



NEUQUEN, 24 de noviembre del año 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados **"MERINO CRISPINO MOISES S/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS"** (EXP N° 373875/2008) venidos en apelación del **JUZGADO CIVIL N° 4** a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Mónica MORALEJO**, y

CONSIDERANDO:

I.- Que vienen los presentes a estudio Sala en virtud del recurso incoado a fs. 69 por el actor contra la resolución de primera instancia de 68 y vta. que declara la caducidad de la instancia.

Cuestiona el quejoso en su memorial de fs. 72/75 que la a-quo haya declarado la perención de la instancia con excesivo rigorismo formal, omitiendo considerar las especiales circunstancias del caso, lo que se traduce en la violación del art. 45 de la ley 2302, art. 47 de la Constitución Provincial y violación de la Convención sobre los Derecho del niño incorporada por ésta.

Aduce que su mandante se presentó por sí -en carácter de concubino, pero esencialmente para poder litigar sin gastos en un proceso en el cual sus hijos reclaman por la pérdida de la madre que dio origen no solo a la acción de daños y perjuicios (Expte 383014/08), sino a una prueba anticipada (Expte 374672/08) y también a una medida autosatisfactiva (Expte 373874/08) a fin de reclamar que el Estado Provincial, mediante el hospital público que le otorgara mejores cuidados, material descartable, atención especializada, además de denunciar la falta de asepsia.

Alega que esta situación no ha sido valorada por la sentenciante, especialmente que en el proceso principal



hay elementos que demuestran la situación de vulnerabilidad de los menores, lo que no ha sido considerado, no dando así cumplimiento al art. 49 de la 2302 y en franca violación al art. 47 de la Constitución Provincial. Seguidamente apoya su pedido en las Reglas de Brasilia y cita jurisprudencia que entiende aplicable al caso.

Agrega que se encuentra producida toda la prueba a excepción de la informativa al Registro de la Propiedad Automotor, por lo que solicita se revoque la resolución que declara la perención de la instancia y le impone las costas

Corrido el pertinente traslado, la contraria peticiona se declare desierto el recurso por no reunir el memorial los recaudos prescriptos en el art. 365 del CPCyC. Subsidiariamente, contesta los agravios rechazando los mismos y solicita se confirme la resolución atacada.

A fs. 96 vta., la Defensora de los derechos del Niño y Adolescente, considera que la decisión de primera instancia debe ser revocada.

II. Planteada la cuestión, entendemos que su abordaje exige efectuar una serie de consideraciones, respecto de la posición que ha sostenido esta Sala sobre la caducidad de instancia y la particular interpretación que, en este caso, corresponde efectuar teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de los menores.

Efectuado un análisis del presente y en atención a que se encuentran comprometidos intereses de menores, se advierte que la solución que finiquita el proceso no se presenta razonable y, por lo tanto, debe ser revocada.

Tal como afirmara esta Sala en el Expte 456875/11: ... "es sabido que la perención de la instancia, como instituto disvalioso que es, debe gozar de una interpretación restrictiva y que, al igual que en el caso de las nulidades, toda tarea hermenéutica debe estar presidida por el principio



de conservación procesal, indicador que -en caso de duda- debe estarse por la declaración de validez de determinados actos procedimentales (cfr. CCCR S. 3º, "Brunelli, Antonio c Pastochi, Ángel", Nº 9.612).

De las constancias del presente surge que el Sr. Merino al efectuar su presentación de fs. 6 y vta., expresa claramente que inicia estas actuaciones con el fin de hacer frente a los gastos de la promoción del juicio sumario por indemnización de daños y perjuicios contra la Provincia de Neuquén y cualquier otra persona que resulte responsable de los daños causados a la Sra. Castro Rosa Liliana como consecuencia de la mala praxis, dejando aclarado en su petitorio, pto 3, que actuará en el futuro en nombre y representación de sus hijos menores.

Así, corresponde considerar que en el presente se encuentran involucrados intereses de esos niños, y que hasta su elevación a esta Alzada, la Defensora de los derechos del niño y el adolescente no había tomado la debida intervención en tiempo y forma, por lo que esas deficiencias deben ser subsanadas.

