

Abogado Del Nino Designacion Facultades Del Juez Interes Superior Del Nino Oposicion De Intereses Nuevo Codigo Civil Y Comercial

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Abogado del Niño. Designación. Facultades del juez. Interés superior del niño. Oposición de intereses. Nuevo Código Civil y Comercial

Se revoca la resolución del juez que designó dos letradas integrantes del Registro de Abogados Amigos de los Niños del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal como abogadas del niño, al no tenerse verificado un grado de madurez en el menor tal como para intervenir con un letrado que lo patrocine (artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación), y por no advertirse una oposición de intereses con sus progenitores.

Buenos Aires, diciembre 22 de 2.016. Y VISTOS: Y CONSIDERANDO: I. Contra la resolución que en copia obra a fs. 3, en cual se designaron dos letradas integrantes del Registro de Abogados Amigos de los Niños del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal como abogadas del niño, se alza el actor, quien expresó sus agravios a fs. 6/10, que fueron respondidos a fs. 15/16 y 21/22. II. El art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño garantiza al niño ?la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial...que (lo) afecte?. A su vez, el art. 27 de la ley 26.061, dictada en cumplimiento de dicha Convención, dispone: ?Los órganos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial...que los afecte..., los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite...; 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?. Resulta necesario diferenciar entonces el derecho del niño (o adolescente) a ser oído y el derecho de éste a una participación activa en el procedimiento. Obsérvese que en la mentada ley se realiza esta distinción: el derecho del niño a ser oído se halla contemplado en los artículos 2º, segundo párrafo, 3º, inc. b), y 24, incisos a) y b). En cambio, su participación procesal está regulada en el art. 27, incisos c), d) y e). Tal previsión también la disponen los arts. 26, 639, 677, 679, 707 y concs. del Código Civil y Comercial de la Nación. De lo expuesto se deduce 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 (conf. CSJN in re ?P., G. M. y P., C. L. s/ Protección de persona? del 27-11-2012, P.195.XLVII), a quien corresponderá, en primer término, determinar que la mencionada designación responde en la realidad a una actuación autónoma del niño y fue ejecutada con la madurez suficiente, sin que haya mediado una influencia adulta y, además, como ha sostenido esta Sala, que se presenten conflictos u oposición de intereses entre los padres o el tutor con el niño, o de la ausencia de representantes necesarios (CNCivil, esta Sala, c. 1.883/2013/CA1 del 18-11-13, c. 35.165/2014/CA1 del 13-9-16). III. Ahora bien, debe señalarse que en toda consideración que se efectúe sobre la cuestión puesta de relieve anteriormente resulta primordial atender al interés superior del niño, que la ley 20.061, art. 3º, y la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 3º, inc.1, y el art. 706, inc. c, del Código Civil y Comercial de la Nación, imponen a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos (conf. C.S.J.N., Fallos: 318:1269, especialmente considerando 10). El niño tiene derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto. El principio que dicha norma prevé, la protección del interés superior del niño (que no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho, sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso -doctrina de C.S.J.N., Fallos: 324:975, voto de los Dres. Boggiano y Vázquez, y 328:2870, voto de los Dres. Fayt, Zaffaroni y Argibay), debe aplicarse con la preeminencia que la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22)- les otorga a los tratados internacionales a los que nuestro país esta vinculado (conf. Ibarlucía, Emilio A., ?El ?interés superior del niño? en la Corte Suprema?, LL 2007-E-452 y sus citas, Méndez Costa, María J., ?Registro único de aspirantes a guarda con fines adoptivos (ley 25.854)?, LL 2004-B-1210). La atención principal al interés superior del niño al que alude el precepto citado apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. IV. Establecido ello, 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. En la regulación del Código Civil la participación prevista les estaba vedada a los denominados menores impúberes (art. 127) habida

