



128440
PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MP - CFM

Causa n°:

Registro n° :

REG. SENT. NRO. 182/21, LIBRO SENTENCIAS LXXVII JDO. LOBOS

En la ciudad de La Plata, a los 10 días del mes de Agosto de 2021 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Segunda de Apelación, Doctores Jaime Oscar López Muro y Ricardo Daniel Sosa Aubone, para dictar sentencia en los autos caratulados: "P.M.A.A. C/L.M.A. S/ALIMENTOS (DIGITAL) " (causa: 128440), se procedió a practicar el sorteo que prescriben los artículos 168 de la Constitución de la Provincia, 263 y 266 del Código Procesal, resultando del mismo que debía votar en primer término el doctor Sosa Aubone.

LA SALA RESOLVIO PLANTEAR LAS SIGUIENTES CUESTIONES:

1ra. ¿Es justa la apelada sentencia de fecha 22/9/20?

2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A la primera cuestión planteada el doctor Sosa Aubone dijo:

I. El juez "a quo" el 22/9/20 denegó la solicitud del señor M.A.L. tendiente a que se designe un abogado del niño para sus hijos.

Para así decidir, consideró que los niños N., M. y J.L., como titulares de derechos, pueden decidir cómo y cuándo ejercerlos y recordó que en la entrevista personal les informó sobre su derecho a participar en el proceso y a solicitar el patrocinio de un abogado del niño y **ninguno de ellos expresó**



Causa n°:

128440

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Registro n° :

intenciones de participar del proceso, ni de solicitar la designación de un abogado del niño. Aclaró que el abogado del niño es la forma que adopta procesalmente el derecho de estos a contar con asistencia letrada (defensa técnica del niño) y participar personalmente en el proceso, **por tanto requiere que tenga madurez suficiente**, sino se confundiría con el tutor ad litem. Agregó que la tesis contraria implicaría retornar al esquema tutelar que la Doctrina de la Protección Integral de los Derechos del Niño pretendió soterrar y malinterpretar el esquema de funcionamiento de los derechos consagrados convencional, constitucional y legalmente y **el perfil concreto de la figura del abogado del niño que, los asiste y patrocina, defiende la postura e intereses sostenidos por los niños.**

II. El demandado apeló esta decisión el 29/9/20, recurso que fue concedido el 29/12/20, fundado con la memoria del 12/1/21 y contestado el 18/2/21.

Se agravia el apelante porque a su entender **no existe una limitación de edad para designar abogado del niño**, pues todos son ciudadanos y tienen los mismos derechos, y esta interpretación viola al acceso a la justicia (art 15 CP) y el derecho de defensa (art 18 CN). Agrega que no existe dictamen del Lic. Valerga (presente en la audiencia) que acredite que los niños no tienen **un grado de madurez suficiente** para pedir la asistencia del abogado del niño y que dos de ellos en su escrito de fecha 22/9/2020 solicitaron su designación. En apoyo de su postura, cita a Solari quien opina



Causa n°:

128440

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Registro n° :

que el art. 27 de la ley 26.061 no condiciona tal intervención a la edad del sujeto, por lo que la designación deberá hacerse en todos los casos en que se halle en juego cuestiones que afecten a un niño y considera que el derecho a tener un patrocinio letrado es independiente también de la capacidad progresiva.

III. Liminarmente, corresponde señalar que el abogado del niño expresa "*los **intereses personales e individuales** de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que interviene en carácter de parte, sin perjuicio de la actuación complementaria del Ministerio Público*" (Art. 1º, ley 14.568). Si la función del abogado del niño **defender el interés definido por el mismo niño** - sin importar si el abogado, el asesor de menores o los padres consideran que es lo mejor para él-, entonces éste tiene que poseer opinión propia y facultades para comunicarle sus deseos e intereses a su patrocinante. En ese sentido se ha dicho que el niño "*puede intervenir en forma directa si cuenta con edad y grado de madurez para hacerlo. Si no puede comprender el contenido y sentido de los actos, lo hará en forma indirecta, a través de la figura de su representante legal*" ("La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial" Autores: Kemelmajer de Carlucci, Aída - Molina de Juan, Mariel F.; Cita Online: AR/DOC/3850/2015; CNCiv., Sala I, 4/3/09, ED, 232-218, jueces Gerónimo Sansó, Claudio Ramos Feijóo, Mauricio Luis Mizrahi).



