



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

MP

En la ciudad de La Plata, a los 11 días del mes de Octubre de 2022, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Excma. Cámara Segunda de Apelación, Sala Primera, doctores Jaime Oscar López Muro y Ricardo Daniel Sosa Aubone, para dictar sentencia en los autos caratulados: "D. M. C. C/ C. S. S/ INCIDENTE DE COMUNICACIÓN CON LOS HIJOS (causa: 127567), 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 LÓPEZ MURO.

LA SALA RESOLVIO PLANTEAR LAS SIGUIENTES CUESTIONES:

1ra. ¿Es ajustada a derecho la decisión de fecha 21/3/22

2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A la primera cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. López Muro dijo:

1. La decisión

El 21/03/22 el Sr. Juez de grado hizo lugar al pedido del Sr. C. -el progenitor de los jóvenes L. y L- y removió al Dr. P. S. A., como su "abogado del niño"; designó un tutor especial para L. C. y un segundo tutor especial diferente para L. C. (arg. art. 3CDN y arts. 198 y 232 C.PCC), impuso las costas /de la incidencia en el orden causado atento la manera en que se resolvía y teniendo en miras que se hizo teniendo en miras el mejor interés de dos jóvenes (art. 71 del CPCC). También libró oficios a la SCBA, y al Colegio de la Abogacía para su conocimiento.

Para así decidir consideró respecto de L. que no tuvo contacto directo desde hace casi 2 años -es decir desde antes de la pandemia- y no se ha garantizado la posibilidad de participar al joven en debida manera, no



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

ha intentado desde "el patrocinio o representación" habilitar mecanismos para que **L** participe "con voz propia" en el proceso. Según refiere su abogado tiene imposibilitado la escritura y el habla, pero no se ha delimitado sus facultades a efectos de no confundir o superponer figuras (patrocinante o apoderado) y generar una actividad iatrogénica para **L**. Agrega que actúa con poca claridad y no delimita su función de garantir el ejercicio de los derechos de **L**, algunas veces dice ser patrocinante y otras como representante, instó un pedido de internación según dijo en la audiencia a instancia de la progenitora -que posee intereses encontrados con **L**- y en la demanda dice a instancia de la Institución Reencuentro, y a veces actúa por pedido de su hermana **L**. En suma, que no esta representando los intereses de **L**, contrapuestos con sus progenitores y **L**, y la designación de un tutor ad litem -tutor especial- es la figura que desde un principio el joven **L** hubiera necesitado.

Consideró que si **L** es objeto de influencias indebidas o presiones por parte de su entorno o si padeció quizá una situación vivencial traumatizante o inestabilidad afectiva, eso le impide o le dificulta severamente comprender las consecuencias de sus actos y, por lo tanto, trasmitir una visión confiable de sus necesidades. Por ello, a los efectos de salvaguardar sus derechos, también debe ser removido el abogado del niño y designarse en su lugar tutor especial, pero en este caso para una actuación autónoma diferente al de su hermano **L**. Ello sin perjuicio de lo manifestado por **L** -en entrevista ante la Asistente Social del Juzgado con fecha 14/2/22 en autos caratulados "**L** C s/materia a categorizar" n° Expte 317/2022- donde dice sentirse conforme con la representación del Dr. A., entendiendo el juez que dicha opinión no comulga con su mejor interés.

2. El recurso

Contra esa decisión interpuso recurso el 28/3/22 el Dr. A., en representación de **L** y **L C**, que fue rechazado. Interpuso entonces queja, que fue concedida el 2/6/22, fundando el recurso con el memorial de fecha



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

14/6/22.

Se agravian los apelantes entendiendo que corresponde reinstalar al Dr. A. en su función pues remover al abogado del niño y nombrar en su lugar a un tutor ad litem para **L.** y otro para **L.** violenta los derechos a participar activamente y hacerse oír en cada proceso que los afecta, garantizados por el art. 26 CCC , art 27 L 26061 y tratados internacionales.

Respecto de **L.** sostiene que el Dr. A. no tiene responsabilidad por la falta de atención del derecho a la salud y no existe falta de acceso a la educación, porque esta yendo al colegio según el certificado. Agrega que no puede cuestionársele que no tuviera contacto con los niños porque la pandemia justificó que sólo tuviera contacto por whats app o gmail. Entiende que fue correcta su actuación respecto de realizar la demanda de pedido de internación de **L.** pues el médico psiquiatra indicó la internación y el juzgado sería quien decidiera si es procedente. Agrega que es la progenitora quien se ocupa de elegir los médicos tratantes por estar a cargo de su cuidado personal, el letrado no tiene injerencia.

L., por su parte, se agravia porque no ha sido oída respecto de la continuidad del Dr. A. y porque los informes en que se basa el juez para decir que no tiene opinión propia han sido impugnados.

