

SENT N° 1665

San Miguel de Tucumán, 18 de Setiembre de 2019.-

Y VISTO: El recurso de queja por casación denegada interpuesto por F. Z. S.
D. en autos: “*C.S.G. y otro vs. Z.R.M.M. s/ Régimen comunicacional*”; y

CONSIDERANDO:

I.- Viene a conocimiento y resolución de este Tribunal el recurso de queja por casación denegada interpuesto por el menor S.D.F.Z. de 11 años de edad, con el patrocinio letardo de Flaviana M. G. Yubrin (fs. 210/215 y vta.) en contra de la sentencia de la Sala II de la Excma Cámara Civil en Familia y Sucesiones de fecha 14 de diciembre de 2018 (fs. 207/209) que dispuso declarar inadmisibile el recurso de casación interpuesto por S..

El recurso de casación presentado por él es contra la sentencia de fecha 12/9/2018, que dispuso “no hacer lugar al pedido de intervención solicitado”, lo que el recurrente considera coarta sus derechos y garantías constitucionales (fs. 99).

II.- El señor Ministro Fiscal en el dictamen de fs. 217 sostiene que no procede el recurso debido a tres motivos diferentes: 1) es una providencia simple que no puede ser recurrida por esta vía; 2) no es equiparable a definitiva; y 3) no cumplió con el depósito de ley.

III.- En el marco del examen de admisibilidad, corresponde recordar que el remedio excepcional de la casación está reservado para los supuestos en que el pronunciamiento atacado es definitivo y, en las cuestiones incidentales, sólo en la medida que terminen el pleito o hagan imposible su continuación (art. 748 inc. 1° del CPCCT).

Desde esa perspectiva, se observa que la resolución atacada -de fecha 12 de septiembre de 2018, adjunta en fs. 99)- si bien no es definitiva no termina el pleito ni hace imposible su continuación, se refiere a la posibilidad del niño de cuestionar una decisión judicial que le afecta y para lo cual requiere ser tenido como parte del proceso. Concretamente, se trata del decreto donde la Cámara responde a una presentación del niño que se oponía al régimen comunicacional decidido previamente. La resolución en cuestión dice lo siguiente: “Atento que la designación del abogado del niño es, cuanto menos, una facultad otorgada al Tribunal actuante, merced a los principios de tutela judicial y oficiosidad que establecen los Arts. 706 y 709 del CCyCN, cuando se percibe un conflicto de intereses entre el progenitor que lo representa y la persona menor de edad, que no es el caso de autos, corresponde no hacer lugar al pedido de intervención solicitado”.

Entiendo que debo estar por la admisibilidad del recurso en tanto no existe forma de revisar una situación que a mi entender coloca en una indefensión al niño S..

En efecto, el presente se trata de un proceso que tiene como única cuestión litigiosa el régimen comunicacional de sus abuelos paternos con S., y por ende, lo tiene como principal protagonista e implicado. Y es justamente el niño S. D. F. Z., quien recurre esta cuestión.

Un litigio de esta naturaleza impone desde un comienzo el enfoque y el marco normativo que será el punto de partida para todo análisis que se pretenda hacer en el marco de proceso, cualquiera fuera el planteo del que se trate.

Para ser más claro, sea que se discutan cuestiones procesales o materiales, se deberá partir desde la visión de los derechos del niño con los enfoques y límites que esa lente imponga.

Basta mencionar a los principios de rango constitucional -el interés superior del niño y su derecho a ser oído-, que regirán sobre toda interpretación que se haga y toda decisión que se tome en el presente caso.

Por ello, sostengo la certeza de que, en caso de denegar el recurso, el niño quedaría sin posibilidad de ejercer su defensa técnica, en forma independiente de sus representantes legales, en el proceso que le afecta primero a él antes que a cualquiera de las demás partes intervinientes.

Lo que se estaría definiendo con la negativa de abrir el recurso es que el niño -de 11 años- no puede estar en juicio por sí mismo, con la asistencia de una letrada en este caso, sino a través de la representación que hace -de sus intereses- su madre.

Siendo que las cuestiones a resolver tienen relación con el derecho a la familia y a la identidad de S., es difícil sostener que no puede estar en este proceso con una participación inmediata.

Nótese que no fueron sus intereses los que se definieron con la participación del Defensor de Menores, quién -como surge claramente de su informe de fs. 47 y 48-, ha ejercido una representación promiscua. Y que los deseos de vinculación con la familia paterna de S. pueden diferir -en algún momento- de las pretensiones de su madre y la posibilidad de manifestarlo es un derecho que debe ser resguardado por esta Corte como máximo Tribunal provincial.

Para sostener la inadmisibilidad del recurso, la Excma. Cámara se funda en una serie de cuestiones relativas a normas procesales, a saber: art. 748 (ex art. 813); art. 749 (ex art. 814); art. 750 (ex art. 815), entre otras.

Pero se debe observar que las normas procesales deben interpretarse a la luz de los principios generales de los procesos de familia que buscan regular (establecidos claramente en el art. 706 del CCyC de la Nación). Y sobre todo, a la luz de los principios de rango constitucional -el interés superior del niño y su derecho a ser oído- que son aplicables en el caso en estudio.

