

SALA B - 45636/2016 – “P., S. R. c/ B., P. H. s/ DENUNCIA POR VIOLENCIA FAMILIAR”

Buenos Aires, 20 de abril de 2018.-

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. A fs. 404 el Sr. Juez de primera instancia decidió desestimar la designación de letrado a los fines de patrocinar a un niño menor de 14 años , teniendo en cuenta asimismo que el abogado en cuestión, es el letrado patrocinante de una de las partes.

Dicha resolución fue objeto del recurso de revocatoria con el de apelación en subsidio, rechazadas por el juez de grado por considerar que el peticionante no revestía la calidad de parte y en consecuencia carecía de legitimación para recurrir.

Interpuesta la queja, la misma fue admitida por la Sala –conforme resolución de fs. 435- , concediéndose el recurso de apelación interpuesto por H. E. B.. El memorial obra agregado a fs. 405/412, y fue contestado a fs. 450/451.

A fs. 469/470 dictaminó la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara.

II. El apelante se agravia en cuanto el a quo ha resuelto que no tiene edad suficiente para contar con patrocinio letrado ya que implica dar instrucciones sobre el desenvolvimiento del expediente y que por su corta edad no posee. Refiere que la jurisprudencia citada en primera instancia no es aplicable al caso, en virtud de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Se agravia asimismo, de lo resuelto en cuanto a la inconveniencia de que sea el letrado de una de las partes quien intervenga como letrado suyo , toda vez que no ha sido

fundamentado en la resolución recurrida y además dice que afecta su derecho de igualdad al no permitirle designar letrado patrocinante a quien él considera adecuado para tal función.

Por su parte, la Sra. Defensora de Cámara puso de relieve que nos encontramos dentro del marco de un proceso de violencia familiar, -en el cual se ha dispuesto el cuidado personal unilateral de H. y S. a favor de su madre- donde ya se encuentran interviniendo diversos efectores en resguardo de los intereses y derechos de los niños involucrados, no resultando pertinente ni beneficiosa en el actual estado de la causa, la designación de un abogado para el niño. No obstante ello entiende que, en miras del interés superior de su asistido, lo más favorable será la designación de un tutor. Por tales circunstancias opina que deberá confirmarse la resolución apelada y rechazarse los agravios.

III. Cabe mencionar -de modo preliminar- que el Tribunal de apelación no se encuentra obligado a seguir a los litigantes en todas sus argumentaciones, ni a refutar éstas una por una, en tanto posee amplia libertad para ordenar el estudio de los hechos y de las distintas cuestiones planteadas. Vale decir, que es facultad de los jueces asignar a aquéllos el valor que corresponda, seleccionando lo que resulte concluyente para fundar la sentencia. Esto significa que la Sala podrá prescindir de los planteos que no sirvan para la justa decisión de la *litis*.

En una primera aproximación a la cuestión, es necesario diferenciar el derecho del niño a ser oído y el derecho de éste a una participación activa en el procedimiento. Obsérvese que la ley del niño y adolescente se ocupa de realizar esta distinción: el derecho del niño a ser oído se halla contemplado en los artículos 2°, párr. 2°; 3°, inc. b), y 24, incisos a) y b). En cambio, su participación

procesal (que no es opuesta a aquel derecho, pero sí mucho más específica) está regulada en el art. 27, incisos c), d) y e). Asimismo, la participación directa de aquél en el proceso está prevista también en los arts. 26, 31, inc. e); 661, inc. b); 677; y 680 del Código Civil y Comercial.

Más allá de la referida discriminación, entendemos que el niño puede participar en el proceso *cualquiera fuese su edad*. Esta conclusión surge nítidamente de la ley 26.061, que en ninguna de sus normas condiciona su actuación en el proceso al suficiente juicio, madurez o grado de desarrollo intelectual. Como bien se ha dicho, “de qué valdría el derecho a ser oído si no se lo puede ejercer de un modo útil y eficaz” (conf.: Morello de Ramírez, María S. y Morello, Augusto M., “El abogado del niño”, ED, 164-1180).