Causa n°:

128440

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Registro n° :

En ese sentido el art 5° del decreto N° 62/2015 -reglamentario de la ley 14568- señala que “el Ministerio de Justicia establecerá las pautas y el procedimiento correspondiente, a los efectos del pago de las acciones derivadas de las **actuaciones de los abogados patrocinantes de los niños, niñas y/o adolescentes** -Abogados del Niño-...”, lo cual define cuál será la forma de intervención de los abogados del niño en el proceso. Y, por otro lado, el art 1 indica que “En cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo en el que se encuentre afectado el interés personal e individual de un niño, niña y/o adolescente, el juez con asistencia del representante del Ministerio Público, o en su caso, la autoridad administrativa, deberán informarle personalmente al niño, niña y/o adolescente, acerca del derecho que le asiste a ser representado por un Abogado del Niño”, lo cual fue cumplido en el presente.

Por lo expuesto coincidimos con el "*a quo*" respecto de que la interpretación sistemática de los arts. 5 y 12 CDN, arts. 25, 26, 639 inciso c, 677, 707 del CCCN; arts. 5, 11 y 35 bis de Ley 13.298 y art. 1 y 5 de su decreto reglamentario 62/2015, exige para la procedencia de la designación de un abogado del niño, que la persona menor de edad posea un grado de madurez suficiente para dar instrucciones a su asistencia letrada, a diferencia del derecho a ser oído que puede ser ejercido a cualquier edad conf. art. 707 CCCN (debe ser escuchado toda vez que lo manifieste).



Causa n°:

128440

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Registro n° :

IV. Respecto del agravio dirigido a que no existe dictamen que indique que no poseen madurez suficiente, por lo que se presume que la tienen, cabe señalar que -en un todo de acuerdo con lo apuntado anteriormente- la persona menor de edad puede designar a su abogado cuando posee madurez suficiente para tener su opinión propia y darle instrucciones, y esta situación coincide con la capacidad procesal. Recuérdese que la capacidad procesal es una manifestación de la capacidad de ejercicio y se rige por las mismas pautas de la capacidad de ejercicio aplicándose, en consecuencia, el paradigma de la autonomía progresiva (arg. arts. 5 y 12 CDN; 25, 26, 639 inciso c, 677, 707 y concs. CCCN; 5, 11, 35 bis de Ley 13.298; 1 y 5 dec. 62/2015).

El segundo párrafo del art. 677 del CCCN establece la presunción legal de que el adolescente cuenta con capacidad para ejercer por sí los actos procesales (intervenir personalmente en un proceso con patrocinio letrado) y por lo tanto se presume que puede dar instrucciones al abogado del niño, sin perjuicio que puede demostrarse lo contrario mediante incidente.

En cambio, en el caso de los niños menores de 13 años para demostrar esta capacidad procesal deberá realizarse un incidente (arg. art. 24 inc b CCCN). Si los niños no han alcanzado la edad o el grado de madurez suficiente para actuar en el proceso, toda vez que exista conflicto de intereses entre el niño y sus progenitores, deberá designarse un *tutor ad litem* que representa los intereses particulares del niño en conflicto con sus padres sin desplazarlos en las restantes esferas de la vida del hijo (conf. art. 109) pero



Causa n°:

128440

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Registro n° :

-a diferencia del abogado del niño- defiende el interés del niño de acuerdo con su leal saber y entender, desde la mirada adulta, quedando mediatizada o directamente desconocida cuál es su verdadera opinión (PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C., "La participación judicial de los niños, niñas y adolescentes", Informe presentado en el Segundo Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, "Los derechos humanos en la familia hacia una armonización de las legislaciones en el Mercosur", celebrado el 24 y 25 de agosto de 2006, Facultad de Derecho, UBA, ps. 12 y 13, cita en Kelmelmajer de Carluchi - Molina de Juan ya cit.).

Por ende, si bien no existe una edad como límite para designar abogado del niño, pues se aplica el paradigma de la capacidad progresiva (el art. 24 inc 2 CCCN y cctes), en el presente caso los hijos adolescentes, N. (nacido el 25/7/06) y M. (nacido el 27/8/08) tendrían la posibilidad de designar abogado del niño, en tanto J. por ser menor de 13 años (nacido el 25/1/10) no puede hacerlo, pues no se ha demostrado que posea madurez suficiente.