cuenta su incapacidad absoluta para realizar actos jurídicos (conf. arts. 54, 99, 921 y 1041; CNCivil, Sala K, in re ?R., M.A.? del 28-9-06, La Ley Online AR/JUR/7882/2006; íd., Sala I, causa ?L., R. c/M. Q., M. G.?, del 4-3-09, LL 2009-B-730; íd., Sala A, c. 526.918 del 13-5-09; Ojea Quintana, Julio, ?La capacidad progresiva de los menores?, en Conte Grand, Julio, dir. ?Estudios de Derecho Civil con motivo del Bicentenario?, El Derecho, Buenos Aires, 2011, pág. 179; Sambrizi, Eduardo A., ?Sobre la calidad de parte de los menores en el juicio de tenencia?, en LL 2009-B-731; Basset, Ursula C., ?Abogado del niño?, en ED 232-222; Moreno, Gustavo Daniel, ?La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño?, en revista Derecho de Familia, Abeledo Perrot, n° 35, año 2006, pág. 55; Favot, María L., ?Capacidad progresiva del menor y su incidencia en el régimen de capacidad civil?, Lexis N° 0003/70057987-1) o que dependerá, desde la perspectiva de la capacidad progresiva, de su grado de madurez (conf. CNCivil, Sala B, in re ?K., M. y otro c/ K., M. D.?, del 19-3-09, LL 2009-B-709; Mizrahi, Mauricio L., ?Los derechos del niño y la ley 26.061?, en LL 2006-A-858; Gozaíni, Osvaldo Alfredo, ?La representación procesal de los menores?, en LL 2009-B-709; Molina, Alejandro C., ?El niño en los procesos judiciales. Su derecho a ser escuchado y a ser parte. Distintas alternativas legales?, ED 232-855; Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, ?Crónica de una ley anunciada y ansiada?, ADLA 2005-E-5809; Famá, María Victoria, ?Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de familia?, JA 2009-III-40; Massano, Alejandra - Roveda, Eduardo G., ?La participación del niño en el proceso judicial de revinculación paterno filial. El abogado del niño?, revista de Derecho de Familia y de las Personas, ed. La Ley, Año 1, n° 2, octubre 2009; Solari, Nestor E., ?Elección del abogado del niño?, en LL 2009-C-408).

El Código Civil y Comercial adoptó el modelo de protección integral de derechos y, por ende, recoge sus reglas estructurales, estableciendo reglas flexibles sin límites etarios y reglas fijas con límites etarios, en función de los derechos involucrados, y reemplaza la distinción anterior por otra más adecuada entre niños y adolescentes, cuya línea divisoria es la edad de 13 años (conf. art. 25); entre ellas, la concepción jurídica de la infancia como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal y social. En este contexto, se reconoce la capacidad progresiva de los niños y adolescentes dejando atrás la categoría binaria de capacidad / incapacidad emergente del Código Civil, y reformulando los roles tradicionalmente asumidos por los sujetos "pasivos" de las relaciones que vinculan al niño en el ejercicio de sus derechos: los progenitores (y en su ausencia, otros responsables) y el Estado. Sin embargo, al igual que en el régimen actual reconoce la representación legal de los menores de edad por parte de sus padres (art. 101) y prevé la representación principal y complementaria del Ministerio Público de la Defensa (art. 103).

El principio de capacidad progresiva está ínsito en todo el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, desde su preámbulo se considera que el niño "debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad", y en el art. 12 se garantiza al niño "que esté en condiciones de formarse un juicio propio" el derecho "de expresar su opinión libremente" en todos los asuntos que lo afectan, "teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez". A su vez, sendas disposiciones aluden al deber del Estado, de los progenitores, y de otros responsables de los niños o adolescentes de favorecer su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (arts. 6.1; 18.1; 27.1; 32.1; etc.). Pero es el art. 5 de la citada Convención el que fundamentalmente recoge este principio, al recordar el derecho de los progenitores de impartir a sus hijos dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos "en consonancia con la evolución de sus facultades?". Concretamente en orden al ejercicio de la libertad de conciencia y religión, el art. 14 reproduce este mandato al exigirle al Estado el respeto de los derechos y deberes de los progenitores o de los representantes legales "de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades".