Debe aquí precisarse que cuando la ley alude a que el niño puede intervenir en el juicio que lo involucra, lo que quiere significar es que se lo autoriza a una intervención *autónoma* respecto de sus progenitores. De modo que, conforme a las previsiones de la citada ley 26.061, la actuación procesal del niño o adolescente que no alcanzó la mayoría de edad y está inmerso en conflictos familiares, no necesariamente estará mediatizada por el progenitor, sino que – siempre que la entidad del diferendo lo justifique– podrá contar, sólo para él, con un “letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia” (art. 27, inc. c) de la ley 26.061).

No obstante, ha de advertirse que debe prevenirse el riesgo de involucrar a los hijos en situaciones que corresponden a sus progenitores; “depositando el peso de ellas sobre una psiquis en plena formación” y dando por tierra el derecho a ser *niño o adolescente*; con lo que se los *despojaría* del lugar que les

corresponde habida cuenta la condición que revisten (ver el Dictamen de la Procuradora General de la Nación, que la Corte hace suyo, fallo del 26-6-2012, “M., G. c/ P., C.A.”, LL, 2012-D, 601, *Online* AR/JUR/27892/2012). Con acierto sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva N° 17 del 2012 (OC-17/2012), que la circunstancia de que el niño es un sujeto de derecho pleno, no es óbice para reconocer que es un ser que transita todavía un inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico. Por lo tanto, el principio de igualdad que recoge el art. 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. De ello se sigue que la actuación procesal *directa* del niño o adolescente sólo debe quedar reservada para situaciones especiales -lo que no significa decir “excepcionales”- que lo ameritan (Conf.: CNCiv., esta Sala, “B., C. R. y otros c/ T., R. E. s/Tenencia de Hijos”, expte. n° 42570/2013, del 26/03/2015).

IV. En el aludido orden de ideas, debe recordarse que el art. 24, inc. b), del Código Civil y Comercial de la Nación prescribe que son incapaces de ejercicio “la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección 2ª de este Capítulo”, que admite la figura del “*adolescente*”, que es aquél que ha cumplido los *trece años de edad* (art. 25, segundo párrafo). Vale decir, que la nueva ley deja de lado el criterio exclusivo de la edad para calificar el alcance de la capacidad de las personas, para incorporar también el de “*madurez suficiente*”; lo cual representa un importante avance en nuestra

legislación (ver Mizrahi, Mauricio Luis, Responsabilidad Parental, Buenos Aires, ed. Astrea, 2015, ps. 105/106).

En dicha orientación, el art. 26 del citado ordenamiento legal, si bien prescribe que la persona menor de edad “ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”, seguidamente dispone que “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. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada”. Mientras que el art. 677, en su segundo párrafo, ordena que “se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada”. Por otro lado, el art. 261, inc. c), del nuevo Código Civil y Comercial, determina que es involuntario por falta de discernimiento “el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales”.

Al respecto, el art. 639, al establecer los principios que regulan la responsabilidad parental destaca en su inc. b) a “la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo”.

Adviértase que el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora lo que en doctrina se llama las *competencias* que en cada caso va adquiriendo el niño o adolescente; esto es, que se tiene en consideración no solo la edad sino también la madurez suficiente, el entendimiento, las condiciones de desarrollo, el medio socioeconómico y cultural, el conflicto de que se trate, etcétera.

Por eso, la competencia –para poder desempeñar un determinado acto —es la que se adquiere *gradualmente* y está ligada más que todo al *discernimiento y a la aptitud intelectual y volitiva* de la persona. Es decir, **cuando el niño o adolescente puede comprender el sentido de la acción que va a emprender porque obra con una conciencia reflexiva y libre; si se siente habilitado para razonar alternativas, cuenta con valores para poder juzgar y disposición psicológica y empírica para un desempeño autónomo en la cuestión** (Ver Ballarini, Luciano A., “Autonomía de la voluntad en materia de salud de niños, niñas y adolescentes (en la ley 26.529, texto según ley 26.742)”, El Derecho, Tomo 257, diario del 23-4-2014, N° 13.469; Quirno, Diego Norberto y Crisci, Anabella, “La capacidad de hecho de los menores de edad”, en Rev. de Derecho de Familia y las Personas, Agosto de 2011, p. 217, ed. La Ley; Plovanich, María C., “La representación de niños, niñas y adolescentes: una mirada del aspecto patrimonial”, en Derecho de Familia, rev. N° 60, p. 5, julio de 2013, ed. Abeledo-Perrot; Montejo Rivero, Jetzabel Mireya, “Autonomía, participación y capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes”, en Derecho de Familia, rev. N° 51, p. 281, septiembre de 2011, ed. Abeledo-Perrot; Rattero, Nadia L., “La participación activa del niño: un modelo para armar y otro para desarmar”, en Derecho de Familia, 2013-II-11, ed. Abeledo- Perrot; Santi, Mariana, “La persona menor de edad en el Proyecto de Código”, La Ley, 2013- C, 859).

