

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 22 de diciembre de 2015, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **de Lázari, Genoud, Kogan, Pettigiani**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 119.241, "Recurso de queja por apelación denegada en autos O. , F.N. . Abrigo".

A N T E C E D E N T E S

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial con asiento en Zárate confirmó la sentencia de primera instancia en tanto ésta consideró que el recurso interpuesto por la Asesora de Incapaces fue deducido fuera del plazo legal del art. 244 del Código Procesal Civil y Comercial, ya que la resolución judicial había sido notificada sin que se hubiera requerido alguna forma distinta de la que tienen los demás justiciables (fs. 70/71).

Contra tal pronunciamiento la referida Asesora -en representación de F. L. N. - interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 74/92 vta.)

Oído el señor Subprocurador General,

dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lazzari dijo:

1. La causa se inició por una medida de protección especial en familia ampliada adoptada por el Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño de Zárate respecto de un adolescente, a raíz de estar expuesto a hechos de violencia de parte del conviviente de su progenitora.

El Juzgado de Familia confirió vista a la Asesora de Incapaces departamental, quien al contestarla planteó las siguientes observaciones respecto de la actuación del organismo administrativo (fs. 15/17 vta.). A saber:

a) El erróneo encuadramiento legal de la medida (señala que se invocó el derogado art. 35 inc. h, ley 13.298, según ley 13.634, cuando en realidad rige el inc. 1 del mencionado artículo de la ley 13.298, según ley 14.537).

b) El incumplimiento del plazo para la comunicación de la medida de protección adoptada, circunstancia que solicitó que se ponga en conocimiento de las autoridades judiciales y administrativas correspondientes.

c) La falta de identificación de plazo alguno de duración así como la ausencia de una estrategia clara de intervención y/o proyecto integral en torno de la situación del niño, lo que evalúa trascendente en pos de revertir el estado de vulneración de derechos que dio origen a la medida de abrigo.

d) Asimismo, puntualizó que, de conformidad con lo establecido por el art. 35 bis de la ley 13.298 (según ley 14.537), el servicio actuante debía informar y acreditar haber dado cumplimiento al principio de participación activa del niño en el procedimiento, para lo cual deberá remitir acta que dé cuenta del cumplimiento de la debida información al niño de su derecho a comparecer con asistencia letrada y a emitir su opinión en oportunidad de adoptarse la medida.

e) Solicitó, además, que se convoque a audiencia en el juzgado a fin de que la magistrada a cargo mantenga contacto personal con el joven y se procure el efectivo ejercicio del derecho del mismo a ser oído.

f) Requirió que se le solicite al

Servicio Local interviniente la remisión de las copias del DNI o de la partida de nacimiento de su asistido a fin de acreditar la identidad y filiación del niño.

g) Finalmente propició que se confiara intervención al equipo técnico del juzgado a fin de procurar la realización de los informes pertinentes y que se convoque a una audiencia con los progenitores así como con el adulto responsable que detenta el carácter de abrigante del adolescente.

2. La jueza tuvo por asumida la representación de la persona del menor en el carácter invocado por la Asesora. En cuanto a los planteos formulados en torno al incumplimiento del plazo para la comunicación del abrigo, así como a la duración de la medida, ausencia de estrategia clara de intervención y la adopción de los recaudos relativos a la participación activa del joven en el procedimiento, dispuso librar oficio al servicio local a efectos de que tome conocimiento de las observaciones efectuadas. Asimismo, tuvo presente las solicitudes de convocatoria a audiencia y pedido de intervención del equipo técnico para su oportunidad. Finalmente, sin perjuicio de ser exacto lo expuesto en punto a la falta de remisión de la documentación relativa a la identificación del joven y erróneo encuadramiento legal de la medida, dispuso que vuelvan los autos a despacho a

los fines de resolver (fs. 19).

Seguidamente dispuso convalidar la actuación del servicio local declarando la legalidad de la medida de abrigo adoptada y otorgó la custodia del menor a la señora C. N.O. . Asimismo, instó al servicio local para que continúe su intervención en los términos de lo establecido en el art. 35 bis de la ley 13.298 (según ley 14.537), en especial procurando la efectiva revinculación del joven con su familia de origen, evaluando la implementación de medidas tendientes a remover los obstáculos que motivaron la presente, manteniendo la unidad entre hermanos. Emplazó al organismo para que remita al juzgado y al Ministerio Pupilar informes periódicos que den cuenta de la evolución que arrojen las estrategias implementadas bajo los plazos que le indicó.