En tal sentido hemos de reseñar lo expuesto en su oportunidad por esta Sala en el Expte 1520/13: "...tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su OC-17 "en los procedimientos judiciales y administrativos que involucren a los niños deben observarse los principios y las normas del debido proceso legal, atendiendo a las particularidades que se derivan de su condición específica". De este modo, todos los recaudos que se exigen para realizar el proceso justo constitucional del adulto rigen para el del niño, con un plus adicional determinado por su especial condición."

"Esto debemos contextualizarlo dentro de las garantías que integran el proceso constitucional, que deben ser no sólo observadas sino, más aún, reforzadas frente a la



condición de niño del destinatario del servicio de justicia. Así: "...deben considerarse una serie de principios y garantías propias de la materia de la niñez para conformar un núcleo fundamental... que contemple un principio de discriminación positiva para procurar equidad y compensar mediante mayores y más específicas garantías estas situaciones de franca desigualdad que existen en la realidad". Traducir estas asimetrías fácticas en desigualdades de tratamiento jurídico no viola el principio de igualdad (art. 16 CN), sino que resulta una discriminación positiva como instrumento de protección (art. 75 inc 23 CN), por cuanto la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley a los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de ellos. Es que la aspiración de justicia excede la concepción aristotélica de "dar a cada uno lo suyo", planteándose en la modernidad actual como una pretensión de "igualdad de poder".

"La CIDH se ha referido a esta necesidad de nivelación en una OC ajena al tema de infancia en estos términos: "El proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real... y adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan la defensa eficaz de los propios intereses... para... un verdadero acceso a la justicia y... un debido proceso legal en condiciones de igualdad"... (cfr. Fernández Silvia E. "Rol del Asesor de Menores a la luz del sistema de Protección integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Nuevos Perfiles del debido proceso constitucional de infancia" en "REDEFINIENDO EL ROL DEL ASESOR DE MENORES. MONOGRAFÍAS SELECCIONADAS EN EL CONCURSO REALIZADO EN LAS XXII JORNADAS NACIONALES DE LOS MINISTERIOS PÚBLICOS 2009, Eudeba)."

"Y esto, 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 una persona en situación



de vulnerabilidad, y disponiendo en el 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)."

Dicho esto, resulta claro que la intervención del Ministerio Pupilar debió conferirse con carácter previo a la toma de la decisión jurisdiccional, circunstancia que no fue cumplimentada en autos.

Y en tal sentido el antecedente anteriormente señalado expresa: "...entiendo importante enfatizar la necesaria concepción tuitiva que debe impregnar la interpretación de las normas procesales, cuando se encuentran involucrados derechos de un menor.

Desde esta perspectiva de tutela, está diseñada la necesaria intervención del Ministerio Pupilar, a fin de evitar que queden comprometidas "las garantías de defensa en juicio, del debido proceso legal, de acceder a la justicia en un pie de igualdad, y el derecho a ser oído, tutelados -con relación a los menores- por la Constitución Nacional y por la Convención sobre los Derechos del Niño... Cabe recordar que la Corte, concordemente con lo señalado en el dictamen de la Defensoría Oficial y a la reiterada doctrina sobre el tema, expresó en un reciente caso que es "...descalificable la sentencia que, al confirmar una resolución, omitió dar intervención al ministerio pupilar para que ejerciera la representación promiscua a pesar de que dicha resolución comprometía en forma directa los intereses de la menor, lo que importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado a dicho ministerio, y no sólo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones" (conf. C. 1096. XLIII. R.O. -Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSeS s/ daños y perjuicios-,



sentencia del 19 de mayo de 2009, ver también Fallos: 325:1347 y 330:4498 y doctrina de Fallos: 305:1945 y 320:1291)."