Concretamente, para resolver la cuestión se debe responder ¿Cómo deben leerse estas normas a la luz del interés superior del niño?.

Al respecto, la Observación general N° 14 del Comité del Niño nos dice lo siguiente (los resaltados me pertenecen):

“6. (...) el interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

Volviendo al presente caso, la Cámara en su proveído del 12 de septiembre de 2018 denegó al niño la posibilidad de intervención con defensa propia. Ante ello, planteó un recurso de casación alegando denegación de justicia, y el Tribunal se lo negó justificando que no corresponde, que el único recurso válido para atacar ese proveído era el recurso de reposición, o de revocatoria. Y dio fin a la discusión.

No puede pasar desapercibido que -más allá del recurso planteado-, la Cámara tuvo en su conocimiento la denuncia del niño de que el decreto en cuestión le había lesionado su derecho a la defensa y el de acceder al expediente propio, es decir, tuvo oportunidad de evaluar su decisión de no darle intervención en el proceso. El Tribunal, en cambio, declara inadmisibles el recurso como si las normas procesales mencionadas fueran límites “absolutos” e imposibilidades que les da el código procesal para admitir el recurso. Omite, en todo momento, interpretar dichas normas a la luz de los principios de derechos humanos y de los niños y niñas en particular, por tener estos jerarquía constitucional.

Pero sobre todo, omite analizar la afectación al derecho de defensa en tanto entiende, como lo menciona a fs. 99 que la designación de un abogado del niño es “cuanto menos una facultad otorgada al tribunal actuante” y no “percibe” un conflicto de intereses entre el progenitor que lo representa. Es decir, desecha la palabra de S. de querer participar en el proceso, sin analizar esta demanda en profundidad.

Esto desoye mandatos del Comité de los Derechos del Niño que aclaró que “Los Estados Partes deben garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño 'que esté en condiciones de formarse un juicio propio'. Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados Partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados Partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados Partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad.

El derecho a participar en el proceso y las garantías con la que debe contar al hacerlo una persona menor de edad, es un tema que ha ocupado un lugar central en la cultura legal de nuestro país.

La Ley Nacional N° 26.061 “De protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, en su artículo 27, expone las “garantías mínimas de procedimiento” en los procedimientos judiciales o administrativos.

Al respecto, dispone lo siguiente:

“(…) Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los

Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;
- b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
- c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;
- d) A participar activamente en todo el procedimiento;
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”.

En la misma línea, la Ley Provincial N° 8.293 establece:

“Art. 25.- GARANTIAS PROCESALES. El Estado reconoce a las niñas, niños y adolescentes en el ejercicio de la defensa de sus derechos, en cualquier ámbito donde esta deba ejercerse, las siguientes garantías:

1. A la debida defensa material y técnica en cualquier ámbito en la cual esta deba ejercerse;
2. Al pleno y formal conocimiento del proceso en el que se involucren sus derechos o intereses;
3. A la igualdad en la relación procesal, a cuyo efecto podrán valerse de todos los instrumentos legales necesarios para su debida defensa;
4. A ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en temas de niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que los incluya, proporcionado gratuitamente por el Estado (...).”

Es evidente que estos derechos y garantías procesales fueron subestimadas en las sucesivas resoluciones desde el 12 de septiembre de 2018. La decisión arribada entra en manifiesta contradicción con lo dispuesto por esta ley (especialmente en el punto c, d y e de la ley nacional y concordantes de ley provincial), por lo que demanda una urgente adecuación de la respuesta acorde a lo dispuesto por estas normas procesales también aplicables.

Esta Corte tiene dicho que (ver sentencia N° 987 del 25 de julio de 2017, en autos: “W.N.A. s/ Especiales (Residual). Incidente”) el desarrollo del proceso debe garantizar especialmente el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida especialmente en cuenta para resolver las cuestiones que puedan afectarlo. Sobre el particular, debemos recordar que “Bajo el amparo de la doctrina de derechos humanos en su aplicación particular a las personas menores de edad -que delinea el conocido principio de protección especial de derechos de niños y niñas-, éstos no sólo titularizan derechos subjetivos propios sino que cuentan con herramientas procesales específicas para asegurar su adecuada tutela en los procesos judiciales” (Fernández, Silvia Eugenia, “La voz del hijo en los procesos de comunicación parental y su imprescindible consideración para definir el contenido del interés superior del niño”, RCCyC 2015 - Octubre-, 125).

En función de lo analizado, la satisfacción de este principio forma parte del cumplimiento de las garantías del debido proceso en los casos donde intervienen niñas, niños y adolescentes.

A estas alturas queda claro que denegar la admisibilidad del recurso, que en los hechos es la última oportunidad de revisar la decisión, sería absolutamente lesivo de los principios de tutela judicial efectiva, interés superior del niño, y los derechos a la

defensa en juicio y a ser oído; todo ello con el agravante del deber de garantía de derechos reforzado que tenemos los agentes estatales por tratarse de un niño.