En oportunidad de contestar la vista conferida respecto de esta última resolución, la Asesora - en lo que interesa destacar- sostuvo que lo que pretendía respecto del exceso del plazo previsto para la comunicación de la medida, era que tal irregularidad fuera puesta en conocimiento de los organismos y autoridades a que hace referencia el art. 32 bis **in fine** de la ley 13.298 que resultarían superiores, y no al mismo organismo que adoptó la medida, por lo cual solicitó que se procediera a comunicar tal circunstancia a la Secretaría de Niñez de la

Provincia de Buenos Aires, así como a la autoridad judicial en lo penal departamental que corresponda (fs. 31/vta.).

Ante ello, la magistrada actuante hizo saber a la Asesora que ella misma se encontraba facultada - en base a lo normado por el art. 35 bis citado y sin necesidad de autorización ni disposición alguna por parte del juzgado- para extraer las copias de las partes que considere pertinentes de los actuados y/o para librar los oficios que la solicitante requiere a los organismos y autoridades que se mencionan en la presentación (fs. 33).

Contra dicha resolución la representante pupilar interpuso una revocatoria con apelación en subsidio (fs. 39/45 vta.).

El juzgado rechazó ambos remedios por considerarlos extemporáneos. En sustento de tal decisión citó un precedente de la Cámara Civil y Comercial 1ª de Mar del Plata en el cual se resolvió que el funcionario judicial *"... queda notificado de las resoluciones judiciales, como principio general, en la misma forma que los demás justiciables. Es decir, de las notificaciones que deban practicarse por cédula, en su despacho, y respecto de las restantes, en la forma del art. 133 del ordenamiento procesal. En este último caso -notificación por nota o ministerio legis- es improcedente la remisión del expediente al despacho del funcionario..."*.

3. Frente a tal decisión, la Asesora dedujo una queja ante la Cámara que fue desestimada con sustento en que la cuestión apelada no es de la índole de aquellas resoluciones en que se vería afectada la defensa en juicio o la igualdad ante la ley como manifiesta la recurrente, ni se había ordenado correr vista o traslado que ameritara el cumplimiento de lo ordenado en la normativa invocada por la misma.

Agregó la alzada que tampoco la resolución apelada afecta ningún derecho de su asistido, puesto que no pone fin a alguna cuestión que no pudiera ser nuevamente planteada, destacando que en el supuesto que el recurso de apelación hubiera sido deducido en término legal, no se advierte la existencia de un gravamen irreparable en la cuestión planteada por la quejosa, dado que la normativa vigente permite a la Asesora de Incapaces llevar a cabo directamente las comunicaciones allí previstas (fs. 71).

4. Contra dicho pronunciamiento, la Asesora interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, denunciando la errónea aplicación de los arts. 16 y 18 de la Constitución nacional; 15 de su par provincial; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 59 del Código Civil; 133 y 135 del Código Procesal Civil y Comercial.

Expone que la alzada, al analizar la

procedencia del recurso de queja, no se detuvo a considerar los derechos y garantías fundamentales que se invocaron y que se han visto vulnerados por la aplicación rigurosa de las normas de forma (Código de procedimiento), siendo incorrecto considerar que la providencia apelada no resulta de las resoluciones de aquella índole en las que se verían afectados los derechos y garantías de igualdad ante la ley, defensa en juicio e interés superior del niño, pues dadas las particulares características del proceso en el marco del cual se produjeron tales actos procesales (abrigo), así como por el carácter de la parte que interpone los planteos recursivos (Ministerio Público Pupilar) y los derechos que representa, no puede soslayarse en modo alguno la franca violación de derechos sustanciales (fs. 79 vta./80).

Aduce que sostener la asimilación de la figura del Asesor con cualquiera de las partes del proceso importa una franca violación a las garantías de igualdad, debido proceso y defensa en juicio (arts. 16 y 18, Const. nac.), y una grave afectación del principio de tutela judicial continua y efectiva (arts. 15, Const. prov.).

Que la importancia de la modalidad de notificación en el despacho del Asesor radica en la posibilidad de que éste pueda ejercer debidamente las atribuciones que en el marco de su rol debe desempeñar, conforme el art. 59 del Código Civil y que ha sido recogido

en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación P.2501.XXXVIII., causa "Pastrana".

