

**Abogado del niño. Asesor de incapaces. Incompatibilidad.
19/4/2012
(C.A.Civ.Com., Mar del Plata, Sala 3ª, R., J. M. y otros)**

Extracto del Fallo:

"... El juez de Responsabilidad Penal Juvenil en la audiencia celebrada ... dispuso designar, a fin de que desempeñe la función del abogado del niño en el sub lite, a un asesor de incapaces. Sostuvo que el art. 27, inc. c, ley 26061, determina que el rol del abogado del niño debe ser ejercido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia y siendo que no encuentra ningún funcionario con mayor idoneidad para el desempeño de dicha especial función, el asesor de incapaces resultaría el funcionario idóneo para ello.

... La asesora de incapaces, ... interpuso recurso de apelación ...

(...)

... corresponde precisar que la ley 26061 establece la participación del niño a través de un abogado como garantía procedimental en todos los procesos judiciales y aun en los procedimientos administrativos, con ello la ley nacional pretende observar las pautas constitucionales establecidas por la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 4 y 12, CDN, y 75, inc. 22, CN.).

En este sentido, el art. 27, inc. c, ley 26061, establece que las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a ser asistidos por un abogado preferentemente especializado ...

Al respecto, el dec. regl. 415 establece que "El derecho a la asistencia letrada previsto en el inc. c, del art. 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar...".

... debemos valorar que las leyes bonaerenses no tratan especialmente este punto; por ende, las reglas nacionales sobre el particular (ley 26061 y su dec. reglamentario) resultan de aplicación en todo el territorio de la Provincia de Buenos Aires.

... la ley 26061 constituye un piso mínimo, al que las provincias pueden mejorar, profundizar o sumar derechos, pero sin desconocer las normativas de mínima de esta legislación nacional ...

... este derecho incluido por la ley 26061, implica la elección de un abogado que ejerza la defensa técnica de los intereses del niño, de manera diferenciada de las pretensiones de los representantes legales (Ministerio Pupilar) de este último. Este

derecho resulta aplicable en sintonía con el principio de capacidad progresiva del niño y su consecuente derecho a participar activamente del proceso ...

... es: resultan compatibles las funciones del Ministerio Pupilar con las del abogado del niño. Entendemos que no.

(...)

... resulta incompatible que un Asesor de Incapaces defienda en un mismo proceso los intereses particulares del niño en el rol de abogado del niño y por otro lado, por intermedio de otro Funcionario en el rol de Asesor, dictamine de acuerdo con lo que el percibe como más conveniente para el niño, es decir dictamine conforme a derecho y al interés superior del niño (art. 3, CDN), pues ello resulta insuficiente para proveer al niño la participación activa mediante una defensa técnica especializada, como la que dispone el art. 12.2, CDN ...".

Fallo Completo:

2ª INSTANCIA. Mar del Plata, abril 19 de 2012.

Consideramos que:

I. El juez de Responsabilidad Penal Juvenil en la audiencia celebrada el día 30/11/2011 dispuso designar, a fin de que desempeñe la función del abogado del niño en el sub lite, a un asesor de incapaces. Sostuvo que el art. 27, inc. c, ley 26061, determina que el rol del abogado del niño debe ser ejercido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia y siendo que no encuentra ningún funcionario con mayor idoneidad para el desempeño de dicha especial función, el asesor de incapaces resultaría el funcionario idóneo para ello.

II. La asesora de incapaces, Dra. Adriana Varela, interpuso recurso de apelación a fs. 1484, fundándolo a fs. 1576/79, con argumentos que no merecieron respuesta de la Sra. S., madre del menor J., R.

Como primer fundamento argumenta que la resolución en crisis resulta contraria a las leyes que regulan las funciones del asesor de incapaces, como así también se presenta en clara contradicción con lo establecido en el decreto 415/2006 que reglamenta el art. 27, inc. c, ley 26061.

Señala en segundo lugar que el asesor de incapaces, tal como lo establecen los arts. 120, CN., 41, CDN; 59, CCiv., integra la garantía de defensa de los menores e incapaces como "...parte legítima y esencial en todo asunto judicial y/o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que los incapaces demanden o sean demandados...".

