y que negarle la posibilidad de contar con un abogado se aparta del paradigma de protección integral de los derechos que propugna tal Convención y toda normativa interna vigente.

Agrega que su designación garantiza el contradictorio, el derecho de defensa en juicio, la tutela efectiva de sus derechos e intereses y el debido proceso legal, pero sobre todo, su consideración como sujeto derechos humanos fundamentales.

II. El art. 26 del Código Civil y Comercial establece en su primera parte: *"Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.*

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona..."

En efecto, el ejercicio de los derechos por la persona menor de edad se realiza a través de sus representantes legales; pero, si tiene edad y madurez suficiente, puede ejercer por sí algunos actos jurídicos e inclusive tener asistencia letrada propia cuando está en conflicto con quienes lo representan por ley.

Así, en consonancia con lo establecido en los arts. 5° y 12 de la CDN, el segundo párrafo de la norma recoge el

principio de capacidad o autonomía progresiva para el ejercicio de los derechos de conformidad con la evolución de sus facultades, a través de pautas flexibles.

Al respecto se ha dicho: "...es sabido que el ejercicio de los derechos del niño es progresivo. Dicho de otro modo, todos los niños tienen los mismos derechos al nacer, por el sólo hecho de ser personas, pero su ejercicio depende de la evolución de sus facultades. A los padres u otras personas encargadas de su cuidado les corresponde impartir "orientación y dirección" apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad federal... A medida que el niño crece, adquiere discernimiento para comprender el sentido de sus acciones, y, al mismo tiempo, ello implica darle la posibilidad de ejercer y defender sus derechos, siendo así partícipe directo de su propio proceso de desarrollo y madurez. En suma, la noción de autonomía progresiva no está sujeta a una edad cronológica determinada, sino que habrá que verificar en cada caso el discernimiento del niño, su madurez intelectual, psicológica y el suficiente entendimiento. A la vez, se debe tener en cuenta el tipo de acto o hecho de que se trate para analizar, en cada caso, la edad y grado de madurez que se necesita para la efectiva comprensión de la situación planteada, y así si se cuenta con la autonomía adecuada para ejercer por sí determinados derechos. De ahí que la autonomía progresiva no debe interpretarse como un proceso gradual de aumento de la intensidad de los derechos sólo teniéndose en cuenta la edad..."

"Así, el Código reconoce que es tan dañino o violatorio al principio del interés superior del niño impedir el ejercicio de derechos de manera autónoma por parte de los hijos cuando ellos están en condiciones de hacerlo como, la inversa, habilitarlos a decidir por sí cuando no se encuentran

preparados para ello. Lograr el equilibrio es uno de los desafíos más complejos que debió afrontar el Código por aplicación del principio de autonomía progresiva...” (LORENZETTI, Ricardo Luis (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo IV, Art. 639, pag. 274-275).

Es necesario destacar que la base para todos los menores sin diferencia de edad es el derecho a participar en las decisiones sobre su persona, lo que significa que cuentan con la garantía de ser oídos. Pero la comprensión de los actos que vaya a cumplimentar un menor tiene que ampararse con el cumplimiento efectivo y razonado de los efectos que puedan producir. Por eso, la capacidad progresiva hace a la comprensión y no a al derecho a ser tenido como parte en sentido procesal.

Luego, cabe señalar que el derecho a participar en el proceso, reconocido en el art. 707 del CCyC, se encuentra articulado con la representación de los padres, ahora denominada representación parental, en el sentido de encuadrar las obligaciones que tienen los progenitores conforme a tres estándares: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo y c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez.

De existir un conflicto de intereses con sus representantes legales, la intervención autónoma del menor de edad con asistencia letrada debe garantizarse, pero en este caso, el menor debe contar con edad y grado de madurez suficiente, conforme la noción de capacidad progresiva.

Asimismo, es necesario que se justifique el nombramiento de un letrado, de acuerdo a la complejidad del caso y a sus particulares circunstancias.