Remarca que tampoco puede asimilarse la intervención del Asesor a la función que cumple el Defensor Oficial por cuanto dicho funcionario judicial interviene en el proceso en similares circunstancias que cualquier representación o patrocinio letrado particular -a excepción de su participación en los términos de los arts. 152 del Código Civil y 622 del Código Procesal Civil y Comercial-, actuando a instancia de la parte a quien brinda asistencia letrada en el proceso. En cambio, cuando se trata de la figura del Asesor, quien ejerce la representación promiscua de personas menores de edad o de adultos incapaces, no sólo participa brindando dictamen en tanto analista y garante de la legalidad, del resguardo de los derechos de carácter público y de afectación de este grupo o sector vulnerable de la sociedad, sino que bajo su extensa y amplia legitimación está llamado a intervenir de oficio en toda cuestión, judicial o extrajudicial, en que se vean afectados derechos o intereses de sus representados (fs. 84 y sigtes.).

Argumenta que la aplicación estricta de la regla de notificaciones que establecen los arts. 133 y 135 del Código Procesal Civil y Comercial sin más, y detrayéndose de su interpretación en conjunción con el haz

de normas adjetivas y fundamentales, lleva a la indefectible afectación de los derechos y garantías constitucionales, sujetándose por tanto a un rigorismo formal excesivo (fs. 86 y sigtes.).

Finalmente, destaca que se ha visto desconocido por la resolución impugnada el conjunto de Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables conocidas como "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad", particularmente, la Sección 4ta. del Capítulo II (efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos; fs. 91).

5. En concordancia con lo dictaminado por la Procuración -fs. 98 a 102-, y en atención a la especial naturaleza de la función del Asesor, comparto y hago propios los fundamentos y conclusiones del dictamen del Ministerio Público, en tanto el carácter ineludible y de orden público que caracteriza su intervención exige como necesario correlato que su notificación en el proceso se efectúe de conformidad con la regla prevista en el art. 135 **in fine**, descartando de plano la notificación automática o **ministerio legis** a su respecto. Incluso con apoyatura de la aplicación del principio de realidad motivado en que la tarea que realiza este órgano en relación con el número de causas que tiene a cargo, el modo de notificación indicado

es el único medio que permite ejercer las atribuciones que está mandado a cumplimentar (v. mi voto en C. 117.505, sent. del 22-IV-2015).

6. Aún más. La distinción que hace la alzada sobre el alcance de la resolución apelada -igualdad ante la ley, defensa en juicio e interés del menor- para desligar una atención especializada en razón de la edad tampoco responde a los estándares internacionales (v. fs. 70 vta.).

En primer lugar, la participación del Asesor de Incapaces es una de las adecuaciones necesarias para que el adolescente en un pie de igualdad con los adultos ejerza efectivamente el derecho de acceso a la justicia y el de contar con adecuada representación y mediación adulta a fin de que F. obtenga medidas de especial protección en relación al asunto que lo afecta como víctima (arts. 25, Convención Americana de Derechos Humanos; 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; O.C. 16/1999 C.I.D.H.; Condición Jurídica y derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva O.C. 17/2002, párr. 98, C.I.D.H. Caso Furlan, pár. 234-243, art. 75 inc. 22 y 23; S.C.B.A, C. 99.204, sent. del 20-IX-2006; ver también concepto de igualdad de armas en "La autonomía progresiva, las 100 Reglas de Brasilia y el Asesor de Incapaces desde la mirada de la libertad a la igualdad", Scherman, Ida,

Revista de Derecho de Familia, noviembre 2011, Abeledo Perrot, Buenos Aires).

En segundo lugar, se reclaman condiciones adecuadas para la participación del adolescente para ser oído que cumpla con estándares relativos a que sea efectiva (arts. 35 bis de la ley 13.298 con la modificación del 3 de la ley 14.537; 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

En tercer lugar, a través de esta mediación, se reclama una estrategia clara de intervención y/o proyecto integral en tomo de la situación del adolescente en su relación con su progenitora (v. fs. 71).

En consecuencia, despejada entonces no solo la consideración que el recurso ha sido presentado en término, tal como se expusiera en el punto 5, corresponde acotar el marco de tratamiento del presente recurso a sus justos términos a fin de respetar el principio de tutela judicial efectiva (art. 706 del C.C. y C.).