V. Como quedara dicho, lo que se ha instaurado en la Argentina es la *capacidad progresiva* del niño deslindada de categorías fijas de edad; esto es, *un sistema progresivo de autonomía* que no tiene necesariamente sujeción a los años cumplidos por cada niño o adolescente sino a otros parámetros,

tales como la madurez intelectual y psicológica, el suficiente entendimiento, y el grado de desarrollo del niño (conf.: Trib. Sup. De la Ciudad de Bs.As., 14-3-2003, “Liga de Amas de Casa, Cons. y Us. de la R.A. y otros c/ Ciudad de Buenos Aires”, R.D.F., 2004-I-47).

En el entendimiento apuntado, el juez deberá evaluar si el sujeto concreto -el niño o adolescente en cuestión cuenta con la suficiente autonomía para llevar a cabo *por sí* –esto es, sin estar mediatizado por terceros- una determinada actuación. Esto quiere decir que la aptitud o competencia para llevar a cabo el acto se analizará en función de las características de éste, y no de una manera general para todos los supuestos; mientras que la madurez suficiente se apreciará con carácter relativo y concreto según cuál sea la cuestión de que se trate.

A la luz de los principios expuestos, si el niño no tuviere la madurez suficiente y un aceptable grado de desarrollo, con la consecuente autonomía, y se concluye, por ende, que carece de capacidad de ejercicio –y la paralela capacidad procesal-, su intervención en el proceso (dispuesta obligatoriamente por la legislación vigente, cualquiera fuere su edad; como antes dijimos) ha de ser *indirecta* y aparecerá entonces en escena la figura de un *representante autónomo*, el tutor especial (art. 109 del Código Civil y Comercial). Este tutor que se designe cumplirá, a su vez, la función letrada (abogado del niño), o bien podrá ser factible que la labor de asistencia jurídica se delegue a otro profesional, con aprobación del tribunal.

Por el contrario, si el juez considera que –para las cuestiones que corresponde resolver- ese niño o adolescente tiene la madurez y el entendimiento requeridos, con la consiguiente

capacidad de ejercicio, su actuación procesal será *directa* y, así, no se valdrá de ningún representante, actuando *por sí* (conf.: CNCiv., esta Sala, 19-3-2009, “K., M. y otro c. K., M.D.”, LL, 2009-B-709).

Como corolario de lo desarrollado, el suficiente *grado de madurez* será el parámetro que se tendrá en cuenta para autorizar a los menores de edad a intervenir de un modo *directo e inmediato* en la defensa de sus propios intereses.

De lo expuesto se deduce, asimismo, que toda supuesta designación de abogados de los niños no serán más que propuestas que van a estar sujetas a la *aprobación* de la judicatura; ello dicho en el sentido que corresponderá a ésta analizar que la mencionada designación responde en la realidad a una actuación autónoma del niño o adolescente y fue ejecutada con la madurez suficiente, sin que haya mediado una nociva influencia adulta (conf.: CNCiv., esta Sala, “B., C. R. y otros c/ T., R. E. s/Tenencia de hijos”, expte. n° 42570/2013, del 26/03/2015).

VI. En la especie, conforme se desprende de las constancias obrantes en la causa, en especial informe de la asistente social del Juzgado de fs. 303/308 e informe del Lic. M. V. –terapeuta del Hospital Alemán- obrante a fs. 394, nos permiten inferir que el niño H. E. no posee la madurez psíquica y emocional y el entendimiento requeridos a los fines de designar letrado para patrocinarlo. Esto es, que no cuenta con la consecuente autonomía de la cual deriva la capacidad de ejercicio necesaria para ser autorizado a intervenir de un modo *directo e inmediato* en la defensa de sus propios intereses en el caso.