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.: arts. 5, 12 y 14 de la mencionada Convención sobre los Derechos del Niño; y arts. 19, inc. a), 24, inc. b), 27, incs. d) y e) de la ley del niño 26.061; 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). Como allí se dijera, el juez deberá evaluar si el sujeto concreto cuenta con la suficiente madurez para llevar a cabo por sí, autónomamente, 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 cual sea la cuestión de que se trate.

En el referido entendimiento, si el niño no tuviere la madurez suficiente y un aceptable grado de desarrollo y se concluye, por ende, que carece de capacidad de ejercicio -y la paralela capacidad procesal-, su intervención procesal ha de ser indirecta y aparecerá la figura de un representante autónomo, el tutor especial (art. 109, inc. a), del Código Civil y Comercial de la Nación). Por el contrario, si el juez considera -para las cuestiones que corresponde resolver- que ese niño o adolescente tiene la madurez y el entendimiento requeridos, con la consecuente capacidad de ejercicio, su actuación procesal será directa y, entonces, no se valdrá de ningún representante (conf. CNCivil, Sala B, c. 42570/2013, in re ?B., C. R. Y OTROS c/ T., R. E. s/ tenencia de hijos?, del 26-3-15).

Se entiende que desde la previsión específica del art. 677 del Código Civil y Comercial de la Nación debe interpretarse que el menor de menos de 13 años

no está habilitado para estar en juicio de manera autónoma y sin la representación legal (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lloveras, Nora, ¿Tratado de derecho de familia?, ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, t. IV, págs. 296, punto 3.1). En definitiva, como regla genérica, el nuevo ordenamiento indica una presunción de madurez del adolescente para el ejercicio de los derechos humanos o personalísimos. Esta presunción es *ius tantum*, o sea, admite prueba en contrario, de modo que quien se oponga a la autodeterminación del adolescente deberá acreditar su falta de madurez para el acto en cuestión, teniendo en especial consideración la complejidad y trascendencia de dicho acto. Por exclusión, antes de los 13 años, como regla, los niños carecen de autonomía o capacidad para tomar decisiones. Sin embargo, a la luz del mandato convencional y de lo que resulta de los arts. 24 y 639 del Código Civil y Comercial de la Nación, antes de esa edad podrán decidir de manera autónoma si se demuestra un grado de madurez suficiente, que no se presume y por ende deberá acreditarse en cada caso en concreto (conf. Famá, María Victoria, ¿Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial?, LL del 20-10-15, La Ley Online AR/DOC/3698/2015). Al respecto, ha dicho la Corte Interamericana en la referida Opinión Consultiva 17/2002, punto 102, ¿En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso? (conf. <http://www.corteidh.org.cr/opiniones.cfm>., del 28 de agosto de 2002, citado por Brunetti, Andrea M., ¿La tutela judicial efectiva de las niñas, niños y adolescentes. El abogado del niño?, del 27-6-13, en MicroJuris.com, MJ-DOC-6333-AR - MJD6333).

V. Por otro lado, en concordancia con la Convención sobre los Derechos de los Niños y la ley 26.061, el art. 109 del Código Civil y Comercial de la Nación, en el inc. a), además de las normas antes mencionadas, también posibilita que el adolescente pueda actuar por sí mismo, con asistencia letrada, sin la necesidad de designación de un tutor especial. Se reconoce así el principio de capacidad o autonomía progresiva del niño para determinados asuntos, teniendo en cuenta la evolución de sus facultades, edad y grado de madurez, entre otras. En ese caso, no es necesaria la designación de un tutor especial, aun cuando hubiere un conflicto de intereses.