Para ello es necesario abordar un tema que es prioritario. En ambas instancias, los operadores no tuvieron en cuenta algo que es fundamental para el tratamiento de esta causa: el proceso de abrigo iniciado fue motivado en un tema de violencia. De ahí que la estrategia basada en una posible revinculación y/o fortalecimiento del vínculo materno filial, -sin atender a

que la madre junto a sus otros hijos están en un contexto de violencia ejercida por el padrastro- (v. fs. 8, 14) no es el medio adecuado para revertir el estado de vulneración de derechos que dio origen a este tipo de medida de abrigo -con violencia-, si ello no está acompañada de otros dispositivos. En consecuencia, se observa que las medidas dispuestas no responden a la debida asistencia y protección que debe brindarse al adolescente como víctima y que amerita de parte del Estado acciones específicas para aquellas familias en situaciones de crisis en las cuales los niños y adolescentes se ven afectados, dentro de las cuales se le dará especial énfasis a aquellas dispuestas por el art. 20 de la ley 12.569 de Violencia Familiar que requieran de la articulación de políticas de atención y tratamiento (v. decreto 300/2005, punto 16.4, 2; Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12, El derecho del niño a ser escuchado, párr. 36, Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva O.C. 17/02, párr. 87).

7. Por último, también asiste razón a la recurrente en la necesidad de comunicar las irregularidades en que el servicio local ha incurrido, pues dentro del control de legalidad de la medida de abrigo que corresponde al juez efectuar está previsto en la interpretación a la normativa aplicable -arts. 35 bis de la

ley 13.298, con la reforma del 3 de la ley 14.537-
anoticiar estas faltas a la Secretaría de Niñez y
Adolescencia de la Provincia de Buenos Aires. De no ser
ello así se estaría dejando de lado la finalidad objetiva
del legislador en el momento de su aplicación que no es
otra que, a través de acceder al conocimiento de la
inobservancia de las notificaciones establecidas en este
artículo tenga la posibilidad de acceder al superior
jerárquico a fin de poder sancionar disciplinariamente o
instar el ejercicio de la acción penal, y que no sean letra
muerta los postulados incluidos en la norma (conf. art. 2
del Código Civil y Comercial Unificado).

8. Por lo expuesto, de conformidad con
lo dictaminado por el señor Subprocurador General,
corresponde hacer lugar al recurso extraordinario deducido,
revocar el fallo impugnado en cuanto rechazó el recurso de
queja por apelación denegada y disponer que se brinde
tratamiento al recurso de apelación deducido por la Asesora
de Incapaces a fs. 39/47. Asimismo, deberá exhortarse a la
instancia de origen para que adecue el procedimiento a las
pautas aquí señaladas. Costas por su orden en atención a
las particularidades del caso (art. 68, C.P.C.C.).

Voto por la **afirmativa**.

Los señores jueces doctores **Genoud** y
Kogan, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de

Lázzari, votaron también por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

Por compartir sus fundamentos adhiero al **punto 5 y los primeros cuatro párrafos del Punto 6** del voto del doctor de Lázzari, que considero suficiente para dar adecuada respuesta a los agravios traídos.

Pues, tanto la autónoma y especial naturaleza tutelar de las funciones promiscuas del Asesor de Incapaces, de representación, asistencia y contralor (conf. arts. 1, 38 y ccdtes., ley 14.442; 1, 11, 189 y ccdtes., Const. provincial; Ac. 84.102, sent. del 10-V-2006; C. 96.178, sent. del 5-XI-2008; entre otros), revitalizadas a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (conf. art. 103), como el carácter necesario y de orden público de su intervención en todos los procedimientos judiciales en los que se encuentren afectados los derechos de personas en situación de vulnerabilidad (sean menores, incapaces, personas con capacidad restringida o que precisen un sistema de apoyo), así como la especial protección preferencial que tales grupos deben recibir en su interacción con el Estado, incluso cuando se vinculan con la Administración Pública y el servicio de justicia (conf. arts. 1, 5, 16, 18, 31, 33, 75 incs. 22 y 23, y concs., Const. nacional; XVIII,

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8, Declaración Universal de Derechos Humanos; 8, 19 y 25, Convención Americana de Derechos Humanos; Corte I.D.H., Opinión Consultiva 17/02, párr. 92 y sigtes.; 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2, 3, 4, 9, 12, 20, Convención sobre los Derechos del Niño; 3. 7. 14, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores [Reglas de Beijing]; 3 y 13, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; 3, 4, 27, 28, 29, ley 26.061; 1, 11, 15, 36, y concs., Const. provincial; 3, 4, 5, 10, 35 bis, ley 13.298), deben llevar armónicamente a una hermenéutica del art. 135 **in fine** del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia como la propuesta por el mencionado colega, conforme la cual toda actuación o resolución producida o dictada en un determinado procedimiento judicial debe entenderse notificada al Asesor de Incapaces recién en ocasión de la correspondiente remisión del expediente por 24 horas a su público despacho.