Máxime teniendo en cuenta que el Dr. G. C., letrado por quien optara H. a los fines de su patrocinio, resulta ser el mismo letrado patrocinante de su madre en las presentes actuaciones.

A tenor de lo precedentemente delineado, deberá confirmarse la providencia apelada de fs. 404; ello sin que implique abrir juicio sobre la mayor o menor idoneidad del citado profesional; y dejando a salvo lo que pueda disponer el tutor especial que –se adelanta- se designará a los hijos de las partes.

VII. Así las cosas, dada la situación actual de los niños ; teniendo en cuenta lo que resulta del informe social de fs. 303/308 y del informe del Cuerpo Interdisciplinario de Protección contra la Violencia Familiar de fs. 247/253 y la severa crisis por la que atraviesa esta familia, lo que les impide desempeñar adecuadamente en esta causa con la intensidad necesaria su responsabilidad parental, los suscriptos consideran como herramienta adecuada la designación de un tutor especial en los términos del art. 109 inc. a) del Código Civil, para que represente a H. E. y a S. N. B. en la presente y en todas las actuaciones conexas presentes y futuras que tengan por objeto, directa o indirectamente, su cuidado personal o el régimen de comunicación de ellos con sus progenitores; por lo que un ejemplar de la presente se glosará a todas las causas conectadas (conf. CNCiv., sala B, “B.A.C.J. y otro c/ E.R.A.A. s/ tenencia de hijos” del 20/6/1989; íd. íd., “F.C.M. c/ O.M.J. s/ régimen de visitas”, R. 482.818; íd., Sala K, ED 195-543, entre otros).

El objetivo perseguido es evitar que los niños continúen siendo objeto de controversia entre sus padres, para pasar a ser *sujetos* cuya opinión sea debidamente valorada de acuerdo a su edad y madurez y, a la par, quede habilitada su *participación activa* en el proceso (conf. art. 27, inc. d) de la ley 26.061).

Dicho nombramiento deberá ser efectuado en la primera instancia; y quedará a criterio del profesional designado ejercer él mismo la función letrada o proceder a proponer al Tribunal la designación de un abogado a los niños; siendo deseable lo primero (vale decir, que el mismo tutor se desempeñe como abogado de los niños) a fin de no multiplicar la intervención de sujetos procesales en las causas de marras. Se encomienda especialmente al Juez de grado que tome los mayores recaudos para que la designación del tutor especial no recaiga en el área de influencia de alguno de los progenitores; o sea, que la persona que resulte nombrada se encuentre en condiciones de actuar con plena autonomía y libertad, y pueda operar libre de presiones. La misma recomendación se realiza al tutor que se designe, si es que opta por proponer a un tercero para que desempeñe la labor de abogado.

Corresponde dejar sentado que una responsabilidad primordial del tutor especial y del letrado que actúe como patrocinante de los niños es de respetar a éstos como *personas*; lo que se traduce en la necesidad de que tengan con ellos un contacto dinámico que les permita percibir sus inquietudes, deseos y aspiraciones.

De igual modo, se impone a la madre el deber de emplear todos los medios a su alcance para facilitar una fluida, directa y profunda comunicación entre el tutor y abogado y los niños.

El referido deber de colaboración incluirá el mantenimiento de un contacto estrecho y fluido de ella con el tutor y letrado patrocinante que se nombre a sus hijos, facilitándole a aquél el logro de los objetivos propuestos.

VIII. Las costas de ambas instancias corresponde imponerlas al vencido (art. 68, 69 del Código Procesal)

IX. En su mérito, de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Público de la Defensa, el tribunal **RESUELVE:** 1) Confirmar la resolución recurrida de fs. 404. 2) Ordenar que en primera instancia se proceda a la designación de un tutor especial a H. y S. B., en los términos establecidos en el considerando VII de la presente. 3) Con costas al demandado (art. 68 y 69 del Código Procesal) .4) Regístrese, notifíquese por secretaria y a la Defensora de Cámara mediante la remisión de las actuaciones y devuélvase. Sin perjuicio de ello, publíquese (Ac. CSJN 24/2013).

*Firmado por: CLAUDIO RAMOS FEIJOÓ, ROBERTO PARRILLI, OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE, SUBROGANTE*