Finalmente sostienen los apelantes que el juez se extralimitó al decidir la remoción porque la SCBA devolvió el expediente al sólo efecto de resolver sobre la petición del Sr. C. del 15/6/21 (en que denuncia que el abogado trataba de dilatar el proceso trayendo supuestos hechos que han sido juzgados en sede penal).

3. El dictamen

La Asesora aconseja rechazar el recurso interpuesto pues la sentencia apelada ha meritado las constancias de autos, no desoyendo ninguna medida requerida por las partes, contemplando los reales intereses involucrados en autos y ha decidido atendiendo al superior interés de los niños y contando con toda la información y evaluaciones requeridas por las



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

partes y materializadas a través de las pruebas ofrecidas y de la opinión calificada del Cuerpo Técnico. Destaca que **L.** carece de la autonomía suficiente para expresarse en juicio, lo que motivó la designación de tutor ad litem. Respecto de **L.**, la ambigua actuación del letrado, a veces como abogado de la adolescente y otras patrocinando los intereses maternos, desaconsejan que continúe ejerciendo la delicada función de Abogado del Niño.

4. Tratamiento de los agravios.

4.1. Los agravios de los dos adolescentes deben tratarse en forma diferenciada pues su situación es distinta.

El hecho de que **L.** padezca una patología perteneciente al Trastorno del Espectro Autista, que por su gravedad no le permite comunicarse -ni oralmente ni por escrito- no es un hecho controvertido. Abordando el agravio sobre que el tutor ad litem no asegura su participación activa en el proceso y su derecho a ser oído, cabe señalar que, en principio, cuando un niño cuenta con un grado de madurez suficiente o es adolescente, aflora con claridad la posibilidad de actuar como parte con un abogado del niño.

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 es defender el interés superior del niño, cuyo contorno debe ser definido en función del interés personal e individual del mismo niño -más allá de la subjetividad del abogado, el asesor de menores o los padres consideran que es lo mejor-, lo conveniente es que este tenga 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



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

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).

En ese orden, el art 5º 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 no fue cumplido en el presente.

Por lo expuesto, 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 como principio 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).

En ese sentido, el decreto reglamentario 415/2006 en su art. 27 hacen particular hincapié en que el letrado del niño, niña o adolescente - NNA- debe respetar y garantizar su intervención en calidad de parte procesal



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

expresando sus intereses y pretensiones en el proceso que se trate no pudiendo sustituir su opinión.

El último párrafo del artículo 1, obligación de informarle que tiene el derecho a designar un abogado del niño, supone que debe ser el propio niño o adolescente quien debe estar en condiciones de decidir si ejercerá su derecho (tal como el derecho a ser oído).

Si la naturaleza del abogado del niño, que realiza la defensa técnica del deseo del menor o adolescente, requiere que el niño tenga madurez suficiente para tener una opinión propia y capacidad de trasmitirla a su abogado, entonces nunca debió designarse un abogado el niño a L. sin tener en cuenta si el mismo posee condiciones para manifestar si quiere ejercer su derecho a poseer un abogado diferente del de sus padres.

Recuérdese que la capacidad procesal es una manifestación de la capacidad de ejercicio y se rige por las mismas pautas de ésta, 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. ("P., M. A. C/ L., M. A. S/ALIMENTOS (DIGITAL) ",s. 10/8/21, causa: 128440).

Respecto de la posibilidad de revestir calidad de parte, durante la vigencia del Código Civil la SCBA ha dicho que "las prescripciones de la ley 26.061 deben ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a nuestra legislación de fondo. En este sentido, las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, de acuerdo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (art. 54, inc. 2º del Código Civil), como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte." (CSJN, 23/6/2012, "Recurso de hecho deducido por la Defensora). Pero en el actual régimen de capacidad progresiva del CCCN los adolescentes poseen capacidad procesal y puede actuar por si o juntamente con sus padres según lo deseé (art. 677 CCN). Sin perjuicio que 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 y art. 24 inc b CCCN) pero -a diferencia del abogado del niño- defiende el interés del niño de acuerdo con su leal saber y entender, desde la mirada adulta, quedando mediatisada 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.).

Cabe aclarar que en el presente caso como se designó por el juzgado (y quedó consentido) el abogado no actuó como patrocinante, pues L. no pudo manifestarle -al menos ello es lo que surge de lo actuado- cual es su deseo o interés, sino que su intervención se asimila a la de un apoderado, siendo la designación por el colegio instrumentación suficiente del mandato.

4.2. En suma, en la especial situación de salud de L., no puede considerarse que se viole su derecho a ser parte por no poseer el patrocinio del abogado del niño y ni que lo perjudique su sustitución por un tutor ad



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

litem.

4.3. Por otra parte, no se hace cargo el apelante de los argumentos del juez respecto que incumplió su función pues su posición de defensa de la postura de **L.** y su madre (que coinciden) le ha impedido peticionar contra la Sra. D. en resguardo de los derechos de la salud y educación de **L.**, que ella no ha garantizado, al extremo de peticionar su internación por pedido de ella, sin merituar si era el mejor interés de **L.**.

Por todo lo expuesto cabe confirmar la designación de un tutor ad litem que represente la pretensión de **L.**, que prima facie no coincide con la del padre, ni la madre, sin perjuicio de la representación promiscua del Asesor de Menores.

4.4. Ingresando en el agravio de **L.**, asiste razón a la adolescente respecto que tiene derecho a que un abogado realice la defensa de su posición (interés personal, autodefinido) y no puede ser sustituido por el hipotético caso que su deseo no coincide con su mejor interés (cuestión que se definirá al momento de la decisión). La función de defender sus derechos cuando según la visión adulta no coincide con su posición, la representará la Asesora de Menores, como aquí ha sucedido (ver dictámenes de fecha 25 de noviembre de 2021, 11 de febrero de 2022 y 4 de marzo de 2022 respectivamente).

Es decir, aunque **L.** no pudiera discriminar adecuadamente sus necesidades, tiene derecho a la defensa técnica de su pretensión personal y no es justa causa para la remoción de su patrocinante si está llevando a cabo tal cometido. El 'abogado del niño' debe representar legalmente sus deseos. En cambio, el tutor ad litem es un abogado que se designa para representar a un incapaz cuando no puede conocerse su opinión, o no tiene representante legal que la defienda, hasta tanto se designe, o cuyo representante legal tiene intereses encontrados.

Sin embargo, considero que no es ajustado a derecho que el 'abogado del niño' en los hechos sustituya al abogado de la actora, a costa



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

del Estado. Tal lo que ha sucedido al iniciar la demanda para la internación de L.. Esta extralimitación de las funciones del Dr. A., hacen ajustado a derecho su remoción. La falta de discriminación de L. de sus deseos e intereses de los de la madre -señalada reiteradamente por los peritos y aún por su ex preceptor-, genera que la postura procesal de la adolescente coincida con la postura de la madre. Es por esto que el abogado ha patrocinado en los hechos a ambas. Este posicionamiento del abogado también ha generado que la Sra. D. no sienta la necesidad de designar nuevo letrado a pesar que le ha solicitado reiteradamente por el Juez.

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 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/



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

"Protección de persona" – Expte. Nro. 146389, elDial AA75C9, publicado el: 5/9/2012).

4.5. Cabe aclarar que tampoco asiste razón a la recurrente sobre que no se escuchó su opinión, la resolución apelada aclara que se resuelve en contra de la misma por considerar que no coincide con su interés. La opinión de la adolescente no obliga al juez, que resuelve conforme a su mejor interés según su sana crítica. Y no se ha demostrado que la valoración del Juez de las constancias de la causa al respecto sea errónea.

Tampoco se extralimitó el magistrado al resolver las peticiones pendientes al serle devuelto el expediente por la SCBA. La situación de violación de los derechos de **L.** y **L.** exigen una protección urgente -(ley 26061 y art. 706 CCCN).

Consecuentemente, voto **POR LA AFIRMATIVA**.

A la misma primera cuestión, el Dr. Sosa Aubone dijo:

Que por coincidir con las motivaciones desarrolladas en el voto que antecede adhiere al mismo (art. 266, C. Procesal) y, en consecuencia, vota también **POR LA AFIRMATIVA**.

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. López Muro dijo:

Atendiendo al Acuerdo logrado corresponde, y así lo propongo, confirmar la resolución apelada, en lo que fue motivo de agravios, con costas por su orden en atención a que es en beneficio de los menores y no han 'vencido' el progenitor (arg art 68 CPCC y 706 CCCN).

ASI LO VOTO.

A la misma segunda cuestión, el Dr. Sosa Aubone dijo:

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

POR ELLO, y demás fundamentos expuestos, se confirma la resolución apelada, en lo que fue motivo de agravios, con costas de alzada por su orden. **REG. NOT. elévese a la SCBA.**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

REFERENCIAS:

Domicilio Electrónico: 27238432885@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR
Domicilio Electrónico: 20263507860@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR
Domicilio Electrónico: 27113596479@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR
Domicilio Electrónico: 27277420223@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR
Domicilio Electrónico: COL.LAPLATA@COLPROBA.NOTIFICACIONES
Domicilio Electrónico:
Funcionario Firmante: 11/10/2022 12:55:15 - SOSA AUBONE Ricardo Daniel - JUEZ
Funcionario Firmante: 11/10/2022 19:57:25 - LOPEZ MURO Jaime Oscar - JUEZ



241000213024868072

CAMARA II DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA I - LA PLATA

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS el 11/10/2022 21:29:23 hs.
bajo el número RS-259-2022 por MITTA MARIA CELIA.