

## Abogado del Niño, Niña o Adolescente. Tutor Ad Litem.

DESESTIMA DESIGNACIÓN NIÑO DE 6 AÑOS. CAPACIDAD PROGRESIVA, EVALUACIÓN EN EL CASO CONCRETO, LA MADUREZ SE PRESUME ANTES DE LOS 13 AÑOS, DEBE PROBARSE ANTES DE ESA EDAD. CNCIV., SALA B, 21/12/2020, ?D., F. E. Y OTRO DEMANDADO: S., E. V. s/INCIDENTE ? CAMARA?

Buenos Aires, 21 de diciembre de 2020.-

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. Contra la decisión adoptada por la Sra. Jueza de primera instancia el día 22 de septiembre del corriente, en cuanto hizo lugar al planteo formulado por el Sr. Defensor Público Tutor y, en consecuencia, resolvió que no corresponde la intervención del Dr. H. O. Y. como abogado de M. S., interpuso recurso de apelación el mencionado letrado invocando la condición de abogado del nombrado niño. Los fundamentos expuestos con fecha 17 del mismo mes fueron contestados por el actor el día 15 de octubre próximo pasado.

El día 7 del corriente mes y año dictaminó la Sra. Representante del Ministerio Público de la Defensa ante esta Alzada, quien opinó que debe rechazarse el recurso interpuesto por el Dr. Y. y mantenerse la designación del Sr. Defensor Público Tutor.

II. El recurrente argumenta que en la resolución apelada se ha confundido la figura del tutor con la del abogado del niño; y explica que la diferencia entre ambas consiste en que mientras aquél representa al niño, éste le brinda asistencia técnica en la defensa de los derechos definidos por el propio niño sin sustituir su voluntad. Afirma que fue el niño M. quien lo designó para hacer valer sus derechos en esta contienda en la que es el sujeto principal del conflicto. Y se agravia de que la a quo haya entendido que M. de -6 años de edad-, carece de edad y grado de madurez suficiente en los términos del art. 26 del CCyCN. Insiste en que la figura elegida es la equivocada, que no es el Tutor especial quien va defender técnicamente los intereses superiores de M., sino su abogado; y que en caso de designársele tutor se está vulnerando el Interés Superior del Niño.

III. En una primera aproximación a la cuestión que convoca la intervención del Tribunal, es necesario precisar que la participación procesal del niño se halla regulada en el art. 27, incisos c), d) y e) de la ley 26.061. Asimismo, la participación directa de aquél en el proceso está contemplada también en los arts. 26, 31, inc. e); 661, inc. b); y 677 a 680 del Código Civil y Comercial.

Cabe aquí recordar que el art. 24, inc. b), del Código Civil y Comercial de la Nación establece 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 la misma línea, 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?.

IV. De modo que el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora lo que en doctrina se denomina 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.

La competencia para poder desempeñar un determinado acto 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. Es decir que 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 consecuencia, la autonomía progresiva es lo que va a marcar la mayor o menor capacidad del niño o adolescente para actuar por sí, su capacidad de obrar o de ejercicio, y con ello la consiguiente capacidad procesal.

Es de suma importancia tener en cuenta que la madurez suficiente debe ser apreciada con carácter relativo y concreto, según cuál sea la cuestión de que se trate. Intervendrán en la valoración judicial tanto circunstancias subjetivas; esto es, el mayor o menor crecimiento intelectual del niño; como objetivas, relacionadas con el tipo de cuestión específica que motiva su participación en el juicio (conf.: Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho del niño a su propio cuerpo", en Bergel-Minyersky, "Bioética y derecho", p. 105, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003; Facco, Javier Humberto, "Menores impúberes y adultos. La reciente reforma del Código Civil", L.L., 2010-B, 1039; Fernández, Silvia E., "Los derechos de niños y adolescentes en el ámbito de la salud y del cuidado del propio cuerpo. Una aproximación a la cuestión frente a la ley 26.529 de Derechos del Paciente", J.A., 2010-III, Lexis N° 0003/015030).

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. Es que, así como un niño que no ha alcanzado los trece años de edad puede llegar a tener la autonomía suficiente para designar un abogado en un determinado caso, a pesar de lo que -en principio- dice el art. 261, inc. c), del Código Civil y Comercial; de la misma manera, un joven de 14 años, a pesar de ser formalmente un adolescente, puede carecer "en el caso concreto y más allá de que tenga aptitud para otros actos- de la capacidad suficiente para hacerlo.

VI. En la especie, se trata de un niño de seis años "próximo a cumplir los siete, en enero próximo-, de modo tal que su edad cronológica se halla muy distante de la de trece años contemplada en los citados arts. 677, segundo párrafo, y 261, inc. c), del Código Civil y Comercial.