"Es menester agregar que de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 59, 493 y 494 y art. 54 de la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946, el Defensor de Menores es parte esencial y legítima en todo asunto judicial o extrajudicial en el que intervenga un menor de edad, e incluso puede deducir todas las acciones y adoptar las medidas que sean necesarias para su mejor defensa en juicio, bajo pena de nulidad de todo acto que hubiere lugar sin su participación..." (del dictamen del Procurador Fiscal, que la CSJN hace suyo en autos "Rivera, Rosa Patricia", 06/07/2010)."

En este contexto, es justamente que, la ley 2302 establece en su artículo 49 que: "El defensor de los Derechos del Niño y Adolescente, deberá velar por la protección integral de los derechos de los niños y adolescentes. Será ejercida por su titular, los defensores adjuntos, un equipo interdisciplinario y personal administrativo. Sus funciones y atribuciones, además de las establecidas en el artículo 59 del Código Civil y en la ley Orgánica de Tribunales, serán:

Defender los derechos de los niños y adolescentes por sobre cualquier otro interés o derecho, privilegiando siempre su interés superior...".

"Por su parte, el artículo 67 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que: "...Corresponde a los defensores de primera instancia: a) Intervenir -como parte legítima y esencial- en todos los asuntos civiles, comerciales, laborales y de minería, de jurisdicción contenciosa o voluntaria, donde hubiere menores o incapaces que demandaren o fueren demandados, o que afectaren su persona o bienes, ejerciendo su representación promiscua o directa..."

Y, por eso también es que el Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente, "... debe intervenir en aquellos momentos donde resulta necesario promover o requerir



medidas conducentes a la protección de las personas y de los bienes de los menores, suplir la inacción de los representantes legales o controlar su actuación.

Es decir: su intervención no se limita a controlar o suplir la participación del menor en un juicio al demandar o contestar demanda, sino que además le corresponde actuar en otras etapas procesales, que tienen incidencia directa en la defensa de su derecho.

En el ejercicio de sus facultades, entre otras medidas, puede ampliar una demanda interpuesta por los progenitores, como así también oponer defensas.

En la etapa probatoria, pueden ofrecer o ampliar las pruebas ofrecidas por los representantes necesarios, alegar e intervenir en instancias superiores.

Para ello, es necesario que se le dé la participación adecuada y oportuna..." (cfr. Casado, Eduardo J., "Alcances de la participación del Ministerio Público Pupilar en los procesos judiciales", Publicado en: DFyP 2011 (agosto), 84 Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2011-04-19 ~ Faifman, Ruth Myriam y otros c. Estado Nacional Fallos 334:419).

"Porque, como señala Toselli y es importante remarcar: "...Va de suyo que tal disposición legal es de carácter imperativo y de orden público, consagrando en favor de los "incapaces" un sistema de protección general a aplicarse "automáticamente" cualquiera sea la situación jurídica en la que se encuentren; es un reaseguro que tiende a garantizar a aquellos que carecen de discernimiento – suficiente– la protección derivada de su situación de debilidad comparativamente establecida con la persona capaz."

"Así, si la ley califica como esencial y legítima la calidad de parte del Ministerio Público mal podrá alegarse en normas de rango inferior el hallazgo de un fenómeno jurídico que "fulmine" la legitimación de la



Defensoría de Menores e Incapaces o Asesoría Tutelar, o del Instituto que nos ocupa cualquiera sea su denominación; así, en sentido inverso, pretender desconocerle o cuando menos, poner en dudas su misión esencial y primordial, equivale a negarle la verdadera razón que justifica su propia existencia..." (cfr. Toselli, Juan Carlos, "La necesaria intervención del Ministerio Pupilar: finalidad, función y legitimación procesal", Publicado en: LA LEY 2011-B, 338)..." (cfr. sentencia del 22/08/12, Exp. 385710/9)."

Por lo expuesto, corresponda revocar la resolución dictada en instancia de origen por no haber tenido debida intervención el Ministerio Pupilar, con costas en el orden causado atento a las particularidades del caso.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

- 1.- Revocar la resolución de fojas 68 y vta. en todo cuanto fue materia de agravios y disponer la continuidad del proceso.
- 2.- Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (art. 68, 2da parte, Código Procesal).
- 3.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la resolución recurrida.
- 4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE
Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA