

ODER JUDICIAL DE TUCUMÁN
CENTRO JUDICIAL MONTEROS
Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación



JUICIO: G.A.M. Y A.M.M. s/ CONTROL DE LEGALIDAD MEDIDAS EXCEPCIONALES. EXPTE N° 88/19

Monteros, 16 de Abril de 2019

Juzg. Civil en Familia y Suc. Única Nominación	
REGISTRADO	
N° de Sentencia	N° Expte. y Año
206	88/19

Y VISTOS.

Que en fecha 05/04/2019 (fojas 97) la Defensoría de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida interpone pedido expreso de designación de abogado al niño por nacer.

Invoca como sustento normativo lo dispuesto en el artículo 24 del CC, y el artículo 40 inc. 1 de la Constitución de la Provincia de Tucumán, más las directrices de la Convención de los Derechos del Niño, y el artículo 19 del CCyC.

Respecto de dicha pretensión he de expedirme, anticipando su rechazo habida cuenta del inexcusable error de derecho contemplado.

Primeramente, señalaré que desde el uso de un lenguaje técnico impropio, utilizado para la redacción de la pieza procesal de fojas 97, advierto un claro y persistido anclaje en el derogado "Sistema Tutelar", lo cual en estos tiempos de agudas transformaciones constitucionales, procesales y convencionales resultan a todas luces inconsistentes e inconsecuentes.

Luego, haré una reseña por lo inexacto de las normas invocadas para justificar el pedido de designación de abogado para el *nasciturus*, lo cual no es aceptable para operadores del sistema judicial, y más cuando el Ministerio Público es un órgano del Estado independiente con autonomía funcional y autarquía financiera,

cuya función es la de representar con todas las facultades y los deberes que le impone la ley, no la de asistir a la persona vulnerable (art. 103 CCC).

Para concluir abordaré específicamente lo que corresponde a la designación de abogados para niños, niñas y adolescentes en nuestra normativa.

-En primer lugar: en cuanto a la representación del Ministerio de Niñez y Adolescencia y las cuestiones terminológicas.

Ese Ministerio afirma que su representación “es pupilar”. Lo cual constituye un claro e inexcusable error de derecho (CDN, art. 75 inc. 22, 120 CN, art. 8 CCC). Pues, dicha modalidad fue derogada a partir de la Ley 26.994.

Refiriéndome entonces al nuevo modelo de representación de ese Ministerio Público, y conforme surge del artículo 103 del Código Civil y Comercial Común, ésta puede ser complementaria o principal. Es complementaria cuando el Ministerio Público interviene de forma conjunta con los progenitores y/o los tutores y curadores (en el caso de los procesos en que se encuentren involucrados intereses de las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida). Es principal cuando se encuentren comprometidos los derechos de los representados y haya inacción de sus representantes; cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; y cuando las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida carecen de representante legal y es necesario proveerles representación.

Es así que tanto la Constitución Nacional como el Código Civil y Comercial, refrendan que el Ministerio Público es el representante de los niños/as y adolescentes y actúa conjuntamente con sus progenitores para la mejor defensa de sus derechos. Su actuación es sustitutiva de la voluntad de sus representados.

En el caso de autos, más allá del reproche que merece el uso de una terminología vetusta para la redacción de la pieza procesal de fojas 97, se infiere claramente que la representación que ejerce ese Ministerio Público es complementaria, dado que la Sra. Antolina Condorí, progenitora de la niña G.A.M. es quien ejerce –y así consta en autos- la representación principal de ésta última en los términos de los arts. 24, 26 y 103 CCyC.

Se concluye entonces que se ha sustituido el concepto de “representación promiscua” por el de “actuación complementaria” que es el que se ajusta a los paradigmas imperantes a nivel internacional. Es así que, la función de ese Ministerio, es promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, actuando en consonancia a los deberes que le impone la Constitución, los Tratados de Derechos

Humanos en defensa de los intereses de las personas vulnerables, respetando específicamente los estándares de procedimiento contenidos en la Convención de los Derechos del Niño.

-En segundo lugar: la norma contenida en el artículo 24 del CC invocado

La norma invocada por el Ministerio Público, que refería al modo de contar los intervalos del derecho, no solo que se encuentra derogada, y actualmente tiene su par en el artículo 6º del Código Civil y Comercial en vigencia, que de igual modo no tendría –en principio- justificación para el pedido.

Razón por la cual no será tomada como sustento jurídico válido o legítimo.

-En tercer lugar: el artículo 40 de la Constitución Nacional, inciso 1:

Reza la norma invocada: *Art. 40.- Dentro de la esfera de sus atribuciones, la Provincia procurará especialmente que las personas gocen de los siguientes derechos: 1º) A una existencia digna desde la concepción con la debida protección del Estado a su integridad psicofísica con la posibilidad de disponer de una igualdad en las oportunidades...*

Del contenido de autos y de las constancias e informes que se agregan, el derecho básico y fundamental a favor de la niña G.M y de la persona por nacer está avalado y viene garantizándose con todas aquellas medidas que fueron diseñadas y articuladas desde el DCI del Hogar Santa Micaela, tanto desde el ámbito sanitario, educativo, como en lo que atañe a la esfera judicial –siempre respetando, claro está, el marco de esta medida excepcional y bajo el Sistema de Protección Integral- y con las contingencias y eventualidades que puedan preverse.

Asombra o al menos es muy llamativo que ese Ministerio Público, que tiene conocimiento de todo ello -pues así consta en autos- invoque dicha norma a los efectos de la designación de un abogado para el niño por nacer, descontextualizando la finalidad propia de esa ley (art. 2 del CCC). Pues, si de la existencia digna se trata, desde la concepción con la debida protección del Estado, es lo que justamente se viene haciendo –incluso con la participación de ese Organismo- en el marco, contexto y acaecimientos que la extrema situación de fragilidad de G.M. demandan a los Órganos Estatales.

-En cuarto lugar: la norma del artículo 19 del CCC: *Comienzo de la vida humana.*

“La existencia de la persona humana comienza con la concepción”.

El CCyC define el momento desde el cual se considera que se es persona humana como centro de imputación de efectos —derechos y deberes— jurídicos en el ámbito civil. Igualmente el mismo texto señala que el comienzo de la existencia de la persona humana acontece desde la concepción. Luego el mismo CCyC en su artículo 20, se interesa por el plazo de la concepción para lo cual tiene en cuenta el tiempo de duración de un embarazo. Se trata de cuestiones de índole médico que tienen incidencia directa en el derecho civil.

Tomando como punto de partida esta óptica legislativa, toda la documental agregada en estos autos, ratifica que tanto la niña G.M. como su progenitora Antolina del Rosario Condori, reconocen al nasciturus como persona, y, en consecuencia un sujeto de derechos. Al punto tal, que ambas sostuvieron y permanecieron en las decisiones adoptadas originariamente (ver fojas 8 y 74, a fojas 91 consta que la niña fue escuchada por esta Magistrada en el lugar de alojamiento, cuya el acta quedó reservada).

-En quinto lugar: La designación de abogado para “el niño por nacer”

Abocándome ya puntualmente al *thema decidendum* de la pretensión de fojas 97, previamente voy a puntualizar que la persona por nacer, si bien es cierto es un sujeto de derechos (art. 19 CCC), su capacidad de ejercicio se encuentra limitada por la ley (art. 23 y 24 inc.a), y como tal, su participación procesal de forma activa y protagónica -tal como se señala en la Obs. Gral N° 12/2009 del Comité de los Derechos del Niño y el Informe CIDH, Nov. 2017- no es viable .-

Siguiendo con esta lógica, el artículo 26 del CCC establece que el ejercicio de derechos por parte de las personas menores de edad es a través de sus representantes legales, y, 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. Por ello, en situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

Tal como sostienen Caramelo y Herrera, la noción de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos traslada el eje desde el concepto rígido de capacidad determinado a partir de la pauta etaria, hacia la noción más empírica de competencia ya mencionada, derivada del campo bioético. Sostienen los autores, que este parámetro es independiente de la capacidad civil, y habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular. Ello, aun cuando este no tenga plena capacidad, pero se evalúe que puede formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión a decidir (http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I).

En cuanto a la participación del niño, niña o adolescente con asistencia letrada, sostiene la doctrina que la genérica previsión del art. 27, inc. c de la ley 26.061 es especificada como resultado de las disposiciones del CCyC al someter el recurso de esta garantía a las condiciones de edad y madurez suficiente (art. 5 y 12 de la CDN).

Gobernando entonces, el principio de la capacidad progresiva (art. 5 CDN), para participar activamente en los procesos, y en consecuencia el derecho de los niños y adolescentes a ser oídos y “a peticionar” (art. 12 de la CDN, 27 de la Ley 26061 y 25 de la Ley 8293), obliga al juez a garantizar el ejercicio de este derecho. Reconociendo que “peticionar” implica entonces una acción diferente a aquella de “expresar su opinión”; y para ello se requeriría el asesoramiento técnico que provee un abogado. Ahora bien, más allá de su recepción legislativa específica, resulta necesario diferenciar las formas de ejercicio de tal derecho: *como defensa material*, o autodefensa, en cuanto a intervención personal y directa en la expresión de sus opiniones; y *como defensa técnica*, en tanto a ser patrocinado y recibir asesoramiento letrado.

En ese sentido, sostiene el criterio jurisprudencial que, así, el ejercicio del derecho a la defensa material implica una relación directa del niño frente a quien deba tomar una decisión (sea el juzgador o ente administrativo), entendiéndose que se trata de un derecho personalísimo cuyo ejercicio corresponde en forma directa a su titular sin perjuicio de la colaboración de operadores técnicos en la escucha (Voto del Dr. E. Pettigiani: “3. El derecho a ser oído reviste carácter personalísimo, por lo que no puede admitirse que se supla su ejercicio a través de la figura del representante promiscuo del menor, el Asesor de Menores.” SCBA, 20-9-06, C. 99.204, "O. , N. L. Protección contra la violencia familiar (ley 12.569)" (www.abeledoperrot.com.ar))

Pero la defensa técnica genera otra relación: el niño recibe asesoramiento de su abogado y este presenta, patrocina y defiende los intereses de su cliente frente a quien deba tomar una decisión. Aparece entonces un intermediario cuya función no es la de representar a nadie ni sustituir ninguna voluntad, sino la de brindar herramientas técnicas para procurar la satisfacción de los intereses de su cliente (Pellegrini, María Victoria, “La figura del abogado del niño y el carácter de parte de niños y adolescentes”, <http://www.dupratpellegrini.com.ar/publicaciones>).

Vale decir, que lo que prima para la norma es el discernimiento del sujeto (persona menor de edad), y el *respeto por la voluntad de su cliente-niño por parte del profesional, sin que pueda sustituirla.*

Tal como sostiene Bigliardi, doctrina a la que adhiero, y en un marco teórico general, el abogado del niño resulta una figura de gran utilidad para la materialización de los derechos de una persona menor de edad, que no debe estar supeditado ni a edades rígidas, ni a la existencia de conflicto con sus progenitores, en el entendimiento de que para esos supuestos existe el Ministerio Público (art. 103 del CCiv.yCom.) y el tutor especial (art. 109 del CCiv.yCom.) (Bigliardi, Karina: “El abogado del niño”, <http://thomsonreuterslatam.com>). Ahora bien, este derecho también implica para el niño el derecho de elegir al profesional que quiere que lleve adelante su patrocinio. En este tema va a existir una gran diferencia entre niño y adolescente, ya que según nuestro Código Civil y Comercial, el segundo goza de presunción a favor para presentarse en juicio por sí solo con patrocinio letrado (art. 677 Cciv. y Com.). Diferente es el caso de los menores de edad “niños”, en el que va a tener que evaluarse si tienen madurez suficiente para poder proceder a su elección.

En esta línea de pensamientos, es decir, autonomía progresiva, discernimiento, derecho a la información, derecho a ser escuchado, derecho a peticionar y ser asistido por abogado/a, no puede entonces admitirse que el nasciturus, pueda ejercer “per se” esos derechos, sino por intermedio de su madre G.M (art. 23, 24 y 26 CCC), quien a su vez es representada principalmente –en razón de su edad- por su progenitora, y en forma complementaria por el Ministerio Público.

En este orden de ideas, sostengo que la comparecencia al proceso de los niños, niñas y adolescentes con un abogado que ejerza su defensa técnica en forma autónoma de la de sus padres es un derecho que, como todo derecho, puede ejercerse o no y que, necesariamente requiere el consentimiento de la persona a la cual se asiste técnicamente (Cámara de Familia de Mendoza, “I. M.L. POR SU HIJO MENOR PP.I.G.F. CONTRA P.M.J. POR PRIV. PATRIA POTESTAD”, 26 de junio de 2018).

En autos, el niño por nacer tiene limitado el ejercicio de derechos por ley (art. 24 inc. a) CCC), igual que su madre (art. 24 inc. b). Sin embargo esta última, sí tiene garantizada su participación activa y protagónica en este proceso (punto II de la Resolución N° 100, 28/02/2019), sin que la niña aun haya consentido y ejercido el derecho al patrocinio letrado.

Por todo lo expuesto, y con los argumentos jurídicos esbozados considero que la designación de abogado para la persona por nacer, resulta improcedente.

En consecuencia, esta Proveyente DISPONE: **NO HACER LUGAR** a lo solicitado por la Defensoría de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida de este Centro Judicial a fs. 97.-

HÁGASE SABER.

NRO.SENT: 206 - FECHA SENT: 16/04/2019

FIRMADO DIGITALMENTE
Certificado Digital:

La autenticidad e integridad del texto puede ser comprobada en el sitio oficial del Poder Judicial de Tucumán
<https://www.justucuman.gov.ar>