Asimismo, manifiesta que en el orden provincial la ley 12061 establece que el asesor de incapaces actúa con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y

en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales.

Subraya que de acuerdo con todo lo expuesto la función y el criterio de actuación del Asesor de Incapaces difiere con la figura del abogado del niño incorporada por la ley 26061, pues este último defiende los intereses particulares del niño de acuerdo con la voluntad del propio niño, desempeñando la defensa técnica en pos de lograr una decisión judicial que resulte favorable a esa voluntad.

Finalmente, sostiene que las diferencias son sustanciales, el abogado del niño es un letrado que patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño, sin sustituir su propia voluntad; mientras que el Asesor de Incapaces es el representante que en todos los asuntos judiciales y extrajudiciales el derecho de fondo le asigna al niño para defensa de sus derechos. Cita dictamen de la Procuración de la Provincia de Bs. As. en apoyo a su tesis.

III. Inicialmente corresponde precisar que la ley 26061 establece la participación del niño a través de un abogado como garantía procedimental en todos los procesos judiciales y aun en los procedimientos administrativos, con ello la ley nacional pretende observar las pautas constitucionales establecidas por la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 4 y 12, CDN, y 75, inc. 22, CN.).

En este sentido, el art. 27, inc. c, ley 26061, establece que las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a ser asistidos por un abogado preferentemente especializado en derecho de niñez desde el inicio del proceso judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine.

Al respecto, el dec. regl. 415 establece que "El derecho a la asistencia letrada previsto en el inc. c, del art. 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar...".

Por otra parte, debemos valorar que las leyes bonaerenses no tratan especialmente este punto; por ende, las reglas nacionales sobre el particular (ley 26061 y su dec. reglamentario) resultan de aplicación en todo el territorio de la Provincia de Buenos Aires.

Al respecto, la ley 26061 constituye un piso mínimo, al que las provincias pueden mejorar, profundizar o sumar derechos, pero sin desconocer las normativas de mínima de esta legislación nacional (conf. Gil Domínguez, A.; Fama, M. V. y Herrera, M., "Ley de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Derecho Constitucional de Familia"; Ed. Ediar, 2007, Buenos Aires, ps. 27/28)

Conforme lo expuesto podemos señalar que este derecho incluido por la ley 26061, implica la elección de un abogado que ejerza la defensa técnica de los intereses del

niño, de manera diferenciada de las pretensiones de los representantes legales (Ministerio Pupilar) de este último. Este derecho resulta aplicable en sintonía con el principio de capacidad progresiva del niño y su consecuente derecho a participar activamente del proceso (conf. Loyarte, Dolores, "Incidencia del Sistema Legal de Protección de los Derecho del Niño en el derecho de familia. Panorama constitucional, civil y procesal de las cuestiones más relevantes", en "Temas claves en materia de Protección y Promoción de Derechos de niños, niñas y adolescentes en la Pcia. de Bs. As.", Editado por el Instituto de Estudios Judiciales de la SCBA y UNICEF, 2011, p. 82).

Ahora bien, atento a lo expuesto lo que nos debemos preguntar en primer término, es: resultan compatibles las funciones del Ministerio Pupilar con las del abogado del niño. Entendemos que no.

Veamos. El Ministerio Pupilar es defensor, por mandato constitucional y legal de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes en la medida de su indisponibilidad, sin confundirse con la defensa técnica, que en el marco de un proceso como el sub lite realiza el propio niño por sí con su abogado a quien se le asigna, de acuerdo con lo que dispone el art. 27, ley 26061, la defensa de los intereses particulares en un conflicto y prestan su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a sus clientes (conf. Moreno, Gustavo D., "La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño", pub. en "Derecho de Familia", n. 35 Nov./Dic.. 2006, Ed. LexisNexis, p. 60).

Expresa D'Antonio que "...el criterio que debe presidir la intervención de los Magistrados del Ministerio Público de Menores es el de pronunciarse conforme a derecho, no debiendo necesariamente plegarse a la posición del niño y aun cuando su dictamen contraríe las pretensiones sustentadas por el representante necesario..." (D'Antonio, Daniel, "Derecho de menores", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 380).