Ante este dilema procesal inicial, luego del control de constitucionalidad y convencionalidad realizado, debemos entender a la providencia atacada como generadora de gravamen irreparable al niño, asumiendo el punto debatido gravedad institucional (causal incluso de probable responsabilidad internacional del Estado).

Se trata entonces de un recurso admisible, según lo previsto en el párrafo 2 del art. 728 del Código Procesal Civil de Tucumán.

IV.- Admitido el recurso, procedemos a analizar el proveído por el cual el niño se sintió agraviado.

Alega principalmente, que con esa disposición se está vulnerando su derecho a ser oído, al no darle ni lugar sus planteos ni siquiera intervención en forma independiente en el proceso.

Por su parte, el Tribunal sostuvo en su momento, que el derecho a ser oído fue garantizado, a partir de la audiencia realizada el día 07 de septiembre. ¿En qué consistió esa audiencia?.

El acta donde consta dicho acontecimiento, comienza diciendo: “comparece espontáneamente el niño S. D. F. Z.”. Todo indica que no se trató de una citación hecha por el órgano jurisdiccional, sino un acto de iniciativa propia.

Luego continúa así: “(...) el Tribunal solicita la comparecencia del Defensor de Menores (...). Abierto el acto, se entrevista al niño S. en virtud del artículo 12 CDN y luego de una conversación mantenida con el mismo, el Tribunal le explica a S. que el Régimen comunicacional con sus abuelos se llevará de acuerdo a lo dispuesto en audiencia de fecha 06/09/2018, que confirma la sentencia recurrida”. De esta narración, sólo queda evidenciado que los magistrados se limitaron a explicar lo que ya se había decidido, como tratándose de una comunicación en un único sentido, como resultado de una audiencia que se llevó a cabo sin su presencia. Nada dice sobre la opinión del niño, ni muestra una apertura del Tribunal a su apreciación.

Luego dice lo siguiente: “En este acto el niño reclama la presencia de su madre y se da curso a ello, permitiendo el ingreso de la Sra. Z., quien a viva voz reclama al representante del Ministerio Público, respetar el interés superior del niño y manifiesta la madre que S. no quiere ver a sus abuelos. El representante de la Defensoría comunica a la Sra. Z. que el Tribunal dispuso se haga efectivo el régimen comunicacional fijado y que el interés superior del niño se encuentra contemplado en la necesidad de permitir al menor el re-establecimiento de su vínculo paterno-filial. Seguidamente la Sra. Z. expresa no estar de acuerdo y procede a retirarse junto al niño evitando que este firme el acta.” Aquí, queda en evidencia el rol que tuvo la defensa pupilar, que lejos de garantizar derechos vulnerados, se puso a repetir lo dicho por el Tribunal y manifestar su posición respecto de lo que considera es el interés superior de S., sin tener en cuenta una vez más la expresión de él.

En vistas a la manifiesta contraposición entre la opinión literal expresada por el niño en diferentes circunstancias (escritos e informes del colegio), y la resolución confirmatoria de la sentencia de 1ra instancia expedida por la Excma. Cámara, no se tiene más remedio que replantearse la efectiva consideración de la opinión del niño en este asunto que lo tiene como protagonista de la medida y del litigio en su conjunto.

Teniendo en cuenta los estándares para garantizar el derecho a ser oído y el interés superior del niño ya enunciados, concluimos que en el caso no quedó claro ni explicitado la manera en que su opinión fue tenida seriamente en cuenta. No puede decirse que se haya realizado un informe o requerido una opinión interdisciplinaria robusta o exhaustiva, puesto que sólo se funda en la opinión profesional de un

psicólogo, no así por ejemplo de un/a trabajador/a social que aporte la mirada y la opinión desde el entramado histórico, familiar y contextual en el que se lleva a cabo la opinión del niño y el conflicto familiar en sí que lo envuelve.

Por todo ello, corresponde tener por presentado al niño S. D. F. Z. y convocarlo a una audiencia del art. 12 de la CDN a los efectos de conocer su opinión sobre el tema a decidir en el proceso en estudio en fecha a fijar por el Juzgador.

V.- Las costas de este recurso se imponen por su orden.

Por ello, se

RESUELVE:

I.- CONCEDER el recurso de queja por casación denegada interpuesto por el niño S. D. F. Z., con patrocinio letrado, en contra de la sentencia de la Sala II de la Excma. Cámara Civil en Familia y Sucesiones de fecha 14 de diciembre de 2018 (fs. 207/209), por lo considerado **DISPONER** que se lo tenga por presentado y se lo convoque a una audiencia del art. 12 de la CDN en fecha a fijar por el Juzgador.

II.- COSTAS como se consideran.

III.- RESERVAR pronunciamiento sobre regulación de honorarios para su oportunidad.

HÁGASE SABER.

DANIEL. OSCAR POSSE

ANTONIO DANIEL ESTOFÁN

DANIEL LEIVA

ANTE MÍ:

CLAUDIA MARÍA FORTÉ