En ese orden, explica Kielmanovich: *"La aplicación de los referidos derechos y garantías no se limita por la ley a aquellos procesos en los que las niñas, niños y adolescentes sean o vayan a ser partes procesales, sino que aprehende a todos los que los 'afecten', fórmula de una inocultable amplitud que la prudencia de nuestros jueces tendrá que delimitar, pues una interpretación desmesurada podría llevar a sostener que en todo juicio promovido por o contra una persona que tuviese un hijo, niño en los términos de la Convención (ser humano concebido de hasta 18 años, art. 1º, Convención), este podría invocarlos y participar activamente en el mismo, así, v.gr. en el juicio de desalojo seguido contra su padre a objeto de que este fuese condenado a restituir al locador el local en el cual aquel explota un comercio, so color que la resolución del contrato podría importar la merma o ya la supresión de los ingresos familiares e implicar con ello, una pérdida de los recursos destinados para su subsistencia, alimentación, esparcimiento, educación, vivienda o cuidados médicos, situación que en sentido vulgar sin duda que lo 'afectaría'" (KIELMANOVICH, Jorge L., "Reflexiones procesales sobre la ley 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes)", LA LEY, 2005-F, 987).*

Ahora bien, de las constancias de esta causa surge que el joven R.A. se encuentra albergado en el Hogar Conviviendo desde el 14/02/2019 (cfr. fs. 1). Luego, el 3/05/2019 la medida de protección excepcional fue extendida por 120 días (cfr. fs. 79).

Tal como hemos señalado en reiteradas oportunidades, no puede perderse de vista que la Alzada, en sus sentencias, debe atender a las circunstancias existentes al momento en que se las dicta aunque aquellas sean sobrevinientes a la interposición del remedio (Fallos 339:488, entre otros).

En tal sentido, no puede soslayarse que el joven R.A. fue escuchado por la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente en fecha 8/05/2019. De dicha audiencia surge que: *"... En este estadio se le hace saber el derecho que le asiste a contar con un letrado que patrocine sus propios intereses, a lo que dijo que quiere tener un abogado, solicitando se proceda a su designación..."* (fs. 114).

En ese orden, entiendo que lo dispuesto en la providencia cuestionada se encuentra cumplido por la Sra. Defensora, habiendo manifestado el joven R.A. su voluntad de ser patrocinado por un abogado.

En este contexto, y considerando el devenir de las actuaciones principales (conf. resolución dictada en fecha 15/08/2019), entiendo que la jueza de grado deberá merituar la designación solicitada en la audiencia de fecha 5/05/2019, en los términos del art. 26 del Código Civil y Comercial, y con los elementos que surgen de lo actuado a fs. 43/44, 69, 79, 91 y 142, además de ponderar la situación vulnerabilidad que atraviesa el joven R.A.

Tal mi voto.

La Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo: Entiendo que el recurso es procedente.

No se encuentra discutido en este caso, que R. A. M. tiene derecho a designar un "abogado del niño". Tampoco, que pueda elegir a alguno de su confianza.

Pero lo cierto es que, la realidad de su situación, tal como lo expone la Sra. Defensora, determina que el acceso y la posibilidad real de ejercitar "una elección" se encuentre limitada en los hechos: está albergado en un hogar, carece de recursos económicos propios al estar fuera del ámbito familiar, etc.

Por otra parte, tampoco puede desconocerse que es *"...necesario que las personas que lleven la voz del niño al proceso, cuando aquel se presenta en forma autónoma, cuenten con una preparación integral, específica, interdisciplinaria, con herramientas para la resolución pacífica del conflicto, con capacidad de escucha activa suficiente, a fin de poder interpretar el superior interés de ese niño. El ejercicio de este patrocinio es distinto que cuando se trata de un adulto, por ello deben existir reglas, pautas y parámetros homogéneos y objetivos que reglamenten la función... el abogado del niño se limita a apoyarlo técnicamente en su participación autónoma en el proceso. Su tarea consiste en escucharlo, suministrarle un adecuado y acabado asesoramiento sobre las circunstancias del conflicto en que está inmerso que le posibilite al niño, niña o adolescente comprenderlo, pero, más importantes aún, entender las consecuencias y los riesgos de la decisión que el propio menor adopte, presentar la postura del su patrocinado en el juicio y llevar la dirección técnica del proceso"* (cfr. LA FIGURA DEL ABOGADO DEL NIÑO, Venini, Guillermina Publicado en: LA LEY 18/01/2019 , 1 • LA LEY 2019-A , 555 • LA LEY 21/01/2019 , 1 • DFyP 2019 (abril) , 163).

Y si es razonable que la asistencia técnica, en estos casos, esté puesta en manos de un letrado con especial preparación para el conocimiento y abordaje de una causa donde se ventilan sus intereses, en este concreto escenario, entiendo que le asiste razón a la Sra. Defensora, y la designación debe recaer en otra de las Defensora del Niño, Niña y Adolescentes.