En este sentido, la norma citada menciona dos supuestos de oposición de intereses entre el niño menor de edad representado y sus representantes: son los que el niño o adolescente puede llegar a tener con alguno de ellos, ya sean sus progenitores, sus tutor/es, o curador/es (inc. a) o con algún otro niño menor de edad con el que se comparte el representante (inc. c). Las oposiciones de intereses mencionadas no son taxativas sino enunciativas, dado que por el inc. g) se posibilita que, ante situaciones de urgencia, el juez proceda de oficio a la designación de un tutor (conf. Herrera, Marisa - Caramelo, Gustavo - Picasso, Sebastián, ¿Código Civil y Comercial de la Nación, comentado?, ed. Infojus, t. I, págs. 231 a 233, comentario art. 109; Burundarena, Angeles en Lorenzetti Ricardo Luis, ¿Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado?, t. I, pág. 484, comentario art. 109). Debe quedar claro que el Código Civil y Comercial de la Nación supedita su participación a los casos de oposición de intereses del niño con sus representantes legales (arts. 26, 677 y conchs. del ordenamiento aludido). La participación autónoma del niño con un abogado de confianza importa la manifestación más compleja del derecho a participar, porque involucra dos aspectos de íntima relación: el derecho a la defensa técnica idónea y el derecho a tener un abogado de confianza (conf. Silvia E. Fernández, Marisa Herrera y Mariel F. Molina de Juan en Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lloveras, Nora, ¿Tratado de derecho de familia?, ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, t. V-B, págs. 407 y 410, punto 3.7.b). Tal oposición de intereses, al menos con relación a la progenitora, que es quien se presentó en estas actuaciones también en representación del niño, y teniéndose en consideración los argumentos expresados por quienes se presentaron invocando la defensa del menor (ver fs. 21/22), no se advierte en el caso de autos. VI. No puede soslayarse que tampoco se trata del caso en que el menor se encuentra en estado de abandono y no hubiese podido ejercer el derecho a ser oído, ni siquiera a través de sus representantes legales, supuesto en los cuales se ha dispuesto, con el objeto de atender en forma primordial el interés superior del niño, el juez de grado debería proceder a la designación de un tutor, en los términos del art. 109, inc. a), del Código Civil y Comercial de la Nación o un letrado especializado en materia de niñez, con el fin de garantizar que sea escuchado y pueda ejercer sus derechos (conf. C.S.J.N., Fallos: 333:2017). 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 Suprema de Justicia de la Nación hizo suyo, fallo del 26-6-2012, in re ¿M., G. c/ P., C.A.?, LL, 2012-D, 601, La Ley Online AR/JUR/27892/2012). Con acierto sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 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. CNCivil, Sala B, c. 42570/2013, in re 'B., C. R. Y OTROS c/ T., R. E. s/ tenencia de hijos', del 26-3-15). VII. Por último cuadra señalar que, si eventualmente se entendiera que el conjunto de conductas a las que se refiere el art. 27 de la ley 27.061 no fuera coincidente con las incluidas en los arts. 26, segundo párrafo, segunda frase, y 109, inc. a), del Código Civil y Comercial de la Nación antes citados, la conclusión no debería modificarse en el caso. Ello es así porque en base al principio de capacidad progresiva -ver art. 26, segundo párrafo, primera frase- ha de atenderse al alcance que debe darse al art. 27 de la ley 26.061 en consideración a ese principio en cada caso particular. Y en este proceso se revela que según resulta de los informes actualizados presentados a fs. 2649/2652 y 2656/2657 tampoco puede tenerse verificado en la especie un grado de madurez tal como para intervenir 'con un letrado que lo patrocine' en este procedimiento judicial según las pautas del art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación. Tampoco resulta aplicable al caso la Resolución DGN n° 1234/2006, citada por la Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, que se refiere -al haber sido suscripta en el año 2006- a un ordenamiento jurídico distinto al actualmente vigente. En esa inteligencia, los agravios vertidos por el actor deben admitirse. Por estas consideraciones, oída la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara a fs. 35/36, SE RESUELVE: Revocar, en lo que fuera materia de agravios y con el alcance que surge de los considerandos, la resolución de fs. 3. Las costas de Alzada se imponen en el orden causado atento la índole de la cuestión debatida (arts. 68 y 69 del Código Procesal). Notifíquese y devuélvase. Firmado por: MARIO PEDRO CALATAYUD, JUEZ DE CÁMARA Firmado por: JUAN CARLOS GUILLERMO DUPUIS, JUEZ DE CÁMARA Firmado por: FERNANDO MARTIN RACIMO, JUEZ DE CÁMARA Correlaciones: Código Civil y Comercial de la Nación Capítulo 2 - Capacidad. Arts. 22 a 50 013764E