En el mismo sentido, la Procuradora General de la SCBA, Dra. María del Carmen Falbo, en oportunidad de emitir su dictamen en los autos "P. s/priv. de patria potestad y estado de adoptabilidad" sostuvo, con relación a la designación del Ministerio Pupilar en la función de Abogado del Niño, que "...Pretender asignarle la defensa técnica de la joven causante, no sólo resulta incompatible con el rol que le imponen el Código de Fondo y la ley del Ministerio Público, sino que pone en jaque y hace peligrar este nuevo desempeño que la ley de Protección Integral de los Derechos del Niño coloca en su cabeza, esto es, el de garante de la satisfacción de los derechos de la infancia. Ello conllevaría sin más abdicar de su función natural, a la que extensamente he referido en párrafos anteriores, provocando la invalidez de todo pronunciamiento dictado en esas condiciones (conf. Corte Sup., P 2501 XXXVIII, sent. del 17/10/2007)..." (Dictamen de la Procuradora de la Sup. Corte Bs. As. en "P. s/priv. de patria potestad y estado de adoptabilidad" del 4/6/2008).

En definitiva, y como ya lo adelantáramos, resulta incompatible que un Asesor de Incapaces defienda en un mismo proceso los intereses particulares del niño en el rol de abogado del niño y por otro lado, por intermedio de otro Funcionario en el rol de Asesor, dictamine de acuerdo con lo que el percibe como más conveniente para el

niño, es decir dictamine conforme a derecho y al interés superior del niño (art. 3, CDN), pues ello resulta insuficiente para proveer al niño la participación activa mediante una defensa técnica especializada, como la que dispone el art. 12.2, CDN.

Por todo lo expuesto, se revoca la designación de un asesor de incapaces como abogado del niño, efectuado por el juez de grado en la audiencia de fs. 1469 (arts. 3, 12.2 y concs., CDN; 75, inc. 22 y concs., CN; 27, inc. c, ley 26061 y dec. regl. 415/2006; 59, 264, 274 y concs., CCiv.).

Ahora bien, a partir de lo dispuesto precedentemente, debemos efectuarnos una segunda pregunta ¿Quién debe ejercer, en el sub lite, la función del "Abogado del niño"?

El art. 27, inc. c, in fine establece que "...En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine...".

En consecuencia de ello, y atento que el menor de autos no cuenta con recursos económicos necesarios como para solventar un abogado de la matrícula, entendemos que quien debe ejercer el rol del "abogado del niño" del menor J., R., a fin de garantizar el acceso al derecho previsto en el inc. c del art. 27, ley 26061 es un Defensor Oficial Civil (art. cit. de la ley 26061 y dec. regl. 415).

Ello así, por resultar la Defensa Oficial el organismo del estado que habrá de cumplir con la manda impuesta por el art. 27, ley 26061, ante la falta de recursos del niño (conf. art. cit.)

En conclusión, se revoca la designación del asesor de incapaces como abogado del niño, debiendo designarse en dicho rol, atento a la falta de recursos del niño, al defensor oficial civil que corresponda.

Por ello, citas legales y doctrinarias efectuadas y lo normado por los arts. 34, inc. 3, apart. b, y 5, 36, 68, 69, 161, 241, 242, 246, 260 y concs., CPCC, y lo previsto en los arts. 3, 4, 12.2 y concs., CDN; 27, inc. c, ley 26061, dec. regl. 415, 56, 264, 274 y concs., CCiv.; resolvemos:

I) Hacer lugar al recurso de apelación deducido a fs. 1484, por la asesora de incapaces y, en consecuencia, revocar, con los alcances expuestos, el proveído de fs. 1469, en lo que ha sido materia de agravio;

II) No se imponen costas atento la inexistencia de controversia (arts. 68, 69 y concs., CPCC).

Regístrese. Transcurrido el plazo del art. 267, CPCC, devuélvase. Nélide I. Zampini. Alfredo E. Méndez. (Sec.: Pablo D. Antonini).