Es que frente a la falta de previsión de otro mecanismo, y considerando que entre las funciones previstas por la ley 2302 se encuentra la de "asesorar jurídicamente al niño y al adolescente" (art. 49, inc. 2); "promover y ejercer las acciones para la protección de los derechos individuales e intereses de incidencia colectiva, difusos o colectivos relativos a la infancia" (inc. 3), tal solución se presenta plausible.

Es que ninguna duda cabe de que el niño, niña o adolescente puede elegir participar en forma autónoma y seleccionar a un abogado. Pero el juez/jueza pueden rechazar designaciones cuando el abogado/a no acredite la debida preparación y condiciones y, asimismo, ante un supuesto de imposibilidad real de acceder a uno (tal como en el momento actual se presenta en este caso), designar a un defensor oficial. Conforme a las razones que he dado, se muestra razonable que tal designación recaiga en otro Defensor de los Derechos del Niño, más allá de las cuestiones y planteos que, luego de acceder a un efectivo asesoramiento letrado, R.A.M. pudiera efectuar.

Porque, como señala la ya citada Venini *"Necesariamente se impone la existencia de una normativa más clara en relación con la figura, quizás adecuando los procedimientos judiciales a los principios y normativas*

convencional-constitucionales y de fondo referenciados en los apartados anteriores; no obstante, frente a las lagunas procesales será el juez el que deberá asegurar al niño, cualquiera sea su edad, el goce efectivo de sus derechos y proteger su interés superior..."

Es que es necesario el máximo empeño por parte de las autoridades "para velar por la materialización de tal garantía que contribuirá, en gran medida, a que el resto de las normas no sean "letra muerta" o queden aletargadas, como simples intenciones o deseos del legislador. Se conecta directamente la eficaz vigencia de la garantía a la plena visibilidad de los derechos humanos de la infancia..." (cfr. EL ABOGADO DEL NIÑO EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. COMENTARIO A LA NORMATIVA REGLAMENTARIA, Jáuregui, Rodolfo G. Publicado en: LLBA 2016 (mayo) , 287 • DFyP 2016 (noviembre) , 42).

En definitiva, no desconozco el dilema que la cuestión presenta en tanto involucra dos aspectos en íntima relación: el derecho a la defensa técnica idónea y el derecho a tener un abogado de confianza.

Pero lo cierto es que, en las circunstancias concretas de esta causa, no proceder a una designación importa dejar en letra muerta las garantías acordadas tanto en el plano nacional como supranacional: "Las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento... si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son

aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías" (cfr. CIDH, Opinión consultiva OC-17/2002. EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU INCLUSIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. EL MENOR COMO PARTE EN EL PROCESO, Luft, Marcelo E. Publicado en: RCCyC 2016 (marzo) , 85 • DJ 11/05/2016 , 13).

Ello, además, encuentra correlato en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, estableciendo que la edad es uno de los criterios para considerar a una persona en situación de vulnerabilidad, y disponiendo en su art. 5 que "todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo" (reglas a las que ha adherido el TSJ mediante Acuerdo 4612/10, punto 19).

En función de lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de apelación deducido por la Sra. Defensora del Niño y del Adolescente N° 2 y en consecuencia, revocar la providencia de fs. 68, debiendo, en la instancia de grado, procederse a la inmediata designación de un abogado para que R.O.A.M. intervenga en los presentes con asistencia letrada, la que recaerá en un Defensor/a de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente distinto al interviniente en autos. **MI VOTO.**

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. **Marcelo MEDORI**, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la Dra. **Cecilia PAMPHILE** adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.-

Por lo expuesto, **POR MAYORIA**

SE RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso interpuesto por la Sra. Defensora del Niño y Adolescente N° 2 y en consecuencia, revocar la providencia de fs. 68, debiendo, en la instancia de grado, procederse a la inmediata designación de un abogado para que R.O.A.M. intervenga en los presentes con asistencia letrada, la que recaerá en un Defensor/a de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente distinto al interviniente en autos.

2.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Cecilia PAMPHILE

JUEZA

Jorge D. PASCUARELLI

JUEZ

Marcelo MEDORI

JUEZ

Estefanía MARTIARENA

SECRETARIA