V. Sin embargo, esto no brinda andamiaje a la procedencia de la designación pues no debe olvidarse que el art. 26 2ºparr. CCCN **supedita la participación con abogado a la oposición de intereses del niño con sus representantes legales** (Kemelmajer de Carlucci, Aída - Molina de Juan, Mariel F., "La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial", Cita Online: AR/DOC/3850/2015). Entendemos que esto es razonable, pues si sus intereses y deseos coinciden con la pretensión de uno de ellos, ya están



Causa n°:

128440

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Registro n° :

debidamente representados, y no tendría sentido destinar recursos del Estado a “reforzar” con otro abogado la defensa técnica que ya está realizando el progenitor en representación del hijo.

En ese sentido se ha sostenido que, **de existir intereses contrapuestos entre los menores y sus padres**, resulta conveniente en función del interés superior del niño que los mismos tengan una asistencia letrada que traiga al juicio la voz y el interés de ambos en forma separada del planteo de sus progenitores, e independiente de la representación promiscua que corresponde al Ministerio Público” (CNCiv., Sala I, 4/3/09, ED, 232-218). Y “este derecho incluido por la ley 26.061, 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...** en sintonía con el principio de capacidad progresiva del niño y su consecuente derecho a participar activamente del proceso” - CCC MAR DEL PLATA SALA TERCERA, s. 19/04/2012, "R., J. M.; M. A.; G. N.; C., S. L.; V. M. s/ Protección de persona" – Expte. Nro. 146389, elDial AA75C9, publicado el: 5/9/2012).

Cabe aclarar que justamente en la audiencia donde se les informa a los niños el derecho que les asiste a designar un abogado propio (art. 1º del decreto reglamentario de la ley 14568) es cuando el juez debe indagar cuáles son sus deseos e intereses, no solo al efecto de escuchar su opinión (art. 707 CCCN), sino para evaluar justamente si su pretensión se opone a la de ambos padres, en cuyo caso requiere defensa técnica diferenciada. Por ejemplo, la



Causa n°:

128440

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Registro n° :

madre y padre pretenden el cuidado personal unilateral a su favor y los hijos el compartido y proponen una distribución de los días.

De la lectura del escrito del 22/9/20 -titulado “responden consulta” - en que J. y N. solicitan abogado no surge cuál es su pretensión. Según lo manifestado por el padre, coincidiría con la de él, con quien además actualmente convive N. El padre señala que los intereses de sus hijos se contraponen con los de la madre, y el interés jurídico en contar con abogado propio radica en que si empeorara su salud de tal forma que ya no pudiera representar esa pretensión (“si algo le pasara”) este interés quedaría sin protección. **Este perjuicio no es actual, sino eventual.** Y en el caso que esto sucediera y **si** el proceso continuara, ante el cambio de situación de hecho deberán evaluar cuál es su deseo e interés y **si** estimasen que su pretensión se contrapone a la de la madre, podrán designar a su abogado.

VI. Finalmente consideramos que teniendo en cuenta que este proceso persigue la fijación de una cuota de alimentos, la intervención personal del niño, niña o adolescente no se considera justificada.

Consecuentemente, voto **POR LA AFIRMATIVA.**

A la primera cuestión planteada el señor Juez doctor López Muro dijo que: por análogas razones a las meritadas por el colega preopinante adhería a la solución propuesta y en consecuencia también votaba por la **AFIRMATIVA.**



Causa n°:

128440

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Registro n° :

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Sosa Aubone

dijo:

Atendiendo al acuerdo logrado corresponde, y así lo propongo, confirmar la decisión recurrida, con costas a la parte apelante en su objetiva condición de vencida (art. 68 del CPCC).

ASI LO VOTO.

A la segunda cuestión planteada el señor Juez doctor López Muro

dijo que: por idénticos motivos votaba en igual sentido que el doctor Sosa Aubone.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

POR ELLO, y demás fundamentos expuestos se confirma la decisión recurrida. Costas a la parte apelante. **REG. NOTIFIQUESE en los términos del art. 1° de la Ac. 3991 SCBA del 21/10/20. DEVUELVA.**

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 10/08/2021 10:51:54 - LÓPEZ MURO Jaime Oscar - JUEZ

Funcionario Firmante: 10/08/2021 11:04:36 - SOSA AUBONE Ricardo Daniel - JUEZ