No obstante, como quedara dicho, estas normas de ninguna manera determinan de modo absoluto que un niño menor de trece años carezca de capacidad de ejercicio "y por ende de capacidad procesal-, ni que necesariamente le falte discernimiento. De manera diferente, sólo presumen la falta de capacidad para actuar por sí mismos y la ausencia de discernimiento respecto de los niños menores de esa edad; presunción que claramente puede ser desvirtuada por prueba en contrario.

Ahora bien, una detenida lectura del memorial del apelante permite advertir que, más allá de la profusa argumentación de orden teórico desarrollada, se ha omitido por completo la referencia a algún medio probatorio o constancia del proceso que pueda coadyuvar a formar la convicción del Tribunal en relación que M. cuenta con capacidad para obrar por sí en este proceso.

Corresponde aquí valorar especialmente el grado de conocimiento que posee el mencionado niño respecto a los hechos controvertidos en el presente trámite.

Sobre la cuestión, en el informe de la SENNAF fechado el día 27 de julio de este año -obrante a fs. 511/512 del expte. principal, que se ha tenido a la vista para este acto a través del sistema informático del Tribunal- se señaló que la progenitora de M., en su primer contacto con los profesionales de dicho organismo les advirtió que sus hijos no tenían información de lo ocurrido entre ella y el aquí actor, ni conocían todas las circunstancias y hechos que estaban sucediendo; y expresó que, en su opinión, saber la verdad podría dañarlos emocionalmente. La Sra. E. manifestó también en dicho ámbito que M., previo a la presentación del Sr. F. en la Argentina, vivía tranquilo por "no tener recuerdos?".

En el referido informe se puso de relieve que si bien en todas las entrevistas con la Sra. E. se intentó orientarla en el proceso de esclarecimiento con sus hijos respecto a los orígenes de M., de la situación en que se encuentra la familia, de las razones por las cuales el Sr. F. está haciendo un reclamo, no se logró que tome una decisión en ese sentido. Y que esto tampoco fue posible con la intervención de su marido, porque él también mostró su desacuerdo respecto a la conveniencia de hablar con M. sobre F.

Específicamente en cuanto a M., los profesionales de la SENNAF detallaron que en una entrevista expresó literalmente: "la verdad

yo no entiendo nada qué pasa?; y destacaron la información confusa y controversial con que cuenta el niño.

El conocimiento absolutamente parcial e incompleto de las circunstancias que han dado lugar a este trámite ?que involucra su propia identidad- resulta patente incluso de la lectura del escrito con el que M. se presentó en autos con el patrocinio del Dr. Y. En efecto, al relatar el modo en que lo habría contactado el niño y los términos de su primera comunicación con él, el mencionado abogado expresó que

M. le manifestó reiteradamente no querer ningún tipo de contacto con una persona de origen ruso a quien llama ?F.?. A lo que se añade que el letrado señaló que debido al escaso conocimiento del niño del idioma español, debió mediar en la conversación un hermano mayor (ver fs. 476/480 de los autos principales).

V. En las condiciones expuestas, forzoso deviene concluir que M. carece de la concreta condición intelectual, psíquica y emocional que le permitiría obrar libremente en lo relativo a la cuestión específica que se debate en la causa en trámite. 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. Es que cabe preguntarse de qué modo podría un niño de tan solo 6 años de edad, que a su vez desconoce los hechos que conforman el material fáctico del proceso ?de vasta complejidad, además-, así como los derechos implicados, impartir instrucciones a un letrado patrocinante.

En definitiva, por las razones explicitadas, el Tribunal considera que, en el caso concreto, M. no cuenta con una autonomía progresiva aceptable para participar de manera directa en el proceso, ya que no posee la madurez psíquica y emocional y el entendimiento requeridos.

A tenor de lo precedentemente delineado, ha de confirmarse la providencia apelada del día 22 de septiembre del corriente, ya que por lo demás el Tribunal está convencido de que ? contrariamente a lo aducido por el recurrente- la designación del Sr. Defensor Público Tutor en carácter de tutor especial de M., que oportunamente efectuara, se ajusta al interés superior del nombrado niño, que contará por intermedio de dicho magistrado con un representante específico y principal quien, en su condición de abogado ?evidentemente especializado en niñez, habida cuenta las funciones que cumple- se ocupará también de su defensa técnica.

VI. En su mérito, de conformidad a lo dictaminado por la Sra. Defensora de Cámara, SE RESUELVE: 1. Confirmar la providencia apelada del día 22 de septiembre del corriente año. Regístrese, notifíquese por Secretaría a las partes, al Dr. H. O. Y. y a la Sra. Defensora de Cámara, publíquese (Ac. 24/13, C.S.J.N), y devuélvase.

La Vocalía N° 4 no interviene por hallarse vacante (Resolución 571/2020 del Tribunal de Superintendencia).