Así, en cumplimiento del mandato del constituyente de otorgar mayor protección a quienes más lo necesitan, una buena defensa del superior interés de los niños debe plasmarse en la necesidad de garantizar condiciones adecuadas de igualdad real en el acceso a la

justicia en procura de la tutela de sus derechos, mediante la atención directa, obligatoria y especializada del Asesor de Menores o Incapaces, como una herramienta esencial para enfrentar aquella vulnerabilidad (conf. art. 706, 2° párr., Cód. Civ. y Com.; asimismo, Corte I.D.H., casos "Furlan y Familiares vs. Argentina", sent. del 31-VIII-2012, párr. 242 y 243; y "Almonacid, Arellano y otros c/Chile", sent. del 26-IX-2006), reforzando dicha intervención mediante la flexibilización de los principios procesales en el marco de una tutela diferenciada al servicio de la verdadera efectividad de los derechos (conf. arts. 1, 11, 15, 36 y conchs., Const. provincial; C. 117.505, sent. del 22-IV-2015; C. 99.748, sent. del 9-XII-2010; asimismo, Berizonce Roberto, "Tutelas procesales diferenciadas", Rubinzal-Culzoni, 2009, pág. 33 y sigtes.).

Tal es asimismo la opinión de calificada doctrina, que sostiene que la regla con la que se cierra el art. 135 está referida a las notificaciones a los funcionarios judiciales, es decir a los que integran en principio el Ministerio Público ... en cuyo marco, excluyendo a los Defensores de Pobres y Ausentes, los restantes funcionarios sólo se notifican de las resoluciones adoptadas en el expediente en que intervienen, el día que lo reciben en su despacho (conf. Morello-Sosa-

Berizonce, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Prov. de Bs. As. y de la Nación. Comentados y Anotados", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, T. II-B, pág. 744).

Pues cierto es que la función que en tales procesos cumple el Asesor de Incapaces no puede ser - a estos efectos- asimilada a la que ejerce el Defensor Oficial, pues aquel no procura la defensa de los intereses personales o particulares de la parte asistida, sino que su representación de los menores, legítima y esencial, le impone promover su intervención en la defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad, tutelando los derechos de los niños aun cuando no deba inclinarse necesariamente por la posición más favorable a los concretos deseos de éstos o de sus representantes legales (conf. arts. 1, 38 y ccdtes., ley 14.442; en el mismo sentido, 27, dec. nac. 415/2006; asimismo, D'Antonio, Daniel H. "Derecho de Menores", 4° edic., Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 380; también, **a contrario sensu**, 1 y concs., ley 14.568). Esta función le exige atender -bien que con subordinación al interés general, como norte al que debe orientarse la actuación de todo servidor público- al superior interés del menor, pauta insoslayable que rige su desempeño (arg. arts. 10, 18, 33, 75 inc. 22 y concs. Const. nacional; 2, 3, 4, 9, 12, 20, Convención sobre los Derechos del Niño; opinión Consultiva 17, Corte I.D.H.; 1,

11, 15 y concs., Const. provincial).

De este modo, cuando se otorgue vista de las actuaciones al Asesor de Incapaces en los términos del art. 135 **in fine** del Código Procesal Civil y Comercial, éste podrá allí formular los planteos o recursos pertinentes contra las actuaciones o resoluciones de las que no hubiere tenido conocimiento anterior, incluso cuando se hubiere incurrido en algún vicio que pudiera derivar en la nulidad de todo lo obrado (conf. mi voto de adhesión al doctor Hitters en L. 83.196, sent. del 13-II-2008), o podrá confirmar -expresa o tácitamente- lo hasta allí actuado sin su intervención (conf. Ac. 66.519, sent. del 26-X-1999; Ac. 67.912, sent. del 27-IX-2000; L. 70.897, sent. del 28-III-2001; entre muchas otras).

Por lo expuesto y adhesión formulada, también voto por la **afirmativa**, correspondiendo entonces hacer lugar al recurso extraordinario traído y devolver el expediente a la instancia anterior a fin de que proceda a adecuar el procedimiento conforme lo que aquí se resuelve. Costas por su orden en atención a las particularidades del caso y la entidad de las cuestiones debatidas (art. 68, 2º párrafo, C.P.C.C.).

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto y se revoca el fallo impugnado en cuanto rechazó el recurso de queja por apelación denegada. Los autos deberán volver a la Cámara de origen para que, con la debida integración, proceda a brindar tratamiento al recurso de apelación deducido por la Asesora de Incapaces a fs. 39/46 vta. Asimismo, se exhorta a la instancia de origen para que adecue el procedimiento a las pautas señaladas en este pronunciamiento. Costas por su orden (arts. 68, 2° párrafo y 289, C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

CARLOS E. CAMPS

Secretario